BIBLIOTECA NAZ.
Vittorio Emanuele III
XX
F
23
NAPOLI

Digitized by Google

Digitized by Google

D. D. ANT. FABRI I.C. SEBVSIANI,

ET IN SVPREMO SABAVDIÆ
Senatu Primarij Præſidis,

IVRISPRVDENTIÆ PAPINIANEÆ SCIENTIA.

Digitized by Google

D. D.
ANT. FABRI
I.C. SEBVSIANI,
ET IN SVPREMO SABAVDIÆ
Senatu Primarij Præſidis,
IVRISPRVDENTIÆ
PAPINIANEÆ SCIENTIA,
AD ORDINEM INSTITVTIONVM
Imperialium efformata,

In qua vniuerſum Ius Ciuile, noua methodo, ad propria & indubitata ſua Principia refertur, & ex iis clariſſimè ac certiſſimè demonſtratur.

EDITIO NOVISSIMA, ET EMENDATA.



LVGDVNI,
Sumptibus PHILIPPI BORDE, LAVRENTII ARNAVD, & CLAVDII RIGAVD.

M. DC. LVIII.

Digitized by Google

Digitized by Google

LECTORI MEO.

INVALVIT iampridem illa multorum animis radicitùs infixa opinio, Iuris noſtri neque ſcientiam, neque artem vllam eſſe, magiſque vana & fortuita hominum exiſtimatione, quàm reipſa, certaque ratione aliqua totum luconſtare. Quæ res, mirum eſt, quantum de Iuriſprudentiæ pretio apud pleroſque, de dignitate verò apud omnes detraxerit. Quotus enim quiſque eſt, qui genus illud ſtudij velit eligere, in quo poſteaquàm ſenuerit, nihil tandem aliud aſſecutum ſe gloriari poſſit, quàm vt multa didiciſſe nec quicquam tamen ſcire videatur? Eſt hoc diſſimile inter habitus voluntatis, & intellectus; quòd reflexionem iſti in ſeipſos aliquam habent, illi verò nullam. Nec enim prudentiſſimus aut iuſtiſſimus hominum, vel prudentem ſe, vel iuſtum poſſit adfirmare, quin hoc ipſo & imprudenter faciat, & impudenter. Eóque fortaſſis reſpexerunt, qui iam olim tantopere laudarunt ſolitum dicere Socratem, Hoc vnum ſe ſcire, quòd nihil ſciret. Eleganter ſanè non minùs quàm modeſtè, ac vt eum decebat Philoſophum, qui ſolam moralem Philoſophiam profitebatur, quam primus mortalium è cœlo in terras euocaſſe, delapſamque excepiſſe credebatur. At quis non rideret Platonem & Ariſtotelem, ſi ſe Logicos illi, aut Phyſicos eſſe neſcirent; Gorgiam, Lyſiam; Iſocratem & Demoſthenem, ſi Oratores; Hippocratem, ſi Medicum; Archimedem, ſi Mathematicum; Euclidem, ſi Geometram ſe dicere non auderet? Vulgaris equidem & frequens, ſed non eò minùs præpoſtera, ſtultaque multorum ambitio iſta eſt, qui falſæ humilitatis oſtentatione vanam gloriam aucupantes, vt Socraticæ modeſtiæ imitatores exiſtimentur, hoc vnum ſe ſcire iactitant, quod omnium maximè ignorant, Scire ſe nihil. Et verò, quid obſecro prodeſſet ingenitum fuiſſe à natura hominibus omnibus etiam imperitioribus appetitum ſciendi, qui vel nunquam expleri poſſet, vel ita expleretur, vt nullus ex eo voluptatis ſenſus foret? Habent omnes in ore probantque Horatianum illud,

Scire tuum nihil eſt, niſi te ſcire hoc ſciat alter.

Sed magis placeret mihi verſus, ſi Horatiano quoque retento more in hunc modum conceptus eſſet.

Scire tuum nihil eſt, niſi te ſcire ipſe ſcias tu.

Non quòd ſibi quemquam adeò blandiri velim, vt quod ſcioli plerique faciunt, vbi ſcire aliquid priùs quàm ſapere vel tantillum inceperit, magnum quiddam & mirabile conſecutum ſe arbitretur, (inanis enim, planeque ſui neſcia eſt, quæ ſciolos iſtos tam prodigioſè inflat ſcientia, nec maior aut certior eruditiſſimi cuiuſque laus eſſe poteſt, quàm ſi omnibus præterquàm ſibi ipſi doctus videatur.) Sed vt cùm multa didicerit quæ ſcire ſe certò ſciat, tanto vehementiùs excitetur ad ambiendam & capeſſendam cæterorum quæ ignorat, ſcientiam: planè ſibi perſuadens verum eſſe quod olim benè quidam dixit, Maximam partem eorum quæ ſciuntur, minimam eſſe illorum, quæ ignorantur. Hinc Mathematicarum præcipua commendatio, & gloria diſciplinarum, quæ licèt minus vtilitatis conferant ad ea comparanda, quæ ſocietati humanæ tuendæ magis neceſſaria exiſtimantur, ſi Arithmeticam vnam excipias; Solæ tamen ſolis Principibus dignæ creduntur, quòd præcipuè deceat Principes ea ſcire, quorum fructus non tam in vtilitate aliqua poſitus ſit, quàm in oblectatione illa, quæ ex pulcherrimarum ſcientiarum certiſſimè longóque ſtudio acquiſitarum conſcientia, & fruitione percipitur. At quanto præclarior magíſque Principibus ipſis digna crederetur Iuriſprudentia, ſi vulgò perſuaſum eſſe poſſet, non minùs illam habere certitudinis & voluptatis, quàm habeant Mathematicæ: Dignitatis verò tanto plus, quanto dignius ſubiectum tractat, quantóque maioris illam eſſe conſtat, & apud omnes in confeſſo eſt, vtilitatis. Mirari verò perſæpè mihi contigit, mecúmque reputare diligentiùs, vnde tam craſſus illorum error profluxerit, qui adeò pernicioſam iſtam futilémque de Iuriſprudentia opinionem in vulgi animis primis excitarunt. Comperi autem ex eo ſolo profluxiſſe, quòd Interpretum vetuſtiſſimi, nec ſatis feliciter ad tantam ſcientiam eruditi, nec in cæteris diſciplinis vllo ferè modo verſati, non alia Iuriſprudentiæ noſtræ Principia eſſe crediderunt, quàm quas paſſim iuris Regulas appellamus.

Digitized by Google

EPISTOLA

Quarum fermè omnium cùm ea ſit conditio, vt ſingulæ ſuas exceptiones, ne cum Noſtris dicam fallentias & limitationes, eáſque non paucas patiantur, Inde nimirum fieri putarunt vt nihil tam certum ſit & exploratum in iure noſtro, de quo dubitari probabiliter, ac in vtramque partem velut problematicè diſceptari non poſſit. In eámque rem abuti ſolent Iauoleno, qui de Regulis tractans, non de Principiis ſcripſit, Definitionem omnem in Iure ciuili periculoſam eſſe, quod vix ſit vt non aliquo caſu ſubuertatur. Atqui non ius ex Regula ſumitur, ſed vt bene Paulus noſter ait, Ex iure quod eſt, fit Regula, id eſt, ex iuris Principiis ex quibus ſolis tota vtique iuris ſubſtantia æſtimatur Principia porrò illa vt nos fallant non magis fieri certè poteſt, quàm vt ſeipſam veritas fallat. Eo ſiquidem nomine non alias Propoſitiones intelligo quàm quæ vt primo rationis intuitu plauſibiles, ita ſemper veriſſimæ ac certiſſimæ ſint, & ſine vlla penitus exceptione Quæ potiſſima, vel potiùs vnica eſt inter Iuris Principia & Regulas differentia. Principium enim quodlibet Regula eſt, ſed eiuſmodi quæ nullam exceptionem admittat Non autem æque viciſſim omnis Regula Principium eſt, niſi ſi qua talis proponatur. quam & neceſſariò & perpetuò veram eſſe negare auſit nemo. Denique ſic ſtatuo, Principium non tam eſſe Regulam, quàm rationem Regulæ, & vt ita dixerim Regulam Regulæ Quod eò pertinet, vt ſi quo caſu ob facti, vel perſonæ, vel loci circumſtantiam aliquam, ratio illa locum non habeat, hoc ipſo appareat nullum Regulæ locum eſſe poſſe; ne alioqui Rationem omnimodo vitiari oporteret, ſi non Regula ipſa vitiaretur. Summa rei hæc eſt, Regulas plerumque fallere, ſed Rationem numquam; ex qua ſcilicet non minùs exceptione, & limitationes Regularum, quàm Regulæ ipſæ proficiſcuntur Neque de hoc dubitarent Interpretes, ſi eò vſque progrederentur, vt Regularum quoque rationes inquirerent: Sed ne inquirere aut poſſint, aut velint. ex eo impediuntur quod & Regulas pro Principiis habent vt dixi, & Principiorum rationes non niſi abſurdè inepteque inquiri poſſe arbitrantur. Quaſi contradictionem implicet. vt Principia dicantur, quæ ex altiore ac ſuperiore aliqua ratione dependeant In quo rurſum falluntur. Nam vt in cæteris ſcientiis omnibus, ita & in Iuriſprudentia noſtra duo ſunt Principiorum genera: Vnum eorum quæ prima Principia dicuntur, & independentia, atque vt Philoſophi loquuntur, *primò prima*: Cuiuſmodi tamen ſunt apud nos perpauca, nec alia ferè vlla, quàm quæ partem faciunt iuris conſtituti, quorum licet plerumque etiam alia, nulla tamen melior vnquam ratio eſt quàm quòd ſic fuerint conſtituta Alterum eſt eorum quæ ſubórdinata ſunt, & vt aiunt *ſecundaria*, quorum rationem ſi altiùs inueſtiges, facilè reperias pendere illa ex aliis ſuperioribus, quæ vel ad Iuriſprudentiam ipſam, vel ad Philoſophiam aut naturalem, aut moralem, aut politicam, aut œconomicam omnino referantur: Omnibus tamen iſtis commune illud eſt, quod rationem habent pro cauſa, ſuamque oſtentant & præ ſe ferant veritatem ex ſenſu ſolo, vt Mathematica, & ex Phyſicis pleraque, ſed ex Ratiocinatione: quæ cùm ſolius hominis propria ſit, tanto excellentiorem fatendum eſt Iuriſprudentiam noſtram eſſe Mathematicis diſciplinis, quanto præſtantior ratio eſt, & dignior ſenſu. Etſi verò naturalis pronáque hominum ad diſſentiendum facilitas ſæpenumero efficit, vt in vera & recta cuiuſque rei ratione indaganda, & conſtituenda pauci conſentiant. Quis tamen neget abundare Iuriſprudentiam iis Principiis, quorum, neque ratio, neque fides in dubium vocari poſſit ab eo, qui Iureconſulti nomen laudémque ſibi auſit adrogare? Cùm enim omnium quæ vniuerſo iure noſtro continentur ſumma diuiſio illa ſit, quod Alia conſtituti iuris, Alia recepti eſſe dicuntur; Quid certius eſſe poteſt iis quæ conſtituta ſunt à Legumlatoribus, qui conſtituendi poteſtatem habuerunt? Quid rationabilius iis, quæ nullo niſi cogente imperio recepta inueniuntur? Nec quod tam multa ſint iſta Principia facere debet, vt ſcientia infinita, & quod conſequens eſſet, hoc ipſo incerta eſſe videatur. Vaſtam enim facit ea res, non infinitam, nec incertam: Nihilque verius dici poteſt, quàm quod iam olim à Neratio dictum fuit, Et finitum, & proinde certum ius noſtrum eſſe: quorum tamen neutrum verè diceretur, ſi neque certis, neque finitis Principiis conſtaret. Quidni ergo erit noſtra etiam Iuriſprudentia verè ſcientia? Quidni certas quoque ex tam certis Principiis habebit illationes & conſequentias? Hinc verò prima mihi occaſio cogitandi de toto Iure noſtro, in Artis, aut potiùs Scientiæ methodum redigendo, ſperandique non fore rem admodum difficilem, ſi eum Doctorem haberemus, qui & vniuerſa Principia calleret optimè, & omnia quæ ex iis inferri poſſunt diligenter atque ex ordine ſubnotaret Scio non defuiſſe qui ante nos ſcripſerint ex profeſſo *de Principiis iuris*; Item qui totam Iuriſprudentiam Romanam noua methodo, nec ſine magno ingenio, ſummaque eruditionis gloria efformarint. Sed qui Iuriſprudentiam vniuerſam, legeſque omnes quæ in libris noſtris extant, per Principia explicauerit, nemo ex omnibus, quorum ſcripta legere, vel nomina audire contigit, hucuſque fuit. Cùm autem tanto in opere adgrediendo illa primùm hæſitatio incurreret, à quibus Principiis initium ſumere magis expediret (nec enim ſic omnia inuicem connexa contextaque ſunt, vt à quibuſdam ideo incipere ſit neceſſe, quod ab iis cætera omnia pendeant, ſed habent ſuos tractatus ſingula, nec proinde multum intereſſe

reſſe

reſſe videtur, quo demum ordine proponantur) Viſum tandem eſt factu optimum, vt eam Titulorum & materiarum ſeriem retinerem, quam Iuſtinianus noſter *in Inſtitutionibus* ſecutus eſſet, quòd Eruditiorum omnium iudicio ſit illa longè optima, ſi cum eo ordine qui in Pandectis & Codice ſeruatus eſt, conferatur. Itaque vt ab Inſtitutionibus, ſic & à primo Inſtitutionum libro inchoandum opus exiſtimaui, Non quòd in aliis libris idem facere non multò iucundius, & vtilius videretur, Sed vt in noua methodo proponenda, ex vetere aliquid retineremus, nec ab eo docendi, diſcendique more in totum recederemus, qui ſicut aliis pleriſque ita & nobis expeditior breuiórque videri ſolet, vt à difficilioribus & perplexioribus incipiatur, quò cætera ſubinde appareant planiora: Sic affectis ferè humanis ingeniis, vt rerum omnium agendarum, quæ magno animo conatúque inſtituuntur, acriora ſint, eóque validiora initia, finis verò aut minùs diligens, aut planè incurioſus. At vix operi manum admoueram, cum animaduerti quàm foret laborioſum, quod tamen vtique præſtandum erat, adeò diligenter ad Principia ſingula referre leges omnes, quarum interpretatio ex iis ipſis penderet, vt nihil penitus eſſet in Pandectis, nihil in Codice, nihil denique in Nouellis, quod vel prætermiſſum, vel neglectum videri poſſet: cùm eueniat plerumque vt leges etiam ſub remotiſſimis titulis nec peregrino loco conſtitutæ, ex iis tamen Principiis explicari debeant, quæ ſub alio Titulo & collocata ſint, & collocanda Inde nouum conſilium ſolo auſu planè temerarium, ſi non excuſaret temeritatem neceſſitas quaſi per di reſſionem & *ἐπίκοσιν Rationalia* inſtituendi, vt vniuerſo iuris corpore non ſolùm lecto, relectóque, ſed etiam accuratè ſatis ac diligenter explicato, facile eſſet vniuerſa iuris Principia colligere primùm, deinde ſuo ordine diſponere, quæ ex dubitandi, decidendique rationibus elicerentur. Quamquam autem inſtituti ratio ſuadebat vt non priùs de iuriſprudentiæ ſcientia vel abſoluenda, vel edenda cogitarem, quàm *Rationalia* peregiſſem. Perculit tamen animum, quem omnino deiicere non potuit, tanti laboris ſuſcepti magnitudo; Non equidem ne in eo quod cœpiſſem abſoluendo perſtarem (ſum enim vt vides, mi Lector, in ſcribendi, & in maxima quæque audendi propoſito conſtantiſſimè retinendo pertinacior ſæpè quàm oporteret) ſed vt poſt editam primam *Rationalium* partem, dum ſecundam paro, audirem quid iuris ſtudioſi omnes, quid docti præcipuè de conſilij noſtri nouitate ſentirent, quid à nobis aut aliud, aut maius cuperent, quid denique expectarent. Primùm vt quoniam,

Vita ſumma breuis me ſpem vetat inchoare longam

nec aut ætatis meæ iam ingraueſcentis, aut labantis valetudinis ratio patitur, vt operis vtriuſque abſoluendi ſpem vel animi ſola cogitatione auſim præcipere, deliberandi materia ex ambiguitate omnibus naſceretur, in vtram partem procliuior eſſe deberem, an vt *Rationalia*, an vt *Iuriſprudentiam* potiùs abſoluerem; id eſt, An vt Leges ſingulas ſub ſuis Titulis, quod ſit *in Rationalibus*; An vt potiùs ſub ſuis quaſque Principiis, quod hæc noſtra præſtat *Iuriſprudentia*, explicarem. Deinde vt ſi quid humani inter deliberandum, aut ante alterutrum Opus abſolutum accideret, haberent ſtudioſi qualecumque hoc ingenij & inſtituti noſtri monumentum, cuius imitatione moueri aliquando quis poſſet, vt in reliquos inſtitutionum libros idipſum præſtaret faciliùs, quod nos audacter fortaſſe magis quàm feliciter in primum facere tentaſſemus Nunc enim diſſimulare poſſim quàm fuerit mihi permoleſtum futurum, ſi tot meæ periiſſent lucubrationes, minùs quidem laudis habituræ, quàm ſi opus integrum, & vndequaque abſolutum ederetur; ſed tamen non indignæ prorſus, quas auidis oculis manibúſque excipias, quiſquis es, qui cætera quæ nos ante hunc diem ſcripſimus, Aliquid eſſe arbitraris Nam præter methodi nouitatem illam per ſe amabilem, multarum & legum emendationem, & materiarum explicationem continent; integros etiam aliquos Tractatus, quales præcipui ac propemodum abſolutiſſimi occurrent tres illi, *De nuptiis, De adoptionibus, De tutelis.* Ex quibus poſſis ſtatim coniicere quàm vtile opus, tuiſque ſtudiis commodum futurum eſſet, ſiquando tibi mihique indulgeret Deus Opt. Max vt videre poſſes abſolutum. Statueram præterea, ne quid te conſilij mei lateat, poſt allatas explanatáſque Illationes & conſequentias ad Principia ſingula, etiam Confutationes adferre omnium eorum, quæ aduerſus Principia huiuſmodi ab Interpretibus diſputantur: quod quemadmodum dubitari non poteſt quin veriſſima ſint quæcumque cum Principiis noſtris conſentiunt, ita nec quin falſa ſint omnia quæ ab iis diſſentiunt Neque certè pars illa operis minùs vtilis fore videbatur, cùm grauiores ſint, multóque pericuIoſiores errores, qui peruicaci adſeueratione mendacij, quàm qui ſola veritatis ignoratione inducuntur. Enimverò quod fuiſſet mihi difficile, nec tamen iniucundum, præſtare in Prudentum reſponſis & reſcriptis Imperatorum, multo fuiſſet moleſtius exequi in Bartoli & aliorum Cōmentariis, tantóque laborioſius, quanto plura ſunt, quæ apud eos falſa, quàm quæ vera. Igitur Confutationes tantum aliquas, eáſque in operis initio ipſo addidi, vt inſtituti mei ſpecimen quoddam exhiberem, ac veluti delinearem potius, quàm vt rem ipſam præſtarem. Quis enim ſcribendi & confutandi finis eſſet, ſi errores omnes ac ſingulos Interpretum ſigillatim atque ex ordine perſequi vellet, qui poſſet? Erit longè facilius, vbi omnia iuris Principia ex libris Prudentum hauſeris, quid in Bartolo verum, quídve falſum

ſit,

Digitized by Google

ſit, ſtatim ex ſola Principiorum applicatione agnoſcere; dummodò eam ſemper obſeruationē tenendam eſſe memineris, vt de quacunque re interrogatus, continuò Principium inquiras in genere, inuentúmq; ad propoſitam quæſtionem bene applices, quorum alterum ſcientiæ opus eſt, alterum prudentiæ. Denique cùm boni Doctoris munus & officium illud ſit, ſi Ariſtoteli credimus, vt non tam ſcientiam doceat, quàm ſciendi modum; Putauimus Tomum hunc primum ex quatuor ſufficere in eam rem poſſe, vt ſi non ſcientiam ipſam totam; ſciendi ſaltem hoc eſt docendi diſcendíque methodum & didiciſſe & docuiſſe crederemur. Cur autem *Papinianeæ Iuriſprudentiæ Scientiam* inſcripſerimus, ſi fortè miraris, & ſuperbius tibi nomen videtur, quàm vt vſurpari à nobis debuerit; Cauſa hæc eſt, quòd non aliter Iuriſprudentiam, aut à Papiniano didiſcitam fuiſſe poſſum credere, aut à Iuliano vel Sabino cæteríſque non tam Præceptoribus, quàm Authoribus iuris edoctam. Inſcripſiſſem libentiſſimè de meo nomine *Fabrianam*, ſi non à me iam ſuperiore anno habuiſſes *Codicem* de meo nomine *Fabrianum*. Quamquam veteri non debui vt diſpliceret cognomen ei, cui nomen *Fabri* placeret. Vtcumq; ſit, hoc ſcito, tibique perſuade, mi Lector, nihil me aut melius habuiſſe, aut præſtantius, quo aſſiduum, conſtántque meum de te, tuíſque ſtudiis bene merendi ſtudium profiterer. Tuum erit aut inuentis noſtris addere, quod erit promprius; Aut quod tibi glorioſius, mihi optatius, meliora inuenire. Vnicum enim ambitionis meæ votum eſt, non vt maiorem mihi famā comparem, qui ſatſcio de tuenda potiùs tantùm ea cogitare me debere, quā priores vigiliæ noſtræ, nobis, quantulacumque illa ſit, pepererunt, & quam ſuperare velle periculoſum fore video, ſuſtinere verò etiam difficile; Sed vt tibi, vt poſteris, vt meæ denique Iuriſprudentiæ conſulam, cuius dignitati ac ſplendori voueo libentiſſimè, vouebóque in perpetuum quicquid laborum meorum eſt, eritque, vt poſt cineres quoque meos, ſi eo vſque protendi nominis mei memoria poterit,

Me vixiſſe ſciat, quiſquis ſtuduiſſe videbit.

Bene vale mi Lector, & qui Iuriſprudentiam noſtram ſic amas, vt etiam *Fabrum* tuum ames propter Iuriſprudentiam, Ama vno verbo *Iuris-Fabrianam* quoque, ſi qua eſt, ſcientiam. Iterum vale & fruere, ac Deo Opt. Max. ſi quid noſtrum eſt quod tibi commodare poſſit, gratias habe, non mihi.

In Iuriſprudentiæ Papinianeæ ſcientiam ad Papinianum.

VERA, *vetuſque fuit* Iuriſprudentia *quondam,*
Quæ placuit viuo, Papiniane, tibi:
Vera eadem ſimul atque vetus non deſiit eſſe,
Cùm cœpit vulgo falſa placere magis:
Nulla tamen niſi ſtulta dein, Nec tempore ab illo
Viſi qui ſcirent, ſe niſi ſcire nihil.
Inde ſuum amiſit veneranda Scientia nomen,
Cumque ſuo proprium nomine, ſpreta, decus.
Quis poterat miſeris adeò ſuccurrere rebus?
Qui par, ſed quis erit, Papiniane, tibi?
Præſtitit at Faber ille tuus, quo doctior alter
Iudice te, nequeat vice docere tua:
Quin patere vt maior per te ſit gloria Fabro:
Vnum nam Fabrum tu facis, ille Fabros,
Quos dabit eſſe breui totidem tibi Papinianos:
Tu ſine Fabro vnus, Papiniane, fores.

A. F. F.

In eiuſdem Authoris Anagramma.

ANTONIVS FABER I. C.
IVS FABRICAT OMNE.

Ad Lectorem.

EN tibi Doctorum Iuriſprudentia tota
Quæ naſci à tanto Præſide digna fuit,
Qui libros libris miſcens, Ius Fabricat omne,
Quod natura dedit, lex quoque quæque tulit:
Sic Faber hic ſterili, fœcundus parturit æuo,
Sic Ius ſtans cunctis naſcitur omne viris.

Virtute tutus. C. D.

D. D.

D. D.
ANTONII FABRI IVRE-CONSVLTI,
Iuriſprudentiæ Papinianeæ Scientia.
TITVLVS PRIMVS,
De Iuſtitia & Iure.

PRINCIPIVM I.

Etymologia Iuris.

L. 1. De iuſti. & iur. IVS à *Iuſtitia eſt appellatum l. 1. in princ. D. hoc tit.* Ius, inquam, cui operam dant, qui iuriſprudentiã profitentur; & à quo ipſa etiam iuriſprudentia appellatur, quódque Vlp. noſter diffinit eſſe Artem boni & æqui. Alioquin ſi *ius* intelligas id ipſum quod bonum & æquum eſt, aut vt generaliùs loquar, legibus conſentaneum, non ius à iuſtitia eſt appellatum, ſed iuſtitia potiùs à iure, ſi vera eſt iuſtitiæ definitio à Iuſtin. tradita initio huius tituli, in illis verbis *ius ſuum cuique tribuendi*. In ſumma, poteſt *ius* conſiderari dupliciter, In abſtracto, vt ita dicam, quatenus cauſa eſt iuſtitiæ, & in concreto quatenus eſt effectus iuſtitiæ, ſiue accipiatur, pro ea ipſa re quæ iuſta eſt, ſiue pro arte & ſcientia quæ doceat facere iuſta. Concreta autem denominationem ſumunt ab abſtractis, non abſtracta à concretis. *l. 1. § 1. D. de pact.* vbi non diſſimiliter idem Vlp. pactum a pactione dictum ſcribit.

L. pen. eod. Interdum *ius* etiam accipitur pro eo loco in quo ius redditur *l. penult. ad fin. D. hoc tit.* Quò pertinent Tituli, *De in ius vocando, Si quis in ius vocat. non ier. In ius vocat. vt eant: Ne quis eum, qui in ius vocab. vi eximat. l. 4 §. vlt. & tot. tit. De interrog. in iur. faciend.* Nonnunquam Ius etiam dicimus pro neceſſitudine, vt *ius cognationis vel affinitatis, l. vlt. D. hoc tit.* Eſt igitur *iuris* nomen æquiuocum. Sed in hoc principio primo accipitur in concreto pro effectu iuſtitiæ, & tam pro re ipſa quæ iuſta eſt, quàm pro arte ipſa boni & æqui. Debuerat tamen à Iuſtiniano itemque ab Vlp. diſtingui priùs quàm diffiniri, vt cætera æquiuoca omnia, ex regula Philoſophorum. *L. vlt. eod.*

ILLATIO I.

De præceptis Iuris.

EX hoc principio illud primùm fit quòd Vlp. ſcribit *in l. iuſtitia 10. D. hoc tit.* Iuris præcepta hæc eſſe, Honeſtè viuere, Alterum non lædere, Ius ſuum cuique tribuere. Tria enim hæc ſunt circa quæ omnis iuſtitia tam ciuilis & politica, quàm moralis verſatur, vt pluribus tractat Ariſtot. *libro 5. Ethic.* Indéque petenda eſt ratio *tit. D. quod quiſque iur. in alium ſtat. l. cùm hereditas 59. De admin. tutor.* Itémque ratio eius quod dici ſolet, Quæ facta lædunt pietatem, exiſtimationem & verecundiam noſtram, & vt generaliter dicam quæ contra bonos mores, & publicam honeſtatem fiunt, ea nec facere nos poſſe credi, vt eleganter Papin. ſcribit *in l. filius 15. D. de condit. inſtit.* Facit *l. anus 79 §. 1. D. de iur. dot.* Nec rurſus quicquam videri intereſſe ſi ex non honeſta cauſa interſit *l. item is 11. D. de furt. l. ſi venditor 6 §. vlt. verſ. cæterum D. de ſeru. export. l. ſi extraneus 13. D. de iur. dot.* Denique neminem ex improbitate ſua conſequi debere actionem *l. itaque 12. §. 1. De furt. l. ſi plures 38. §. vlt. D. de admin. tut.* Iunge quæ ſcripſi *Princ. 4. in fin. infr. eod.*

L. iuſtitia, 10. eod. tit., quod quiſque iur.

Digitized by Google

ILLATIO. II.

De iure iniquo.

L. pen. D. hoc tit. L. ſeruo 65 §. cùm prætor, D. ad S.C. Trebel. L. res iudicata 107. de reg. iur.

SEcundò ex eodem principio fit, vt *ius* dici non poſſit, quod, iniuſtum & iniquum eſt. Nam ſi ius à iuſtitia eſt appellatum, prorſus conſequens eſt vt vbi non eſt iuſtitia, ibi nec ius ſit. Nec eſt contrarium quod Paulus ſcribit in *l. pen. hoc tit.* Prætorem dici ius reddere tum etiam cum iniquè decernit. Id enim dicimus relatione facta non ad illud quod ita Prætor fecit, ſed ad id quod Prætorem facere conuenit, vt ibidem Paulus ſubiungit. Cui non eſt diſſimile quod Mæcianus ait in *l. ſeruo 65 §. cùm prætor, D. ad S.C. Treb.* cum Prætor cauſa cognita per errorem, vel etiam ambitiosè iubet hæreditatem reſtitui, plublicè intereſſe vt reſtituatur, propter rerum iudicatarum authoritatem. Rerum namque iudicatarum authoritas non pendet ex iuſtitia iudicati, ſed ex authoritate iudicantis, qui porrò iudicandi authoritatem à lege habet, non vt hoc vel illud ſtatuat, ſed vt rectè iuſtéque iudicet, & ex iuris arte. Itaque cùm dicimus rem iudicatam ius facere & pro veritate accipi, *l. ingenuum 25. De ſtat. hom l. res iudicata 107. De reg. iur.* non tam ad id reſpicimus quod iudicatum eſt, quam ad id quod iudicandum fuit, quia fieri amplius nequit vt aliter & meliùs iudicetur, cùm iudex poſteaquàm ſententiam dixit, ſiue bene, ſiue malè, officio ſemel functus ſit, *l. iudex poſteaquam 55. D. de re iudic.* Sic dicimus non tam ſpectandum eſſe quid Romæ fiat, quam quid fieri debeat: *l. ſed licèt 12. D. de offic. præſid.*

ILLATIO III.

De iure ſemper æſtimando ex ratione.

TErtiò ex eodem principio fit, vt, *ius* æſtimandum ſemper ſit ex ratione, ita vbi ratio non eſt, ibi nec ius ſit, cùm iuſtitia ſit animi habitus & quidem bonus, qualis eſſe non poteſt niſi quatenus ratione perficitur. Et quemadmodum nemo dixerit iuſtitiam eſſe ſine ratione, ita nec ius ſine ratione eſſe poteſt. Vnde eſt quod bruta animantia, quia ſunt rationis expertia, non ſolum iuris incapacia ſint, ſed etiam iniuriæ. Ideóque cùm damnum dant, non iniuriam facere dicuntur, ſed pauperiem, *l. 1. & tot. tit. Si quadrup. pauper. feciſſ. dicat.* Inde etiam, quod pupillus, demens, furioſus, & cæteræ ſi quæ ſunt huiuſmodi perſonæ, quæ rationis vſum non habent, non obligantur ſine tutoris aut curatoris authóritate, ne quidem iure naturali: *l. pupillus 59. D. de oblig. & act.* niſi cùm ex re ipſa actio venit, *l. furioſus 46. eo. l. ſi debitor 16. D. de doli except.* quia obligatio eſt iuris vinculum, *l. nihil aliud 51. eod. & infr. Tit. De oblig. in princip.* Ratio autem non patitur, vt quis obligetur qui ratione ipſe non vtatur. Inde quòd ea quæ non ratione, ſed errore primùm introducta, deinde Conſuetudine obtenta ſunt in ſimilibus cauſis non obtineat *l. quod non ratione 38. D. de legib.* quia ſcilicet ius non faciunt. Denique inde eſt, quod ſi quid non iure certa ratione quàm ex occaſione fiat, id non iure fieri dicatur: *l. 2. D. de ... ...* contrarium, vbi eadem ratio eſt, ibi & idem ius, *l. illud 32. D. ad l. Aquil. l. 3. §. vnde etiam, de iniuſt. rupt.*

L. 1. ſi quadr. paup. feciſſ. dicat.

L. pupillus 59. De oblig. & action.

L. quod non ratione 39 ff. de legib.

L. illud 32. ad leg. Aquil.

CONFVTATIO I.

De communi errore, an ius faciat.

L. Barbarius 3 ff de offic. prator.

COntra hoc principium pugnat quod vulgo Interpretibus placet ad *l. Barbarius, 3. D. de offic. prætor.* Communem errorem ius facere. Quid enim tam contrarium rationi, quàm error? *dict. l. quod non ratione.* Quid tam alienum à iuſtitia? Nam ſi iuſtitia eſt conſtans, & perpetua voluntas ius ſuum cuique tribuendi, *d. l. iuſtitia 10. hoc tit.* conſtat errantis nullam eſſe voluntatem, nullum conſenſum, *l. ſi per errorem 15. D. de iuriſd.* Neque verò in ſpecie *d. l. 3.* communis error ius facit, ſed publica vtilitas, neque in ſpecie *l. 3. §. vlt. De ſupel. leg.* ſed voluntas teſtatoris collecta ex ipſius loquendi conſuetudine, quamuis erronea. Tametſi verba illa vltima *& error ius facit*, quæ multis nec immeritò ſuſpecta ſunt, quaſi ſint imperiti interpretis, putantis fortaſſe ex eo textu probari communem illum Interpretum errorem, quòd *communis error ius faciat*, videntur mihi poſſe commodè ſic accipi, vt Paulus pro mirabili & abſurdo habeat potiùs, quàm pro vero, quod ait in *d. §. propter vſum imperitorum.* (ſic enim legendum eſt, non vt ridiculè Accurſius *Imperatorum*) recedi à propria ſignificatione verborum, vt proinde error ius faciat, quod adhuc eſt abſurdius. Nam idem Paulus, cuius ea lex eſt, non diſſimili locutione vtitur in *l. debitor 59. in fine princ. D. ad SC Trebell.* Nec denique in ſpecie *l. 3. in princip. D. de SC. Maced.* communis error ius facit, ſed bona fides creditoris, cui nihil poteſt imputari ſi cum eo contraxerit, qui communi hominum exiſtimatione paterfamilias credebatur, licèt re vera eſſet filiusfamilias. Et ob id nimirum, ſi ponas creditorem hunc ſciuiſſe, quod alij ignorabant, dubitandum non erit, quin ei obſtaturum ſit Senatusconſultum Macedonianum. Facit *l. 7. §. 8. & l pen. ff. eod. l. quin ſit 17 §. apud Labeonem, de ædil. edict. l. ſi quis 17. §. ſi impubes, de inſtit. act. l. fugitiuus 19. de ſolut. l. 4. C. de inceſt. nupt. l. 7. §. 2. de Publician.* Denique omnes ij loci loquuntur de errore facti, non iuris. Porrò cùm ex facto ius oriatur; nec nouum, nec mirum eſt, errorem facti, ſi ſit iuſtus aut probabilis, inducere iuris diuerſitatem tam in ſuperioribus caſibus, quàm aliis ſimilibus pleriſque.

L. 3 § vlt. ff. de ſupell. leg. L. 3 in prin. ad SC. Maced.

CONFVTATIO II.

De conſuetudine iniuſta.

PVgnat etiam contra hoc principium, quod pleriſque caſibus placet Interpretibus, valere conſuetudines contra rectam neceſſariámque iuris rationem, ſiue Interpretum errore, ſiue quo alio prætextu introductas. Etſi enim conſuetudinis vſuſque longæui non vilis eſt authoritas, non tamen vſque adeò ſui valere poteſt momento, vt aut rationem vincat, aut legem: *l. 2. C. quæ ſit long. conſuet.* Nihil ſiquidem aliud eſt conſuetudo, quàm ius non ſcriptum: *l. ſi de quibus 32. cum ſeqq. ff. de legib.* ac proinde non poteſt valere, ſi rationi iuris ex diametro repugnet. niſi publica vtilitate nitatur, quæ præcipua ſemper ratio eſt, & propter quam multa

L. 2 C quæ ſit long. conſuet.

paſſim

Digitized by Google

paſſim inre ſingulari reeepta ſunt cōtra ius com- muune: *l. ita vlneratus* 51. *§.vlt. D. ad leg. Aquil.* Quò pertinet *l. iu his* 15. *cum ſeq. D. de legib.*

L. in his 15. *cum ſeq. D. de legib.*

CONFVTATIO III.

De iuris ſubſtantia, an opinione conſiſtat, an re.

L. 2. *l. regula* 9 *§ ſed iuris, D de iur & fact. ignor.*

PVgnat quoque cum hoc principio quod plerique putant, *ius* opinione magis, quam re ipſa conſiſtere. De quo pluribus Franciſc. Connan. *lib.* 1. *Comment. iur. ciuil. cap.* 3. Nam cùm ius æſtimetur ex ratione, non magis fieri poteſt, vt ius opinione tantùm ſit, quàm vt ratio nulla ſit niſi opinione. Quod ſiquis diceret, eum fateri neceſſe eſſet, ne quidem hominem vllum eſſe niſi opinione, cùm hominis differentia eſſentialis ex eo ſumatur quòd ſit rationis particeps. Nec ad rem pertinet quod in recta veráque cuiuſlibet rei ratione inueſtiganda, toties & tantopere homines diſſentiant, propter naturalem hominum ad diſſentiendum facilitatem: *l. item ſi vnus* 17. *§. principaliter, De recept. qui arbitr.* Id enim fit ignoratione veri iuris, quod tamen non eo minus in ſe certum eſt, quamuis ignoretur ab imperitis: *l.* 2. *l. regula* 9. *§. ſed iuris, D. de iur. & fact. ignor.* Denique huc pertinet quod Papin. ſcribit *in l. ordine* 15. *D. ad municip.* facti quidem quæſtionem in poteſtate iudicantium eſſe; At, iuris authoritatem non eſſe. Facit *lex* 1. *§.* 1. *verſ. quorum alterutrum, D. ad SC. Turpill. l. ſi qua pœna* 244. *in fin. De verb. ſignific.*

L. ordine 15. *D. ad municip.*

PRINCIPIVM II.

Definitio iuris.

L. 1. *D. hoc tit.*

IVS *eſt ars boni & æqui*, vt ex Celſo eleganter Vlp. diffinit *in d. l.* 1. *hoc tit.* Nam cùm à iuſtitia ſit appellatum, vt *proximo principio* diximus, iuſtitia eſſe non poteſt, quæ à bono & æquo abhorreat. Iuſtus enim ille eſt, vt Poëta dicebar,

- - - iuſto trutina qui examine penſat
Ne quid hiet, ne quid protuberet, angulus æquis
Partibus vt coëat, nihil vt delirèt amuſſis.

ILLATIO I.

De æquitate & bona fide.

EX hoc principio primùm illud fit, vt *ius* dici non poſſit quod eſt iniquum, licèt alioqui ſumma ſtricti iuris ratione conſtituatur. Id enim eſt quod vulgo iactari ſolet, *Summum ius, ſumma iniuria: Summum ius, ſumma crux.* Quod Celſus adoleſcens ſic efferebat, vt diceret in quæſtionibus quæ ſunt de bono & æquo, plerumque ſub autoritare iuris ſcientiæ perniciosè errari, *l. ſi ſeruum* 91. *§. ſequitur, De verb. obligat.* Quo etiam illud vulgare dictum pertinet, *Ipſa etiam leges cupiunt vt iure regantur*, id eſt æquitate, quæ iuris regula eſt veluti Lesbia, quæ nunc erecta eſt ſi paries ſit planus, nunc obliqua ſi murus ſit aſper, vt eleganter Ariſt. *tractat lib.* 5. *ethi.* Hinc illa iuris regula, In omnibus quidem, ſed maximè tamen in iure æquitatem ſpectandam eſſe, *l. in omnibus* 90. *De reg. iur.* id eſt præferendam ſummo & ſtricto iuri, *l. placuit.* 8. *C. de iudic.* Nam ſummo & ſtricto iuri opponitur æquitas: Imò & interdum iuri ſimpliciter, *l.* 25. *De legib. l.* 52 *§. vlt. De pact.* quia ius ſimpliciter cùm dicimus, ſtrictum intelligimus, *l.* 1. *C. de legib. l. vnic. C. de probib. ſequeſtr. pecun. l.* 2. *§. item Varus, in fin. D. de aqua. & aquæ pluu. arcend.* Non quia ſtrictum ſit nobilius, aut potentius bono & æquo, cui vt dixi poſtponitur: ſed quoniam ſtrictum ſemper certum & idem eſt, cùm ex ſcripto æſtimetur, aut ex interpretatione quæ ſubtiliter & neceſſario ex ſcripto inducatur, *l. proſpexit* 12. *D. qui & à quib. manu.* At è contrario æquitas in genere nulla eſt, cùm pro perſonarum, rerum, locorum & temporum differentiis varietur. Ob idque de iis quæ in ſola æquitate conſiſtunt dicimus, neque in perpetuum, neque generaliter definiri quicquam poſſe, *l. de acceſſionibus* 14. *De diuerſ. tem. praſ. l. mora* 32. *in princip. de vſur.* vt nec de cæteris quæ in facto magis quàm in iure conſiſtunt, *d. l. mora, l.* 3. *§. eiuſdem, D de teſti. l. ſi ex plagis* 52. *§. in cliuo, D. ad leg. Aquil. l.* 1. *§. Diuus, ad leg. Cor. de ſicar.* Denique placet diffinitio illa æquitatis, vt ſit legis ſcriptæ æquamentum ad hominum vtilitatem reductum, vel non ſcriptæ legis ſupplementum: Gothof. *ad d. l.* 90. *De regu iur.* Quare mirum non eſt Æquitatem & Iuſtitiam pro ſynonymis accipi in *d. l. placuit.* & à Cicerone *verum ius* dici, *germanamque iuſtitiam*, quomodo & naturalis iuſtitia dicitur in *l. ſcire* 13 *§. ſufficit, in fin. De excuſ. tut. l.* 3. *C. de admin. tut.* & bona fides quatenus opponitur apicibus iuris *in l ſi fideiuſſor.* 29 *§. quædam, D. mandat.* Aliud enim reuera eſt bona fides, aliud æquitas, vt vel ex eo apparet quod ſcriptum eſt *in l. bona fides* 31. *D. depoſ.* bonam fidem deſiderare ſummam æquitatem. Sed & interdum bona fides æquitati opponitur, vt in eleganti ſpecie *d. l.* 31. *verſic incurrit.* Nam bona fides ex eo potiſſimum æſtimatur, vt quod promiſſum eſt ſeruetur, *d. § incurrit, verſ. hæc eſt bona fides. l.* 1. *§. pen. ff. naut. caup. ſtabul. l.* 1. *De conſt. pecun.* At æquitas ex totius cauſæ qualitate & conſtitutione æſtimanda eſt, *d §. incurrit*, vbi eleganter Tryphoninus addit, hanc ſe in ſumma probare veram iuſtitiam, quæ ſuum vnicuique ita tribuat, vt non diſtrahatur ab vllius perſonæ iuſtiore repetitione. Eſt enim hoc proprium æquitatis vt ſuum vnicuique tribuat, nec alterū, eum alterius detrimēto locupletiorem fieri patiatur, *l. nam hoc nat.* 14. *D. de cond. ind.* Denique vt non tantum iuſta facere doceat, ſed etiam iuſtè; quod præcipuum eſt vt iuſtus quis videri poſſit.

L. ſi ſeruum 1. *§. ſequuntur. De ver. obligat.*

L. in omnibus 90. *de reg. iur. l. placuit* 8. *C. de iud.*

L. bona fides 3. *D. depoſit.*

ILLATIO II.

De æquitate ante oculos habenda.

SEcundò ex hoc eodem principio fit, vt æquitatem ante oculos habere ſemper iudex debeat, *l.* 4. *in fin. D. de eo quod cert. loc. l. vbicumque, penult. D. de interr. in iur. faciend.* potiùs quàm nimiam iuris ſcrupuloſitatem & ſubtilitatem, aut vt teſtator ille loquitur apud Scæuolam *in l. pen. §. vlt. de leg.* 2. nimiam, miſerámque iuris diligentiam. Idémque in Principe obtinet, vt ſtudio æquitatis omnia facere debeat, *l. vt liberis* 17. *C. de collat.* & ad æquitatis rationem omnia corrigere, *l. properandum* 3. *§. & hæc de alterutra, C. de iudic. l. Titius* 54. *l. qui filiam* 74. *paragrapho vlt. ad Trebell.* Itémque in omnibus legum conditoribus, vt æquitatis debeant eſſe fautores: *l. hac lege* 8. *C. de pact. conuen. tam ſup. dot.* Æquitatem verò ante oculos habere nihil

L. 4. *in fin. De eo quod cert. loc.*

Digitized by Google

alind eſt quàm ex perſonarum qualitate, ex cauſa, ex tempore, & ex bona fide rem æſtimare, *l. & ſi quis 14. §. hæc actio, de relig. & ſumpt. funer.* Nimirum quoties talis caſus emergit qui æquitatis interpretationem recipiat. Alioqui ſi lex de eo caſu ita ſcripta ſit, vt æquitatis rationi prorſus aduerſetur, nec poſſit iudex æquitatem ſequi quin legem offendat; omnimodo lex quamuis dura ſeruanda eſt: *d. l. preſpexit 12. ff. qui & à quib. manum.*

L. proſpexit. 12 ff qui & à quib. manum.

Nihil enim periculoſius dici poteſt & perniciosius, quàm ſi Iudici cuilibet liceat æquitatem pro arbitrio ſibi fingere, & legibus illudere prætextu huius æquitatis, quam ideo non malè *cerebrinam* quidam vocarunt: Quid ergo? Ambiguas atque legum diuerſis interpretationibus titubantes cauſas benignè, atque naturalis iuris moderamine temperare bonus iudex debet, vt loquuntur Imperatores *in l. non ſine ratione 5. C. de bon. quæ liber.* Idque demum eſt æquitatem ſequi. Nam legem duram corrigere ex æquitate, Principis eſt: *l. 1. C. de legib.*

L. 1. C. de legib.

Neque eſt contrarium, quod iudiciorum alia bonæ fidei, alia ſtricti iuris appellamus, quorum illa præcipua differentia eſt ex qua cæteræ omnes dependent, quòd in iudiciis bonæ fidei permittitur iudici ex bono & æquo iudicare; non etiam in ſtrictis, quæ ideo nimirum ſtricta dicuntur, quia in iis non liceat iudici dato, ne latum quidem vnguem à formula ſibi præſcripta recedere: *§. in bonæ fidei, Inſtit. de action.*

§ in bonæ fidei. De act. L. in omnibus negotiis 57. ff. de obl. & act.

Deſcendit enim illa differentia ex natura negotiorum, quæ non patiunt vt æquum videri poſſit, quod à ſtricto conuentionis & obligationis iure abhorreat; vt in ſtipulatione, mutuo, & ſimilibus: *l. quicquid adſtringendæ 99. de verb. obligat.* Quemadmodum ex contrario in bonæ fidei iudiciis euenit, vt quamuis commune illud ſit omnium, quod in iis æquitatem præcipuè ſequi & ſpectare iudex debet, in quibuſdam tamen æquitatem largius æſtimare debeat, quàm in aliis & ſolutiùs, *ita ſcilicet indulgente ipſa actionis natura:* vt Vlp. loquitur *in d. l. & ſi quis 14. §. idem Labeo ait 13. de relig. & ſumpt. funer.* Negotiorum enim alia ſunt bonæ fidei, alia non: *l. in omnibus negotiis 57. De oblig. & act.*

ILLATIO III.

De vtilibus actionibus.

TErtiò ex hoc eodem principio illud fit, vt pleriſque caſibus deficiente iure actionis directæ, neceſſe ſit induci vtilem actionem. Omnes enim vtiles actiones inducuntur ex æquitate, nec contra ius, quod notandum eſt; ſed præter ius, id eſt deficiente iure: *l. ſi res tuas 8. C. ad exhib. l. 1. & 2. C. de oblig. & act. l. pen. ff. de tutel. & ration. diſtr.*

L. ſi res tuas 8. C. ad exhib. l. 1. & 2. C. de obl & act l. pen. De tutel & ratio. diſtr.

Aliud ſiquidem eſt fieri quid contra ius aut contra leges, aliud fieri præter ius & præter leges: *l. necnon 28. §. quo ad eius ff. ex quib. cauſ. maior.* Tantæ autem poteſtatis ſunt vtiles actiones, vt eundem effectum habeant, quem directæ, nec quicquam interſit quod ad effectum, an quis directa, an vtili actione conueniatur: *l. act. 47. De neg. geſt.* Imò ſi habens directam actioné concurrat cum habente vtilé, præferendus eſt is qui vtilem habet: *l. procur. 55 ff. de procur.* innct. *l. ſi procur. 79. De verb. oblig.*

procuratore 79. De verb. oblig.

Non alia ratione quàm quod æquitas ex qua naſcitur actio vtilis, præferenda ſit ſummo iuri ex quo directa æſtimatur. Nam eorum omnium, quorum cauſa nobilior eſt, nobiliorem quoque & potentiorem effectum eſſe conuenit. Inde etiam eſt quod actiones iſtæ vtiles competunt ſine ceſſione, quia non facto, aut voluntate alterius, ſed ſola iuris poteſtate ob æquitatem inducuntur; putà ſi nomen legatum ſit, *l. ex legato 18. C. de legat.* aut in dotem datum, *d. l. 2. C. de obl. & act.* aut in ſolutum, *l. vlt. C. quand. fiſc. vel priuat.* vel venditum, *l. poſtquam 7. C. de hær. vel act. vend.* vel cum hæreditate vendita tranſlatum, *l. emptor. 5. eod.* vel denique ſi penſio ſit vendita, *l. cùm conuenit 20. ff. de pig.* Nam cùm æquitas ipſa nihil aliud ſit quàm ius verum & præcipuũ, vt diximus; quid opus eſt facto hominis vt actio vtilis inducatur? Conſtat ſi quidem actiones omnes induci ſola iuris poteſtate, in eóque differre ab obligationibus, quas neceſſe eſt proficiſci ex aliquo hominis facto, cùm deſcendant omnes ex contractu, vel quaſi, aut ex delicto, vel quaſi; vt dicemus *ad tit. De obligat. & ad tit. De action.* facit *l. quia 11. de præſ. verb.*

ILLATIO IV.

De inductis ex æquitate contra iuris rigorem, ob publicam vtilitatem.

QVartò ex eodem principio fit, quod Iulianus ſcribit *in l. ita vulneratus 15. §. vlt. ff. ad leg. Aquil.* multa iure ciuili contra rationem diſputandi pro communi & publica vtilitate recepta eſſe, idque innumerabilibus exemplis probari poſſe, ex quibus non pauca ad eum locum congerit Gothofredus.

L. ita vulneratus 51. §. vlt. D. ad leg. Aqu.

Æquitatem enim ſemper æſtimat ciuilis Legiſlator ex populi ſui vtilitate, legem illam primam duodecim Tabularum ſemper, & ſine vlla exceptione ante oculos habens, *Salus populi ſuprema lex eſto.* Vnde etiam fit vt ea præcipua & ſumma ratio eſſe exiſtimetur, quæ pro Religione facit, vt eleganter Papin. ait in *l. ſunt perſonæ 43. De relig. & ſumpt. funer.* propterea quod nihil æquè ad populi ſalutem pertineat, quam quod ad Relionis cauſam & dignitatem pertinet; cùm vt Optatus Mileuitanus dicebant, & Religionem in Republica, & Rempublicam in Religione eſſe oporteat. Hinc tot priuilegia dotium, militum, creditorum prælationis ius habentium, & aliarum huiuſmodi perſonarum, quarum cauſa publicæ vtilitatis cauſam adnexam habere intelligitur, *l. 1. ff. ſol. matr. l. intereſt enim 18. de reb. autor. ind. poſſid.* aliàs *l. 3. De priuileg. credit.* Inde, quod leges publicè vtiles, ſunt adiuuandæ interpretatione, *l. hoc modo 64. De cond. & demonſt.* quæ contrà, inutiles ſunt; aut tollendæ prorſus, aut reſtringendæ: *l. 2. & vlt. C. de indict. viduit. & leg. Iul. Miſcell. tollen.* Inde quòd in teſtamentis & aliis vltimis voluntatibus plenior ſit interpretatio, *l. in teſtamentis 12. De reg. iur.* quia publicè expedit ſuprema hominum iudicia exitum habere, *l. vel negare 5. ff. teſt. quemadm. aper. l. 1. C. de ſacr. Eccleſ.* Denique ne ſingula percurramus, ad hoc principium referenda ſunt, quæcumque in libris noſtris legimus contra iuris rationem conſtituta eſſe, propter publicam vtilitatem. Nunquam enim publicæ vtilitatis fauorem pro ratione Prudentes afferunt, niſi cum ſtricti iuris ratio repugnat; quia nec vnquam fieri poteſt, vt quod publicè vtile eſt, idipſum etiam æquum non exiſtimetur. Vtilitas

pro

pro ratione eſt, *l. ius ſingulare 16. cum præced. ff. de legib.*

ILLATIO V.

De æquitate verborum vt vocant.

APparet autem ex ſuperioribus, Principium hoc de illa æquitate intelligendum eſſe, quæ iuris ſcripti duritiem & aſperitatem habita circunſtantiarum ratione mitigat, quæ iuris ſcripti præduram, & ab humanitatis regula alienam interpretationem non admittit, quæ tota poſita eſt in religione iudicantis, vt loquitur, *l. quæſitum 13. D. de teſtib.* quæ ſubtilitati verborum repugnat, *l. ſi sibi 20. in fin. D. de reb. credit.* quæ in ſumma, opponitur ſtricto & ſummo iuri, vt homini barbaro politicus & humanos; vt ſpiritus literæ, inquit Gothofred. *ad d. l. placuit 8. de iudic.* Denique de ea iuris æquitate quæ ipſa ius eſt, non merum ſed verum; ſunt qui notent aliam quandam eſſe æquitatem quæ dicatur *verborum*, de qua *in l. 4. C. de obſeq. patr. præſt.* quæ nihil niſi verborum modeſtiam ſignificat, cum id agitur, vt quod alioqui per ſe durum & aſperum eſt, leniore & mitiore verbo exprimatur, vt ſi quis patrono & manumiſſori ſuo pro vi & audacia, obiiciat impatientiam, *d. l. 4.* Si maritus, vel eius hæres, ei quæ vxor fuit furtum obiiciat, & res dicat amotas, non furto ſubtractas, *l. 1. 2. 3. & paſſ. D. rer. amot.* Si denique filius contra patrem, aut libertus contra patronum ob ipſius dolum agere velit: non enim de dolo actionem habet, ſed in factum, verbis temperandam, ita vt bonæ fidei mentio fiat, quomodo Vlp. loquitur *in l. non debet 11. in fin. D. de dolo.* Sed non benè probatur hæc verborum æquitas ex *d. l. 4.* in qua ſcilicet agitur de atrocitate verborum: æquitate autem petitionis non de verborum æquitate, vt ipſa legis verba probant. Habet tamen hæc quoque verborum æquitas, quam vocant, ſuam iuris & æquitatis, vt ita dicam, realis rationem. Quid enim æquius eſt, quàm ſanctum & inuiolatum ſeruari honorem, quem filius debet patri, à quo vitam; libertus patrono, à quo libertatem, ipſa etiam vita pretioſiorem acceperit? *l. ſi ſuperſtite 5. in fin. C. eod. de dolo,* in illis verbis, *propter paternam verecundiam, d. l. 4. & tot. tit. C. de obſeq. patr. præſt. l. 2. 5. & ſeqq. D. eod. l. 2. 3. & 4. C. de libert. & eor. liber. l. vnic. C. de ingrat. liber.* Quid etiam turpius quàm ſi turpis actio propter furtum daretur marito in eam, quæ aliquando vxor fuiſſet, nec tantùm diuini & humani iuris ſocia, *l. 1. C. de rit. nupt.* ſed etiam, quod ex illo ſocietatis iure prorſus conſequens eſt, quodammodo domina rerum amotarum, *d. l. 2. & 3.* in illis verbis, *propter reuerentiam perſonarum: D. rer. amot. & in l. vlt. ad fin. C. de furt.* propter *matrimonij pudorem.* Nemo enim neſcit verbis quoque iniuriam fieri, adeóque interdum grauiorem, quàm rebus & factis ipſis, etſi placet pleriſque illud Comici, *Nunquam verbo ſatisfacies quod re maleſeceris.*

Æquitas verborum in l. 4. C. de obſeq. patr. præſt.

ILLATIO VI.

De Iuriſprudentia, árſne ſit, an ſcientia?

QVintò infertur ex hoc eodem principio, Iuriſprudentiam propriè nec Artem eſſe, nec ſcientiam; ſi artem & ſcientiam accipias eo ſenſu, quo Philoſophi, cùm quærunt, An Logica, Phyſica, Rhetorica, & aliæ huiuſmodi, artes ſint, an ſcientiæ? Nam cùm Iuriſprudentia circa æquitatem potiſſimum verſetur, æquitas autem nullis certis regulis definiri poſſit, ſed pro rerum ac circumſtantiarum varietate, alia, atque alia ſit, vt *ſupra* diximus ex *d. l. de acceſſionibus 14. D. de diuerſ. temp. preſcript.* apparet fieri nullo modo poſſe vt ius in certam artem redigatur, tantum abeſt vt quod ſcientiis omnibus quæ verè ſcientiæ ſunt, proprium eſt, certis demonſtrationibus concludatur. Ideóque nimirum prudentiſſimè Maiores noſtri *Iuriſprudentiam*, non *ſcientiam* ſimpliciter dixerunt; quoniam in æſtimandis rerum omnium, quæ vel dicuntur, vel aguntur, circumſtantiis; prudentia potiſſimùm conſiſtit. Ars tamen, & ſcientia quoque dicitur non malè, quoniam habet etiam ſua principia, ex quibus quid ſaltem mero & ſummo iuri conſentaneum ſit, aut contrarium, certò ſciri poteſt. Quod ſummum ius, licèt ab æquitate plerumque abhorreat, non ſemper tamen: Et tùm etiã cùm abhorret, inueſtigandum tamen eſt, vel ob hoc ipſum vt ſciri poſſit an æquitati locus eſſe debeat, necne. Non enim fieri poteſt vt quid æquum ſit ſciatur, quin priùs ſtricti iuris ratio intelligatur, non ob id ſolùm quòd contrariorum omnium natura illa ſit, vt vnius cognitio ex alterius cognitione pendeat, *paragrapho primo, infr. De iis qui ſunt ſui vel alien. iur. leg. 1. ff. eod.* Sed etiam quia iuris principia maiori ex parte naturalem habent & iuſtitiam & intellectum, ob idque nec ab æquitate abhorrent, nec facere poſſunt, aut admittere, vt in iis quæ ex eiuſmodi principiis pendent, vnquam eueniat quod Symmachus *libro decimo Epiſtolarum* ſcribit, *Cauſarum ſiue fortunam ſiue rationem illam eſſe perſæpe, vt alius iure ſuperior ſit, alius æquitate.* Ex quo intelligimus quàm immeritò & indignè, paſſim hodie Iuriſconſulti, ne dicam Prudentes appellentur, qui in iuris noſtri principiis tam parum ſunt verſati, vt ea ne ſupremis quidem labris deguſtaſſe, aut digitis attigiſſe videantur. Nam ſi ſcire leges, non eſt verba earum tenere, ſed vim & poteſtatem, vt Celſus dicebat, *in l. ſcire leges 17. ff. de leg.* quis poſſit dicere ſe vim & poteſtatem tenere legis, cuius ignoret rationem? Aut quænam legis ratio eſſe poteſt quæ non ex iuris principiis pendeat? Denique in Iuriſprudentia noſtra, non minùs quam in Philoſophia, verum eſt quod Ariſt. *in lib. De demonſtratione* ſcripſit; *Scire nihil aliud eſſe, quàm per cauſas cognoſcere.* Cùmque nihil è contrario vel ſtultius ſit, vel miſerius, quàm quid quiſque dixerit quærere & curare, fecit tamen ſeculi noſtri infelicitas & imperitia, vt Doctorum noſtrorum vulgus laboret duntaxat in eo inueſtigando, quod ab aliis frequentiore calculo traditum & probatum eſt; negligat verò ſcire quid tradendum fuerit, & probandum. Adeò vt miſero litigatori parum hodie proſit, quod pro ſe habeat expreſſam Papiniani ſententiam, ſi frequentior imperitorum ſchola à Papiniano diſſentiat, contrà quàm à Iuſtiniano ſancitum ſit in conſtitutione, *De concep. Digeſt. §. ſed neque ex multitudine.* Inde eſt quod ſi quis leguleios iſtos vel minimum vrgeat, vt ſiue eorum, quæ ſumma iuris ratione à Prudentibus conſtituta ſunt rationem

L. ſcire leges 17 ff. De leg.

Anton. Fabr. Iuriſp. Papin. Scient.

aliquam reddant, ſiue etiam errorum, quos illi quotidie inuita Iuriſprudentia in praxim, inuehunt, nihil habeant illi in ore frequentius, vt ſe expediant, quam vt verbum illud Iuliani vſurpent, Non omnium, quæ à maioribus conſtituta ſunt, reddi poſſe rationem: *l. non omnium* 20. *De legibus*, quaſi *L. non omniū 20. De legib.* pertineat ea lex ad quaſlibet iuris propoſitiones & ſententias, ac non potiùs ad eas duntaxat quæ iuris ſunt poſitiui & conſtituti, cuius alia nulla ratio eſt, quam quia ſic conſtitutum fuit, nec tam à Prudentibus, id enim eſt rarius, quàm à Principibus, & aliis qui iuris condendi authoritatem habuerunt. Vt puta ſi quis quærat, Cur legitima portio, quam filio in bonis parentum defunctorum aut parentibus in bonis liberorum deberi placuit, quarta olim fuerit portio ſucceſſionis ab inteſtato contingentis, potiùs quàm triens, vel ſemis? Et è contrario, cur hodie trientem, aut ſemiſſem eſſe, pro numero liberorum Iuſtinianus voluerit: *Nouell.* 18. *De trient. & ſemiſſ.* ac non potiùs indiſtinctè vel trientem, vel ſemiſſem? Aut, quod videtur eſſe abſurdius, Cur quinque liberis exiſtentibus maior ſit ſingulorum legitima, quam ſi quatuor tantùm proponerentur? Habent enim quinque ſemiſſem, qui ſi quatuor tantùm eſſent, non niſi trientem haberent. Adde *leg. cum ita* 94. *in prin. & §. 5. De cond. & demonſt.*

Iuri poſitiuo & conſtituto opponitur commentitium, de quo Paulus *in l. ſi pœna* 20. *De pœn* ſic dictum non quia ſit falſum aut mendax, vt *L. ſi pœna 20. ff. de pœ.* quidam falsò & mendaciter comminiſcuntur, nec quod ſit fictitium, vt male Budæus interpretatus eſt; ſed quia non lege aliqua, aut à Principe conſtitutum ſit, ſed citra vllam conſtitutionem ab antiquo tempore receptum, cuius vix eſt vt non aliqua bona ratio reddi poſſit, quia nec facilè fit vt quod ſine lege recipitur, etiam ſine ratione recipiatur. Exemplumque elegans illud eſt quod in *d. l. ſi pœna* proponitur. Nam ſi pœna alicui irrogata ſit, ait Paulus receptum eſſe commentitio iure, ne ad hæredes transeat: ſubindéque rationem reddit, quod in emendationem hominum pœna conſtituatur, quæ mortuo eo in quem conſtitui videtur, deſinit. Húcque referri poſſunt exempla omnia iuris non ſcripti & conſuetudinarij, licet plerumque eueniát vt multa, non ſolùm ſine ratione, ſed etiam contra rationem errore primùm inducta, poſtea longa & inueterata conſuetudine inualeſcant, in quibus non malè vſurpari poſſit ſupradicta Iuliani ſententia. Non enim ratio quærenda eſt eius iuris, quod per errorem primùm fuerit inductum, neque tamen eo minùs dici ius poteſt ſi à tanto tempore receptum ſit, fortaſſis etiam rebus ſæpius iudicatis confirmatum, vt in dubium reuocari non poſſit, ſed quod vnum bono Iudici & Iuriſconſulto quaſi ſolatium ſupereſt, id tantum cauere debet ne producatur ad conſequentias, néve in ſimilibus cauſis obtineat, *l. quod verò* 14. *l. quod non ratione* 39. *ff. de legibus*. At iuris à Prudentibus conſtituti ratio ſemper aliqua eſt, nec aliis quam imprudentibus & ignaris incognita, adeò vt in hunc vſque diem vix vnum aut alterum exemplum afferre potuerint doctiores, *ad d. l. non omnium*. Inter quos Iacob. Cuia. *lib.* 8. *obſer. cap.* 12. vnum *ex l. liberum* 9. *ff. de relig. & ſumpt. funer.* parum accommodatè, vt ſcripſimus *in Rationalibus ad d. l. non omnium*.

ILLATIO VII.

De æquitate cerebrina.

SExtò infertur ex hoc eodem Principio, quod in ſecunda illatione attigimus, non eſſe cuilibet permittendum vt æquitatem pro arbitrio ſibi fingat, ſed eam demum æquitatem dicendam eſſe, quæ vel legibus informata ſit, vel à principiis iuris minus abhorreat. Etſi enim verum eſt, quod proximè diſputauimus; æquitatem nullis certis regulis concludi poſſe; eſt tamen ars quædam boni & æqui, quæ non patitur æquitatem vagari prorſus in incerto, aut ex cuiuſque cerebro pendêre, ſed eam ſemper aliquatenus coniungit cum iure, cuius illa temperamentum eſt, & quoddam veluti condimentum. Hinc eſt quod cùm multa iure ciuili conſtituta eſſent, quæ certè nimis dura & aſpera videbantur, ne dicam apertè iniqua; nec Prudentes, quantumuis egregij æquitatis magiſtri, & aſſertores, æquitatem illam poſſent inducere quæ iuri ſcripto ex diametro repugnaret, neceſſe fuit Prætoribus permitti vt edictum proponerent, quo tantam iuris aſperitatem & ſcrupuloſitatem, vt Pap. loquitur, *in leg. filio præterito* 17. *De iniuſt. rupt.* corrigerent, ac temperarent, tametſi non potuerint illi iuris ciuilis auctoritatē abrogare. Potuerunt ſanè adiuuare & ſupplere, quod poſtremum nec Prudentibus facere licuit, quorum quippe munus fuit ius interpretari, non ſupplere, vt ſuo loco dicemus. Id verò Prætoribus vtrumque permiſſum eſt, vt ſupplere ius & corrigere potuerint, *propter publicam vtilitatem*, vt ſcribit Papinian. *L. ius autem 7. §. ius prætorium hoc tit.*
in leg. ius autem 7. *§. ius prætorium ff. ho. tit.* quia publicè vtile eſt, vt æquitatis maior, quàm ſummi ſtrictique iuris ratio habeatur. Inde tot Prætorum edicta, *De in integrum reſtitutionibus*, *De bonorum poſſeſſionibus*, *De collationibus*, & alia penè innumera æquitatis potiſſimùm ratione & veneratione à Prudentibus ipſis commendata. Cæterum quod Prudentibus non licuit, quomodo tandem, aut quo prætextu Interpretibus noſtris licebit, aut Iudicibus etiam imperitioribus, vt contra leges diſertiſſimis & apertiſſimis verbis conſcriptas nouam æquitatem effingant, quam nec Prudentes viderint, nec Prætores, nec ipſi denique Imperatores? Quare nec mirum eſt, tam ſæpè hodie vſuuenire, vt inde tot iniuriæ naſcantur vnde iura naſci deberent, dum æquitatis prætextu tam imperitè ius tractatur, vt nulla iam ars boni & æqui eſſe videatur. Fateor bonum Iudicem nimios iſtos & altiores iuris apices rimari non debere, *dict. leg. ita vulneratus* 5. *paragraph. vltim. ad leg. Aquil. l. ſi fideiuſſor* 29. *paragraph quædam, ff mandat.* neque admittere varias ſubtilitates *leg. ſicut* 8. *paragrapho, non videtur, in fin. quibus mod. pignus, vel hyp. ſoluit. l. ſi imperialis* 12. *paragrapho primo*, *C. de leg.* tanquam odioſas, & ipſis etiam legibus improbatas, *leg. cùm antiquitas* 13. *C. de vſufruct. l. ſancimus* 7. *C. ad SC. Trebell. l. iubemus* 6. *Cod. de natur. liber. l. vltim. C. de interd. matrim. int. pupill. & tutor.* Fateor Iuriſconſultum non modò æquitatis fautorem eſſe debere, vt & omnes legum conditores, *leg. hac lege* 8. *de pactis conuen.*

tam

Digitized by Google

tam ſup. dot. ſed & ita affectum, vt ius augeat quantum poteſt, quia nec aliter conſtare ius poteſt, quam ſi per Iutiſperitos quotidie in melius producatur, *leg. 2. §. poſt originem 13. ff. de orig. iur.* Sed nego permittendum eiſe cuilibet vel minimo leguleio, vt obtentu æquitaris contra manifeſtam iuris rationem, & contta leges de iure reſpondeat, vel pronunciet. Si quando enim talis caſus contingat vt lex dura alioquin & iniqua emendanda ſit, Princeps conſulendus eſt, ad quem ſolum pertinet vt inter ius & æquitatem poſitam differentiam & interpretationem inſpiciat, *l. 1. Cod. de legibus.* Facit *l. leges ſacratiſſimæ 9. l. 11. eod. lex, ordine 15. ff. ad municip.* Eóque pertinent tot Imperatorum reſcripta quæ nouum ius ex æquitate induxerunt, quod alioqui ſola Prudentum autoritate induci non potuiſſet, *leg. ex facto 17. leg. mulier 22. §. Braſidas leg. Imperator 50. leg. Titius 54. leg. qui filium 74. ad SC. Trebell. leg. iſtet 74. leg. filiusfamilias 114. §. vt quis hæredem de legat. 1. l. vnum ex familia 67. §. vlt. de legat. 2. l. Pamphilo 34. de legat. 3. l. ſi cui 92. De cond. & demonſt. l. 4. De vulgar. & pupill. ſubſt.* aliáque huiuſmodi propemodum infinita.

ILLATIO VIII.

De officio Iureconſulti, vt de iure reſpondeat, non de facto.

SEptimò infertur ex hoc eodem principio, Iuriſconſulti munus & officium eſſe, vt de iure tantum, non etiam de facto reſpondeat, *leg. idem erit 16. De ſtat. homin.* Quod etſi Prudentibus antiquis omnibus commune fuit, Scæuolæ tamen multò familiatius, Cuius elegantiſſima reſponſa ferè omnia, clauſulam illam habebant, *ſecundum ea quæ proponerentur*, vt appareret eum non de facto, ſed ad factum reſpondere. Ex facto enim, vt vulgo aiunt, ius oritur, *l. vt reſponſum 15. C. de transact. l. ſi ex plagis 52. §. 1. ad leg. Aquil.* Quòd ſi meram facti quæſtionem propoſitam videret, vel nihil aliud reſpondebat, niſi quod *in l. Seia 20. §. vlt. de inſtruct. & inſtrum. legat. Non de iure quæritur*, vel ita reſpondebat quaſi de iure quamuis apertiſſimo, potiùs quam de eo quod implicitam haberet facti quæſtionem interrogatus videretur, vt in *l. à teſtatore 109* vbi hac de cauſa ſommoperè laudatur à Claudio, *ff. de condit. & demonſtra. l. qui Romæ 122. §. Agerius, De verb. obligat.* quatum legum interpretatio pleriſque obſcutiſſima viſa eſt, non alia ratione, quam quia adhuc Scæuolæ morem prudentiſſimum non reſpexerunt. Hinc etiam eſt quod Vlp. ſcribit *in leg. eum quem temerè 79. §. 1. De iudic.* Iudicibus quidem de iure dubitantibus reſpondere Præſides ſolere, ſed de facto conſulentibus non debere Præſides conſilium impertire, verùm iubere eos prout religio ſuggeret, ſententiam proferre. Et ratio huius illationis eſt, quia cùm ius ſit ars, eorum quæ in facto conſiſtunt ars nulla eſſe poteſt. Quod eleganter Neratius *in l. 2. De iur. & fact. ign.* ſic expreſſit. Ius, inquit, finitum, id eſt certum eſſe & poteſt & debet. At facti interpretatio plerumque etiam prudentiſſimos fallit. Vnde fit quod eadem lex ait, vt in omni parte error in iure non eodem loco quo facti ignorantia haberi debeat. Iuris enim ignorantia non prodeſt acquirere volentibus, ne quidem fœminis, licèt ſuum petentibus non noceat, *l. iuris ignorantia 7. & ſeq. eo.* facti verò ignorantia prodeſt etiam ad vſucapiendum, *l. iuris ignorantia 4. eo* Iuris error indebiti ſoluti condictionem non inducit, error facti inducit, *l. cum quis 10. C. eod.* Denique ſtultus dicitur qui errat in iure, *leg. regula 9. §. pen. eod.* at non ſimiliter qui errat in facto. An quia præſumatur quiſlibet ſcire iura, vt vulgo creditur? Minimè. Nam & iuris peritiſſimos pleroſque erraſſe ſcimus, eámque ob cauſam aliquando variaſſe, & inter cæteros Papinianum, non ſolùm in ea ſpecie quam Iuſtinianus tractat *in leg. vl. §. ſed cum in ſecundam, C. de furt. & ſeru. corrupt.* ſed etiam in quæſtione *l. ſi venditor 6. in fin. iunct. l. ſeq. De ſeru. export.* item Iulianum *leg. inter. 19. §. vlt. ff. ad SC. Velleian.* Scæuolam vt refert Vlp. *in leg. qui bona 23. §. vlt. De acquir. rer. domin.* Mæcianum etiam, adeóque ipſos Imperatores in ſpecie *l. Diui fratres 17. ff. de iur. patron.* Sed quia nemini permittitur ius ignorare, id eſt non præbet iuris ignoratio iuſtam excuſationem, cùm ſciri poſſit adhibito conſilio Iuriſperitorum, *d. l. regula, §. ſed iuris*, Ita vt nec errare videatur qui in iure errat, ſed conſulto potius dare, atque ideo donare, *leg. cuius per errorem 53. De reg. iur.* & conſequenter perdere, *l. filiusfamilias 7. ff. de donat.* quod non niſi ſtulti hominis eſt, Ex quo illud fortaſſe fit vt *in d. § pen. d. l. regula*, qui in iure *errant non ſolùm ſtulti dicantur, ſed etiã quaſi nõ errent opponantur errantibus*, his verbis, *nec ſtultis ſolere ſuccurri, ſed errantibus* Solis minoribus & fœminis ius ignorare permiſſum eſt: illis, propter ætatis lubricum, his verò propter ſexus infirmitatem: *d. l. regula, in princ.* id eſt, Culpa illis imputari non poteſt ſi ius ignorauerint, neque id nocere iis debet: Secundum quam exceptionem intelligi etiam oportet quod de conſtitutionibus Principum nec ignorandis, nec diſſimulandis, generaliter præcipitur *in l. pen. C. eod.* Sanè quod Interpretes aliquando diſtinguunt inter errorem iuris valde dubij, & iuris certi, non eſt ſine ratione. Quamquam de eo latiùs dicendum nobis erit ſuo loco. Illud tantùm hic monendum ſupereſt, non ſolum Prudentes de facto reſpondere non debere, ſed nec leges ipſas in iis quæ ex facti circumſtantiis pendent, certum ius vllum præſcribere auſas eſſe, vt in delictorum pœnis videre eſt: *l. aut facta 16 per tot. de pœn. & in ſpecie l. vlt. in fin. C. de his qui ad Eccleſ. confug.*

L. Seia 20. §. vlt. De inſtruct. legat.

L. à teſtatore 109. De cond. & demonſt. l. qui Romæ 122. §. Agerius, De ver. oblig.

L. 2. l. 4. 6. 7. & 8 ff. de iur. & fact. ignor. l. cùm quis 10. C. eod.

l. quoties nihil 200. de reg. iur.

ILLATIO XI.

De abſurdis aliquando admittendis, ne abſurdiora ſequantur.

OCtauò & vltimo infertur ex eodẽ principio interdum euenire, vt aliquid quod abſurdum ſit adeóque iniquum iure admitti oporteat, ne alioqui ſequatur quid aliud quod abſurdius ſit, & iniquius, vt in ſpecie *d. l. ita vulneratus 51. §. penult. ff. ad leg. Aquil. l. in quadraginta 88. ff ad leg. falc.* Sicut enim maior æquitas tollit minorem, tùm etiam cum ex vtraque naturalis eſt, *l. Stichum 95. §. naturalis, de ſolut.* ita & è contrario minor iniquitas maiorem: quia quod minus iniquum eſt, licèt ſimpliciter æquum non ſit, tamen ex comparatione eius quod eſt iniquius, pro æquiore habetur: etſi cauere ſemper bonus Legiſlator debeat quantum poteſt, ne quid abſurdi ſequatur, *l. vlt. C. de vſur. rei iud.* Idque eſt quod ait iuris regula, *Quoties nihil ſine captione inueſtigari poteſt, eligendum id eſſe, quod minimum habeat iniquitatis: leg. quoties nihil. 200. de reg. iur.*

Digitized by Google

CONFVTATIO I.

De æquitate ſcripta.

l. placuit 8. C. de iudic.

COntra hoc principium pugnat diſtinctio illa æquitatis, à vulgaribus Interpretibus tradita *ad d. leg. placuit 8. C. de iudic.* vt æquitas alia ſit ſcripta, alia non ſcripta: & ſcripta quidem præferatur iuris rigori, *d. lege placuit*, non etiam ea quæ ſcripta non ſit, *ex d. l. 1. C. de legib. a. l. proſpexit 12. ff. qui, & à quib. manum.* Quos locos quaſi inuicem pugnantes, non aliter quam per huiuſmodi diſtinctionem conciliari poſſe crediderunt. Vnde illud etiam factum eſt, vt ex gloſſa interpretis dictio, *ſcripta*, tandem irrepſerit *in d. l. placuit.* Prorſus imperitè. Etſi enim penè innumera in iure noſtro ſcripta ſunt ad æquitatem pertinentia, nulla tamen æquitas eſt, aut erit vnquam, quæ ſcripta dici poſſit, quia nunquam æſtimatur ex ſcripto, ſicut nec ipſum ius Ciuile, quod Prudentum authoritate conſtitutum eſt, *l. 2. §. ita in ciuitate 12. De orig. iur.* quomodo ius ſcriptum ſtrictúmque æſtimatur, ſed ex naturali ratione & iuſtitia ſcripti iuris rigorem temperante. Sic dicimus ius conſuetudinarium, quod & non ſcriptum appellatur, ex ſcripto æſtimari non poſſe, cùm ex ſolo vſu, longaque conſuetudine totam ſuam authoritatem accipiat, quæ vel in eo maxime conſiſtit, quod in tantum probatum illud eſt, vt non fuerit neceſſe id ſcripto comprehendere, inquit Paulus *in l. imò magna 46. de legib.* Et tamen nihil prohibet id ſcriptum eſſe, quomodo Pariſienſes, Burdegalenſes, Burgundicas, & alias multorum locorum conſuetudines nunc ſcriptas legimus, quas nemo dixerit eo minùs eſſe ius non ſcriptum Pariſienſium, Burdegalenſium, Burgundorum, cùm ſcriptæ ſint non ad ius conſtituendum, ſed ad illud quod iam olim à tanto tempore receptum fuerit probandum, ac ne tam facilè ignoretur. Sic teſtamenta in ſcriptis appellamus, non ea omnia quæ ſcripta ſunt, ſed illa tantùm quæ ex ſcriptura vires ſuas accipiunt. Nam & nuncupatiua omnia, quæ hodiè paſſim fiunt, ſcribi ſolent, nec ideo tamen ſunt in ſcriptis, ſed nuncupatiua; quia in iis nuncupatio, non ſcriptura facit hæredem, ex cuius inſtitutione teſtamentum æſtimatur: ſcribuntur autem ad futuram duntaxat rei memoriam, ob ídque nec ſubſcriptiones, nec ſigna teſtium exiguntur, nec alias ſolennitates teſtamentorum in ſcriptis, de quibus in *leg. hac conſultiſſima 21. C. de teſtam.* Sic denique de iis etiam contractibus, qui nudo conſenſu perficiuntur, ſcripturam quotidie fieri cernimus, neque tamen eos idcirco contractuum, qui *in ſcriptis dicuntur*, iure cenſemus, quia non ideo ſcribuntur quòd nec aliter, nec priùs eos valere contrahentes velint, quàm ſcripti & in mundum redacti fuerint, quæ propria contractuum in ſcriptis natura & conditio eſt, de quibus *in leg. contractus 17. Cod. de fid. inſtrum.* ſed gratia tantùm facilioris & expeditioris probationis: *leg. contrahitur 4. ff. de pignor. l. 4. ff. de fid. inſtrum. leg. cum te 1. C. de tranſact.* Eodem igitur modo dicendum eſt, æquitatem ex ſcripto numquam æſtimari, hoc eſt numquam videri æquum quid poſſe, ob id ſolum quod ſcriptum ſit, tametſi multa idcirco ſcripta ſint tanquam æqua, quòd antequàm ſcriberentur, æqua fuerunt, & ad

Conſuetudo ſcripta.

eum duntaxat finem, ne poſſit quis dubitare quin æquum ſit quod Papinianus aliuſve quiſpiam ex Prudentibus aut Imperatoribus æquum eſſe ſcripſerit. Itaque ſupradictarum legum conciliandarum alia ratio quærenda non eſt, quàm quæ à nobis iam data fuit *in 1. illatione*, vt quoties lex tam apertè ſcripta eſt, vt ne vllam æquitatis interpretationem ex propoſiti facti circumſtantiis poſſit admittere, ea omnino ſeruanda ſit quamuis dura & iniqua, nec per alium quàm per Principem ipſum corrigi ac violari poſſit. Secus autem, ſi vel proprietas verborum, vel ſaltem ipſa legis ratio & ſententia interpretationem aliquam patiatur. Nam cùm iniquitas ex verbis reſultat, mens Legiſlatoris potius ſeruanda eſt: *leg. ſcire 13. §. aliud etiam, de excuſ. tutor. l. 3. in princ. ff. de vſur.*

CONFVTATIO II.

De legibus & opinionibus iniquis.

PVgnant quoque cum hoc Principio quotquot vnquam fuerunt, ſunt, & erunt ſiue Prudentum veterum? ſiue Interpretum noſtrorum ſententiæ alienæ ab æquitate: non enim poſſis melius alienam ſententiam tanquam iniuſtam veróque iuri minùs conſentaneam refellere, quàm ſi dixeris & probaueris eſſe iniquam, vt in ſpecie *l. Iulianus 42. alias l. ſi pupillus, l. ventre 84. ff. de acquir. hered.* Nam & ex hac cauſſa ipſæ etiam leges abrogandæ ſunt, *leg. ſi quis ſuo 33. §. 1. C. de inoff. teſtam. l. cum quis 10. C. de natur. liber.* quaſi vitioſæ, vt habet *lex, maximum vitium 4. in prin. & §. quòd ſi fuiſſet, verſ. & ita vitium permanſit*, id eſt, iniquitas, *C. de liber. præter.* Multò magis improbandæ legum interpretationes iniquæ, tanquam hoc ipſo vitioſæ. Qui ſenſus videtur eſſe *l. in ambigua 10. ff. de leg.* vbi ſcriptum eſt, in ambigua voce legis, eam capiendam eſſe interpretationem quæ vitio caret. Benignius enim leges interpretandæ ſunt, vt ſcriptum eſt *in l. præc.* id eſt humaniùs & æquiùs, quò voluntas earum conſeruetur. Nulla namque lex eſt tam iniqua, quæ non videri æqua velit, præſertim aliquo publicæ vtilitatis prætextu. Denique ad legum authoritatem id maximè pertinet, vt omnis iniquitas expellatur, *§. 1. conſt. De concept. ff. ad Tribon.*

l. in ambigua 19. ff. de legib.

CONFVTATIO III.

De reſcriptis iniquis & lædentibus ius tertij, & De plenitudine poteſtatis ordinaria, & abſoluta. Et de iure quæſito per actus iuris gentium, aut per actus ciuiles.

PVgnant denique cum hoc eodem Principio reſcripta illa omnia Principum, quæ aliquid habent ex iniquo, puta per quæ ius tertij inauditi læditur. Vnde fit vt ita ſemper interpretanda ſint, quantum fieri poteſt, ne tertij cuiuſquam ius voluiſſe lædere Princeps exiſtimetur, *leg. 2. §. meritò, & §. ſi quis à Principe, ff ne quid in loc. public.* Adeò vt quamuis reſcriptum ab initio valuerit & æquum fuerit, deſinat tamen valere ex quo incipit eſſe iniquum, vt in *leg. ex facto 43. De vulg. & pupill. ſubſtitut.* Quare

Digitized by Google

re & illud ab optimis Imperatoribus Theodoſ. & Valent. ſanctiſſimè conſtitutum eſt, vt reſcripta contra ius elicita, ab omnibus iudicibus refutentur, niſi fortè ſit aliquid quod non lædat alium, & proſit petenti; *l. reſcripta 7. C. de precib. Imp. offer. l. vlt. & tot. tit. C. ſi contr. ius vel vtil. public. l. 4. C. de emancip. liber. l. 2. & vlt. ff. de natal. reſt.* Ne ſcilicet inde naſcatur iniuriæ occaſio vnde iura naſci debent, inquiunt iidem Impp. *in l. meminerint 6. C. vnde vi.* Duæ ſi quidem illæ iuris regulæ, quarum altera habet, Id quod noſtrum eſt ſine facto noſtro auferri nobis non poſſe, *leg. id quod noſtrum 11. De regul. iur.* Altera, non debere alteri per alterum iniquam conditionem inferri, *l. non debet alteri 74. eo.* tanta, támque aperta ratione naturali nituntur, vt vix vnquam poſſint violari niſi ratione publicæ vtilitatis, puta in vſucapionibus: *l. 1. ff. de vſuca.* Solent tamen noſtri diſtinguere hac parte, ius quæſitum per actus qui ſint ex iure gentium, & ius quæſitum per actus iuris ciuilis, vt poſſit Princeps tollere ius quæſitum tertio per actus ciuiles, puta per ſententiā, vſucapionem, præſcriptionem, & ſi quid aliud ſimile eſt: Non etiam ius quæſitum iure gentium, puta ex contractu. Sic enim notant *ad d. leg. vlt. C. ſi cont. ius vel vtil. public.* Addunt niſi vtatur plenitudine poteſtatis abſolutæ. Diſtinguunt enim duplicem poteſtatem in Principe, abſolutam vnam, ordinariam alteram, quam longè rectius ordinatam poſſis dicere. Sed mihi videtur idem, quod doctiſſimis pleriſque Viris, abſolutam poteſtatem in bono Principe nullam eſſe, eáoque duplicis poteſtatis diſtinctionem Tyranno magis, quam bono Principi conuenire; idcóque non infacetè aut iuſulsè quidam eiuſmodi poteſtatem abſolutam, *plenitudinem tempeſtatis* appellarunt, vt refert Ant. Theſſau. 10 *deciſ. Pedemontanus.* Prior ſanè diſtinctio defendi probabiliùs poteſt, ſi de Principis voluntate conſtet, quòd ius alteri per actus ciuiles quæſitum tollere voluerit. Alioqui ea ſemper interpretatio humanior & æquior eſt, vt non voluiſſe exiſtimetur. Quod & in Prætoribus, aliiſque Magiſtratibus obtinet, vt beneficia ſua nemini velint eſſe captioſa, ne hoc ipſo fiant iniqua, *l. Paulus notat 8. de præt. ſtipul.* Sic dicimus priuilegia militum ad alienam iniuriam porrigi non oportere, *l. impuberi 40. De admin. & per. tut.* Adde textus elegantes de Principali poteſtate, *in l. pen. ff. de her. inſt. leg. 1. C. de his qui ven. ætat. impetr. l. nimirum 19. C. de teſtam.*

leg. id quod noſtrum 11. l. non debet alteri 74. De reg. iur.

De poteſtate abſoluta, & ordinaria.

PRINCIPIVM III.

Iuriſprudentiæ Definitio.

l. iuſtitia 10. §. 1. ff. hoc tit.

IVriſprudentia eſt, diuinarum atque humanarum rerum notitia, iuſti atque iniuſti ſcientia, *l. iuſtitia 10. §. vlt. ff. hoc tit.* Legum enim authoritas illa eſt, quæ & diuinas res, & humanas benè diſponit, vt præfatur Iuſtin. *in §. 1. Conſt. De concept. ff. ad Tribon.* Huius verò principij ratio hæc eſt, quòd ſumma iuris diuiſio illa ſit, vt aliud ſit diuinum, aliud humanum, quod vtrumque vnis Pontificibus olim tributum erat, penes quos ideo legum omnium interpretandarum ſcientia eſſe credebatur, *l. 2. §. deinde ex his legibus 6. verſ. omnium tamen, De orig. iur.* Ad eos namque de omnibus & diuinis & humanis rebus referebatur, vt teſtatur M. Tullius *lib. 3. de Oratore.*

ILLATIO I.

De coniungenda ſcientia iuris Pontificij & Ciuilis.

EX hoc principio fit, vt etiam hodie qui Iuriſconſultus dici velit, eum neceſſe ſit vtriuſque iuris ſcientiam profiteri, Pontificij ſcilicet, & Ciuilis, quorum illud totam ferè Theologiam, hoc verò Ciuilis diſciplinæ præcepta complectitur. Quamquam inter vtrumque tanta coniunctio & adfinitas eſt, vt de iis etiam penè omnibus, quæ ad fidem & Religionem pertinent, expreſſas habeamus in Codice Iuſtiniani conſtitutiones Imperatorum, qui fuere Chriſtiani. Adeò vt non abs re, neque inſulsè quidam ætate noſtra ſcripſerit, Bonum Iuriſconſultum hæreticum eſſe nullo modo poſſe. Neque enim bonus fuerit Iureconſultus, qui ad ſanctiſſimas Imperatorum leges, quæ tot extant ſub *tit. De ſumma Trinitate & fide Cathol. De ſacr. Eccl. De Epiſc. & Cleric. de Epiſcop. audient. de heret. & Manich.* & aliis qui ſequuntur *libro 1. Cod.* & in *Nouell. Iuſtiniani* (quibus probatur apertiſſimè iam tùm eam ipſam fuiſſe toto terrarum orbe, quæ nunc eſt, Chriſtianam & Catholicam fidem) nihil aliud reſpondere velit, quàm tot, tantóſque Imperatores Romanæ Eccleſiæ diuinum lumen ſecutos, in tenebris ambulaſſe. Etſi de iis, quæ ad ſacroſanctam Religionem pertinent, non leges ciuiles, ſed ſacros Canones ſequi debemus, & ex iis fidei noſtræ dignitatem ac veritatem ſtabilire.

ILLATIO II.

De Iuriſprudentiæ ſactis, & ſanctitate.

SEcundò ex hoc principio fit, vt non immeritò quis nos iuris Sacerdotes appellet, quemadmodum Vlpianus ſcribit *in l. 1. §. 1. hoc tit.* Nam ſi Sacerdos ille eſt, qui & ſacra docet, & ſacris vacat, *l. non diſtinguemus 32. §. ſacerdotio, De recept. qui arbitr.* An non ſacra docet qui iuſtitiæ præcepta tradit? An non ſacris vacat qui iuſtitiam colit? Hanc enim rationem Vlpianus reddit, cùm ſtatim ſubiungit, *Iuſtitiam namque colimus*, ad id (vt videtur) alludens, quod Heſiodus ſcripſit, *Iuſtitiam Dei Opt. Max. filiam eſſe, quæ ſi in terris non colatur, in cœlum protinus ad patrem euolat, de mortalibus vindictam petitura & impetratura.* Hinc leges ipſæ ſacratiſſimæ dicuntur, *leg. leges ſacratiſſimæ 9. Cod. de legib.* Hinc Religio iudicantis, *in leg. eum quem temere 79. §. 1. ff. de iudic. leg. quæſitum 13. ff. de teſtib. leg. Diuus Hadrianus 34 ff. de re iudicat.* Hinc denique Papinianus, vt Imperatorem ſuum Antoninum laudet eximiè, vocat *Religioſiſſimum iuris*, in *leg. vnum ex familia 67. §. vltim. de legat. 2.* Neque valde alienum eſt quod addit Vlp. *in d. §. 1.* Iuriſconſultos veram philoſophiam profiteri, non fucatam & ſimulatam affectare. Aliæ namque philoſophiæ partes in contemplatione ferè totæ verſantur. Hæc noſtra, tanquam quæ & moralem & politicam adnexam habeat, totáque ad iuſtitiæ adminiſtrationem referatur, in actione conſiſtit, in qua eſt præcipua laus virtutis, vt Ariſto-

in l. 1. §. 1. hoc tit.

teleſ

teles ſcribit. Qua de cauſa non poſſum facere, quin quod grauiſſimis pleriſque vitiis viſum eſt, id etiam mihi videatur, multo facere decentius, ſi Iuriſconſultis noſtris honoraria de publico exhiberetur, ea lege, vt ne quid priuatim acciperent ab iis, à quibus conſulerentur: Non eſſent qui nobiliſſimum Aduocatorum ordinem, *venale genus hominum, vulturéſque rogatos appellarent.* Quid enim fœdius, quàm cuiuſque deſiderium & profeſſionem inter ſe diſcrepare, & eos qui ſe philoſophos profitentur, auaritia vinci ac rapacitate? quemadmodum ei, qui ſe philoſophum iactabat, exprobrant Imperatores in *l. profeſſ. 6. C. de num. patr. lib.* 10. *tit.* 41. Eſt enim Philoſophia, res religioſa, & quæ à profeſſoribus ſuis id primum exigit, vt mercenariã operam ſpernant, *l. 1. §. an philoſophi, ff. de extraor. cogn.* vbi de iuris ciuilis Profeſſoribus ſubinde tractans Vlp. ait, quod ad rem noſtram valde pertinet, ſanctiſſimam rem eſſe ciuilem ſapientiam, ſed quæ pretio nummario non ſit æſtimanda, nec dehoneſtãda; quod fieret, ſi in iudicio honor peteretur, qui in ſacramenti ingreſſu offerri debuit. Multa enim inhoneſtè peti, quæ honeſtè accipiuntur. Vbi obſeruandum eſt *honorem* dici quoad Iuriſconſultos id, quod in cæteris perſonis *ſalarium mercéſque laboris* appellatur. Vnde & in eadem lege paſſim Vlp. *honorarium* vocat, quod Aduocatis præſtatur. Etſi iam olim lege Cincia vetitum erat, teſte Corn. Tacito *lib.* 11. ne quis ad orandam cauſam pecuniam, donúmve acciperet. Sanè laudabile, vitæque hominum neceſſarium Aduocationis officium, & maximè Principalibus præmiis remunerandum eſſe prædicat Anaſtaſius in *l. laudabile 4. C. de Adu. diu. iudicum*, multaque in eorum laudem præclarè dicta, videre eſt *in l. Aduocati 4. C. de Adu. diu. iudicior.* Multa è contrario in eorum odium qui cauſas orant, vt ad turpe compendium ſtipémque deformem hanc arripiant occaſionem, non vt laudis per eam augmenta quærant, *in l. quiſquis 6. C. de poſt.* vbi additur: *Nam ſi lucro pecuniáque capiantur, veluti abiecti atque degeneres inter viliſſimos numerabuntur.* Quamquam inde iam ab ipſis Prudentum temporibus ita obtinuiſſe, vt Aduocatis liceret honorarium à litigatoribus accipere, dum ne licitum modum egrederentur, apparet manifeſtiſſimè ex Vlp. *in d. l. 1. De extr. cogn.* iunc. *l. ſi ſub ſpecie 3. & l. ſi qui Aduocatorum 5. C. de poſt. l. properandum* 13. *§ pen. ver. honorariis, C de iud. l.* 15. *eod.* De iudicibus qui ſe furtis & ſceleribus maculaſſe fuerint conuicti, lex eſt Imperatorum Grat. Valent. & Theod. vt ablatis codicillorum inſignibus, & honore exuti, inter peſſimos quoſque & plebeios habeantur, nec ſibi poſtea de eo honore blandiantur, quo ſe indignos iudicauerint: *l. iudices* 12. *C. de dign. lib.* 12. Quis enim ſacrilegos iſtos ferat, qui tam ſacram rem adeò profanè tractauerint?

l. 1. § an philoſophi ff. de extraord. cognit.

De duplici iuris differentia, Publici & priuati.

CONuenit etiam hoc Principium iuris cum quinto, de quo poſteà dicemus, quod habet, Totius iuris noſtri duas eſſe poſitiones, Vnũ publicũ eſſe, aliud priuatũ. Nam cùm publicum illud ſit, quod ad ſtatum rei Romanæ ſpectat, quodque in ſacris Sacerdotibus, & Magiſtratibus conſiſtit, vt Vlp. tractat in *d. l. 1. § huius ſtudij, hoc tit.* apparet Iuriſprudentiam, quæ vtriuſque iuris notitiam præſeferat, non minùs ad diuinas, quàm ad humanas res pertinere. Quod autem addimus cum eodem Vlp. *in d. l. iuſtitia 10. § vl.* Iuriſprudentiam eſſe *iuſti atque iniuſti ſcientiam*, non pugnat cum eo quod *ſuperiore Principio* diximus, Iuriſprudentiam, aut potiùs ipſum *ius* eſſe *artem boni & æqui.* Nam vt diſputauimus, vtrumque minus propriè dictum videri debet, non exactè ad eas quæ probari ſolent artis & ſcientiæ definitiones. Et ſcitè Iacob. Cuiac. poſſe ius dici ſcientiam, vel artem æqui & iniqui. Artem enim eſſe eorum quæ ſciuntur.

l. 1. § huius ſtudij ff. hoc tit.

l. iuſtitia 10. §. vlt. eo.

ILLATIO III.

De perfecto Iureconſulto.

TErtiò ex hoc Principio infertur. Non poſſe fieri vt quis perfectus Iuriſconſultus dici poſſit, niſi qui rerum omnium & diuinarum & humanarum cognitionem habeat, potiſſimum verò perſpectam verborum & rerum ſignificationem. Ex qua nimirum vniuerſa propemodum iuris noſtri principia pendere ſemper exiſtimaui. Vnde eſt, quod in ea re Prudentes illos veteres tantopere inſudaſſe conſtat ex eleganti illo *tit. ff. de verb. & rer. ſign.* Via enim vlla in iure noſtro poteſt occurrere quæſtio, quam non vel ex verbi proprietate, vel ea ipſa rei per verbum ſignificatæ natura & ſubſtantia decidi oporteat: Quam in rem Definitionum vſus præcipuus eſt, ex quibus de vna quaque re quid illa ſit ſciri poteſt, & quas ideo per quidditates, vt Philoſophi loquuntur, id eſt per eſſentiales proprietates & differentias fieri neceſſe eſt. Has enim definitiones hic intelligo, non iuris regulas illas, de quibus accipienda eſt *l. omnis definitio* 202. *De reg. iur.* Aut quas vulgo noſtri vocant *Deciſiones*, in quo ſenſu nomen *Definitionum* ſumpſimus *in Codice noſtro Definitionum forenſium & Rerum in ſacro Sabaudiæ Senatu tractatarum.*

De verb. & rer ſignif.

CONFVTATIO I.

De Iureconſulto hæretico.

COntra hoc Principium peccant, vt iam diximus, illi primum, qui cùm ſe Iureconſultos auſint dicere, hæreticorum tamen nugas & ineptias, his præſertim noſtris temporibus pro religione ſequi non erubeſcunt. Et ſanè cum ad capeſſendam Iuriſprudentiam nihil omnino ſit quòd tantam vim habeat, quantam ſi cui à Deo Opt. Max. datum ſit, vt præclaro excellentique nõ tam ingenio quam iudicio polleat, quis bonos Iureconſultos credere poſſit eos, qui tanta iudicij laborent inopia, vt noui vnius aut alterius hominis peruerſi, & vt plurimùm imperiti opinionem, conſentienti à tot ſeculis Eccleſiæ totius ſacroſanctæ vnitati & doctrinæ præferendam eſſe arbitrentur?

CONFVTATIO II.

De bonarum literarum imperito Iuriſprudentiam profitente.

ITem illi, qui ne quidem primas ferè literas, vt ita dicam edocti, nulliſque Philoſophiæ, Logicæque rudimentia imbuti, ſed plane illotis

manibus

Digitized by Google

manibus, vt Caius loquitur *in l.1. De origin.iur.* ad hæc noſtræ Iuriſprudentiæ ſtudia præcipites ruunt: Ex quo fieri neceſſe eſt quod euenit quotidie, vt erroribus & tenebris non ſeipſos tantùm, ſed ipſam quoque Iuriſprudentiam inuoluant: quæ quandiu per huius generis homines tractabitur, quid aliud obſecro ſperare poſſimus, quàm totius iuris miſeram perturbationem, nihil niſi lites in tribunalia, & in ſcholas iurgia inuecturam? Deceret, ſi omnino fieri poſſet, eos qui Iuriſprudentiam profiteri volunt, priùs noſſe omnia, ſine quibus fieri nequeat, vt in præclaros Iurecõſultos vnquam euadant. Quàm multa enim ſunt ab Interpretibus noſtri perperam tradita & explicata, ſola, nõn dicam Græcæ, ſed & quod longè intolerabilius eſt, Latinæ linguæ, & hiſtoriæ, & antiquitatum Romanarum ignoratione? Quale inter cætera illud eſt, ne omnia congèram, quod in *l.ſi qui 11. §. ſi ἀντίχρησιν, ff. de pignor.* pro Græco illo nomine, viri boni omnes ante Alciatum legerunt *antiphona*, multò prudentiùs facturi, ſi hoc etiam loco vſurpaſſent quod tam ſæpe Accurſius, *Græcum eſt, non legitur.* Item quod Bart. & poſt eum cæteri tractant ad *l.1.ff. de oper.noui nunciat.* Vlpianum trecentis ante Chriſtum natum annis floruiſſe, & alia eiuſdem elegantiæ penè innumera, commiſeratione, ni fallor, quàm riſu digniora. Denique ſicuti Iuſtitia virtutes, ita & Iuriſprudentia ſcientias omnes in ſe vna, ſi perfecta ſit, complectitur.

PRINCIPIVM IV.

Iuſtitiæ definitio.

l. iuſtitia 10. ff. hoc tit.

IVSTITIA *eſt conſtans & perpetua voluntas ius ſuum cuique tribuendi: d. l. iuſt. 10. ff. hoc tit.* Definitur enim hîc non huius, aut illius hominis iuſtitia in concreto, ſed Iuſtitia ipſa in abſtracto, quatenus eſt habitus animi ad id tantùm quod iuſtum ſit faciendum comparatus. Etſi enim perdifficile eſt, vt tam conſtanter & perpetuò iuſtus quis ſit, ne vnquam à recto iuſtitiæ tramite deuiet (homines enim ſunt quotquot in terris iuſtitiam colunt, ideóque errandi facilitate ad lapſum procliues, cùm iura omnia noſſe, omniúmque memoriam tenere, diuinitatis ſit magis quàm humanitatis: In nullo autem aberrare, ſeu in omnibus irreprehenſibilem & inemendabilem eſſe, diuinæ ſolius, non etiam mortalis ſit conſtantiæ, vt Iuſtin. ſcribit *in conſtitut. ad Senatum,* incip. *Dedit nobis Deus § ſi quid autem 13. & § ſed etſi 16.*) fieri tamen nihil prohibet quin bonus vir & iuſtus, tùm etiam cùm per errorem malè & iniuſtè iudicat, conſtantem nihilominùs illam retineat & perpetuam voluntatem ius ſuum cuique tribuendi, ſine qua nec iuſtum nec philoſophum poſſit ſe dicere. Nam à philoſopho exactam grauitatem, perpetuámque conſtantiam deſideramus, *leg. ſi quid venditor 18. ff. de ædilit. edict.* Iam autem diximus Iuriſconſulti proprium illud eſſe, vt veram non fucatam & adumbratam philoſophiam profiteatur. Itaque non poſſum probare quod ad hanc iuſtitiæ definitionem quoſdam notare video, conſtantiam illam perpetuæ voluntatis, quomodo loqui mauult Cuiacius, cum aliquo temperamento accipiendam eſſe, ac ſi ageretur de ſeruo vendito, quem conſtantem eſſe venditor affirmaſſet, vt *in d.l ſi quid venditor.* Nullum enim hac parte temperamentum adhibere poſſis, quin tantundem de iuſtitiæ præſtantia & dignitate detrahatur. Satisfacit iuri venditor ſerui, ſi præſtet eum non valdè ſapientem, dummodo non ita fatuum & motionem, vt in co-rationis vſus nullus ſit, *l. 4. §. idem Pomponius, eod.* Item ſi eum quem artificem promiſit, vel dixit, præſtet peritum ad aliquem modum, licèt non vtique & vſquequaque perfectum, *l. ſciendum 19. §. illud eod.* Sed nullo modo iuſtus eſt, qui non valde, nec niſi ad certum vſque modum iuſtus eſt. Etſi non ignoro à Sapiente dictum. *Noli eſſe nimium iuſtus*, ſed longè alio ſenſu, à Theologis petendo, non à noſtris Iureconſultis, qui non alium iuſtitiæ modum agnoſcunt quam iuſtum eſſe ſine modo, vt de amandi Dei modo Diuus Bernadus ſcripſit, alium amandi modum nullum eſſe, quam amare ſine modo. Sic & iuris ſcientiam à Iureconſulto exigimus pleniſſimam & abſolutiſſimam, non etiam à cæteris, ne tum quidem cùm iuris ignorantiam iis imputamus, vt Paulus ſcribit in *l. in bonorum 10. ff. de bon poſſ.* Denique non ille iuſtus eſt, qui iuſta ſemper facit, & vnicuique ius ſuum perpetuò tribuit, ſed qui conſtantem & perpetuam habet, quod in optimi cuiuſque arbitrio & facultate eſt, ſuum cuique tribuendi voluntatem. Quare ſicuti nemo diceret iuſtum hominem, qui non niſi caſu benè iuſtéque iudicaret: ſi neque peritiam, neque voluntatem benè iudicandi haberet (nam & ſæpe fit vt caſu obtineat qui ſuccumbere deberet, *l. poſthumus 6. §. ſi quis, ff. de inof. teſta.*) ita nec iniuſtus eſt dicendus, qui malè aliquando iudicauit, ſi modò benè iudicandi conſtantem & perpetuam retinuit voluntatem, nec tanta iuris imperitia lapſus eſt, vt ei quicquam imputari poſſit. Præſertim cùm non ſemel tales caſus incidant, in quibus non ſolùm ius cum æquitate, ſed ipſa etiam iuſtitia cum ſeipſa, & æquitas cum bona fide pugnare videatur, vt *in l. bona fides 31. ff. depoſ.* Nam ſi ius dicitur etiam quod iniquè decernitur, relatione ſcilicet facta non ad id quod Prætor aut Iudex fecit, ſed ad id quod facere debuit, tùm quoque cùm noluit, *l. pen. ff. hoc tit.* iunct. *l. ſeruo 65. §. cùm prætor, ff. ad SC. Treb.* quanto magis iuſtum dicere poſſumus etiam eum, qui iniuſti quid egerit, dum ne iniuſtè; id eſt, dum ne eo animo vt iuſtitiam offenderet? Rideo autem, cùm à nonnullis diſputari video, An hæc diffinitio ad iuſtitiam diuinam pertineat, an ad humanam. Et rideo magis, cùm eos audio concludere diuinam duntaxat iuſtitiam hic diffiniri, quaſi non poſſit tanta illa conſtantia perpetuæ voluntatis humanæ iuſtitiæ conuenire. Sic enim ratiocinatur Franciſc. Hotomanus, parum certè ſubtiliter, vt ex proximè dictis apparet. Ex iis porro verbis *ius ſuum cuique tribuendi*, iuſtitiæ dignitatem colligere licet. Vna enim illa eſt & ſola ex omnibus virtutibus, quæ alienum bonum ſpectat; vt Ariſtot. tractat *toto* ferè *lib. 5. Ethic.*

l. in bonorum 10. ff de bonor. poſſeſſ.

l. bona fides 31 ff depoſ.

Digitized by Google

ILLATIO I.

De Iudice malè iudicante per ſordes aut per gratiam, & faciente litem ſuam.

EX hoc principio illud fit, vt litem ſuam faciat iudex, non ſolùm qui per ſordes aut gratiam malè iudicat, ſed & qui per eam iuris imperitiam, quę excuſationem nullam mereatur: *leg. filiusfamilias 15. in princip. & §. 1. ff. de iudic. l. vlt. C. de pœn. iudic. qui mal. indic.*

l. filiusfamilias, 15. §. 1. ff. de iudic. l. vl. C. de pœ. iudic. qui mal. iud.

Hac ſola differentia, quòd ſi per ſordes aut per gratiam, laborat etiam infamia: *leg. iudices 12. Cod. de dignit. lib. 12.* non item ſi per ſolam imperitiam, Etſi vtroque caſu quaſi ex maleficio obligatus intelligitur *l. vlt. ff. de extraor. cognit.*

l. vltim. de extr. cognit.

Sanè illa etiam differentia eſt inter ſententiam iniuſtam quæ per ſordes aut gratiam lata ſit, & eam quæ per iuris imperitiam, quòd illa ipſo iure nulla eſt, non per appellationis beneficium neceſſariò reuocanda, *leg. venales ſententias 7. C. quand. prouoc. non eſt nec.* Hæc verò ipſo iure tenet, *l. ſi patronus 12. §. ſi quis cùm eſſet, de bon. libert. d. leg. ſeruo 65. §. cùm prætor, ad Trebell.* etſi locus ille non tantùm de ea ſententia tractat quæ per errorem lata ſit, ſed de illa etiam quæ ambitioſè, id eſt per gratiam, Vt non malè poſſit quis ſuſpicari odioſiores eſſe ſententias venales, quàm ambitioſas, licèt bono iudici perpetuum illud eſſe debeat, vt *nec prece, nec pretio*. Noſtris tamen moribus vtcumque venalis & nulla ſententia ſit, appellatio neceſſaria eſt, per quam fit, vt iuſtitia per ſordes aut gratiam oppreſſa, vt loquitur *l. addictos 29. C. de appell.* reſtituatur.

ILLATIO II.

De Iudice per iuris imperitiam aut nimiam, aut non nimiam, malè iudicante.

SEcundò ex eodem principio fit, vt ſi iudex neque per ſordes aut gratiam, neque per imperitiam inexcuſabilem iudicauerit, licèt malè ac perperam iudicauerit, non tamen faciat litem ſuam *d. leg. filiusfamilias*, & aliis proximè citatis: Alioqui vix reperiretur, qui iudex inferior eſſe vellet, cùm ex ſuperioris iudicis opinione pendeat, an inferior benè an malè iudicaſſe dicatur, nemo autem neſciat non ſemper eum, qui ex appellatione cognoſcit, priorem ſententiam reformare in melius, ſed ſæpè in peius, vt Vlp. ait *in l. 1. ff. de appellat.* Et ſanè non eo minùs iuſtus iudex eſt quod malè iudicauerit, ſi modo benè iudicandi & ſuum cuique tribuendi conſtantem & perpetuam habuerit voluntatem. Quòd ſi iuſtus, cur ergo condemnandus? Iuſtum enim non tam ex eo quòd iuſta, quàm quòd iuſtè faciat æſtimamus. Aduerbia autem non tam factum, quàm faciendi modum & animum repræſentant. Dices, Cur igitur litem ſuam facit iudex qui per imprudentiam iudicat, ſi putauit ſe benè, iuſtéque iudicare? Nimirum quia nec niſi verbo vult hic iuſtus eſſe, qui non vult ea diſcere quæ ſcire debuerat antequam iudicandi officium ſuſciperet. Nec magna culpa caret, tanquam qui ſe immiſceat rei ad ſe non pertinenti: *l. culpa eſt 36. De reg. iur.* Turpe ſiquidem eſt non tantùm patricio & nobili viro, vt Quintus Mucius dicebat apud Pomponium *in l. 2. §. Seruius, de orig. iur.* ſed & cuilibet ius dicenti, aut iudicanti, ius illud ignorare in quo verſatur. Vnde & Vlp. *in l. ſi per imprudentiam 51. ff. de euict.* imprudentiam errorémque iudicis malè iudicantis *ſtultitiam* vocat, & ſubinde *iniuriam* e factam, qui perperam & iniuſtè fuerit condemnatus. *Quid refert*, inquit, *ſordibus iudicis, an ſtultitia res perierit? Iniuria enim quæ fit emptori non debet auctorem contingere.*

l. ſi per imprudentiam 51 ff de euict.

ILLATIO III.

Ne quis in ſua cauſa iudicet, vel ius dicat.

TErtiò ex eodem principio fit, quod generali Imperatorum lege conſtitutum eſt, Ne quis in ſua cauſa iudicet, vel ius ſibi dicat: *leg. vnic. C. ill. tit.* vbi additur, Admodum iniquum eſſe vt in re propria vlli tribuatur licentia ferendæ ſententiæ.

Tit. C. Ne quis in ſua cauſa iudic. vel ius dic.

Vix enim tam iuſtus quiſquam eſt, qui conſtantem illam & perpetuam ſuum cuique tribuendi voluntatem etiam contra ſe velit exercere, aut qui non ſaltem proprij compendij cauſa facilè ſibi imponi patiatur, vt in propria cauſa id iuſtum & æquum eſſe putet, quod in aliena iniquum eſſe fateretur.

l. nullus 10. ff. de teſtib. l. omnibus 10. Cod. eod.

Vnde illud etiam eſt, vt omnibus quantumuis probatæ famæ & integræ vitæ hominibus, dicendi in re propria teſtimonij, quod multò minus eſt, facultas denegetur: *l. nullus 10. ff. de teſtib. l. omnibus 10. C. eod.* Huc etiam pertinet quod Vlp. ſcribit *in l. qui iuriſdictioni 10. De iuriſ.* eum qui iuriſdictioni præeſt neque ſibi ius dicere debere, neque vxori vel liberis ſuis, neque libertis vel cæteris quos ſecum habet. Cui non eſt contrarium quod Afric. ait *in l. in priuatis 77. cum l. ſeq.* in priuatis negotiis fieri poſſe vt filius patrem iudicem habere poſſit, & pater filium: Ratione illa, quod iudicare, munus publicum ſit.

l. qui iuriſdictioni 10. ff. de iuriſd. l. in priuatis 77. cum ſeq. ff. de iud.

In his autem quæ ad ius publicum pertinent, filius non ſequatur ius poteſtatis, *l. nam quod 14. ff. ad SC. Treb.* Reſpondendum enim eſt pendere id ex differentia quæ olim fuit inter *ius dicere, & iudicare*, qui enim ius dicebant, Magiſtratus erant, non Iudices; nec ipſi iudicabant, ſed iudices dabant qui de facto cognoſcerent, iiſque formulam certis verbis conceptam præſcribebant, à qua ne latum quidem vnguem recedere iudici liceret: Vt proinde non eſſet in poteſtate aut arbitrio iudicis, quam, aut pro quo ſententiam ferret, Et conſequenter nullum in eo verſabatur periculum vt contra ius ſententia ferretur. Quod in ius dicente diuerſum erat cuius officium latiſſimum nullius formulæ finibus, nec alio quàm legum præſcripto continebatur. *l. 1. De iuriſdict.* Itaque ſublata hodie differentia illa vetere, iniuncta etiam ipſis magiſtratibus iudicandi neceſſitate, *per l. 2. C. de ped. iudicib.* abrogata quoque eſt *d. l. in priuatis, arg. d. l. vnic. C. ne quis in ſua cauſ.* Nihil enim hodie frequentius eſt, quàm vt ex cauſa vel minima, dum ne prorſus abſurda aut calumnioſa recuſentur iudices, vt ſine ſuſpicione lites omnes procedant, *l. apertiſſimi 16. C. de iud.* Ij verò omnium maximè ſuſpecti habentur, quos vel credendum vel verendum ſit proprij alicuius commodi aut affectionis gratia in id facilè venturos, vt à conſtanti illa perpetuáque ius ſuum cuique tribuendi voluntate declinent. Sibi enim & ſuis quiſque fauet, tum etiam cùm id ſe agere putat ne contra iuſtitiæ regulas fauere velit.

ILLA

ILLATIO IV.

De perſonis quæ ad iudicij conſtitutionem requiruntur.

QVartò ex hoc Principio fit, vt non aliter iudicium conſiſtere poſſit, quam ſi & actor aliquis ſit, & reus & iudex, non enim iuſtitia in abſtracto illa eſt, quæ ſuum cuique tribuit, ſed iudex ad iuſtitiam adminiſtrandam bene datus, & benè natus. Et quemadmodum dici ſolet, ius honorarium eſſe quodammodo viuam vocem iuris ciuilis, *l. nam & ipſum 8. ff. hoc tit.* ita & non malè quis dixerit Iudicem quemlibet, veluti viuam Iuſtitiæ vocem eſſe: nam per eos qui iuri dicundo præſunt, effectus rei & iuſtitiæ accipitur, parûque aut nihil eſſet ius in ciuitate eſſe, niſi eſſent etiam qui iura regerent, & ad vſum ſocietatis humanæ accommodarent, *l. 2. §. poſt originem, De orig. iur.* Rurſus fieri non poteſt vt iudex ſuum cuique tribuat, niſi adſint litigatores qui de re contendant. Quomodo enim fiat vt iudicium adimpleatur, & quid cuiuſque ſit intelligatur, vna dumtaxat parte in ius veniente? inquit *l. 2. C. de adſert. tollend.* facit *l. inter 62. de iud.* Sed nec litigatores omnes in ius veniſſe ſufficit, niſi etiam audiantur, cùm alioquin perpendi, & ad amuſſim examinari non poſſit, vter potiore iure nitatur, niſi auditis vtrinque quibus moueantur rationibus. Prætetquàm ſi per alterutrius tergiuerſationem fiat, ne intra præſcripta tempora auditi poſſint: *l. properandum 13. C. de iud.* Inde vulgatum illud Sapientis, *Audi partes, & rectè iudica.* Inde quod ſententia inter auditos tantùm & præſentes ius facit, *l. de vnoquoque 47. ff. de re iudic.* non etiam inter alios, *l. 1. & tot. tit. C. inter alios act. vel iudic. aliis non nocer.* nec in ſimili quidem negotio, *leg. vlt. Cod. quib. res iudic. non nocet*: quia non exemplis iudicandum eſt, ſed legibus, *l. nemo iudex 13. C. de ſen. & interl. omn. iudic. l. ſed licèt 12. De offic. præſid.* cùm fieri facilè poſſit, fiátque quotidie, vt ſiue iudicis vitio, ſiue litigatoris, bona quoque cauſa amittatur, *leg. ſi ideo 55. ff. de euict. l. Stichum 95. §. pen. ff. de ſolut.* quod autem tale eſt, vtique ſaluâ iuſtitiâ non poteſt produci ad conſequentias contra eum, cui nihil eſt quod imputetur: *arg. leg. quod verò 14. l. quod non ratione 39. ff. de legib.* Planè ſi quis ad iudicem ritè ac legitimè euocatus venire noluerit, perinde poteſt condemnari peracto edictorum ordine, ac ſi præſens & auditus fuiſſet, *l. & poſt edictum 73. De iudic.* nempe propter contumaciam quæ ſcilicet pro præſentia eſt, facitque vt abſens pro præſente habeatur, *l. etiam 19. § vlt. ff. de minor. Auth. quia in prouincia, verſ. ſed ſi nec ipſe, C. vbi de crimin. agi oport. Auth. ei qui, C. de temp. appell.* Ex quo illud etiam fit, vt non ſemper condemnandus ſit is, qui abſens eſt, ſed pro eo ſiue auctor, ſiue reus ſit, aliquando pronunciari oporteat: Nimirum ſi bonam habeat cauſam, *d. leg. & poſt edictum.* In eámque rem negotium ſubtiliter & diligenter examinandum eſt. quia & examinaretur ſi quis abeſt, adeſſet; *d. l. properandum, §. & ſi quidem, & §. ſin autem reus.* Item quia litigatoris abſentia per Dei præſentiam repleri debet, *§. cum autem eremodicium, ead. leg.* Satis enim punitur abſentia, & contumacia in eo, quod etiam abſens condemnari poteſt, nec vſque adeò inhumanè cum eo agendum eſt, vt omnino debeat condemnari, *l. 1. C. quomod. & quand. iud.* Deni-

l. 2. C. de adſert. tollend.

l. de vnoquoque 47. ff. de re iudic. & Tit. C. inter alios act. vel iudic. aliis non nocer.

l. & poſt edictum 73. ff. de iud.

l. 1. C. quomod. & quand. iud.

que extra caſum veræ contumaciæ, neminem quantumuis probroſum & infamem, indictâ cauſa condemnari leges patiuntur, quod non aliter, quàm auditis omnibus quorum intereſt, videatur fieri poſſe, vt vnicuique ſuum tribuatur. Excipitur caſus contumaciæ, ſed eorum ſcilicet, qui ſi adeſſent, condemnari poſſent. Nam ſi ponas aut pupillos eſſe, aut minores, quos conſtat in iudicio ſtare ſine tutoris vel curatoris auctoritate non poſſe, *leg. 1. 2. & 3. qui legit. perſ. ſtand. in iudic. hab.* habentur pro abſentibus & indefenſis; etiam cum ſunt præſentes, ita vt nulla contra eos ſententia proferri poſſit, *l. acta 45. §. vlt. ff. de re iudic.* Multò igitur minùs ſi per contumaciam abſint, pro præſentibus haberi debebunt, ideóque propoſitum contra eos peremptorium nihil momenti habet: *l. contra pupillum 54. eod.* Nam cùm contumax ille ſit qui tribus edictis propoſitis, vel vno pro tribus, quod vulgo *peremptorium* appellant, literis euocatus præſentiam ſui facere contemnit, *l. contumacia 53. § 1. eo.* conſequens eſt, vt non poſſit eſſe contumax qui præſens eſſe non poteſt, niſi eo prorſus modo quo præſens eſſe poſſet, id eſt ſi tutore vel curatore authore citatus ſit, Ne alioqui plus poſſit fictio in caſu ficto, quàm veritas in caſu vero: *l. ſed addes 9. §. vlt. aliàs l. diem functo, ff. locat. l. ſi tibi 8. §. pen. De opt. legat.*

l. acta 45. §. vl. & l. contra pupillum 54. De re iudic.

ILLATIO V.

De ſententiis lata per iudicem incompetentem.

QVintò ex eodem principio fit, vt à non competente iudice lata ſententia nullius ſit momenti: *l. vlt. & tot. ti. C. ſi à non compet. iudic. iudicat. eſſ. dicat.* Quomodo enim poteſt ſuum cuique tribuere iudex, qui ſit incompetens? Aut quid prodeſt, quod cōſtantem & perpetuam habeat ius ſuum cuique tribuendi voluntatem, ſi non habeat etiam facultatem & authoritatem? Siquidem tritum eſt, inanem & vacuam eſſe voluntatem, cui iuris potentia non adſiſtit: *l. 4. vbi Bald. ff. de acqu. her. l. quoties 9. De her. inſt. l. multùm intereſt 6. C. ſi quis alter. vel ſib.* Inde eſt quod etiam ſi ſoleat dici, iura omnia clamare in contumaces, & per contumaciam prorogari iuriſdictionem, id eſt amitti priuilegium eius qui ad Prætorem, aliúmve Magiſtratum vocatus, alium iudicem habere potuit, *l. 2. ſi quis in ius vocat. non ier. l. 5. ff. de iudic.* Contumaces tamen non videntur, niſi qui cùm obedire deberent non obſequuntur, id eſt qui ad iuriſdictionem eius, cui negant obſequi, pertinent: *d. l. contumacia 53. §. vlt. De re iud.* nimirum cùm euidens incompetentia eſt. Ideóque non malè pragmatici, Iudicis incompetentiam appellant *nullitatem nullitatum*, id eſt omnium nullitatum, quotquot ſunt, præcipuam & maximam.

Tit. Cod. ſi à non compet. iudic.

l. contumacia 53. § vlt. ff. de re iudic.

ILLATIO VI.

De iis qui iudices dari non poſſunt.

SExtò ex eodē principio fit, vt neque furioſus durante furore, neque pupillus, neque minor annis duodeuiginti iudex eſſe poſſit: *l. cùm furioſus 39. l. iudex datus 46. ff. de iud. l. cùm prætor 12. §. non autem, eo.* vbi Paulus ſcribit non omnes iudices dari poſſe ab iis, qui iudicis dandi ius habent. Quoſdam enim natura impediri, quoſdam lege, quoſdam moribus. Natura vt mutum, ſurdum, perpetuò furioſum, & impuberem. Surdus enim quomodo partes audiet, aut

l. cùm prætor 12. § non autem, ff. de iudic.

non auditis partibus jus ſuum cuique tribuet? Mutus verò quomodo pronunciabit, cùm tamen, vt diximus, iudex ſit quodammodo viua vox Iuſtitiæ. De furioſo, & impubere, certum eſt iudicio eos carere, nec proinde conſtantem illam & perpetuam voluntatem habere poſſe, qui nullam habent. Minor autem annis decem & octo, licèt non careat iudicio, tamen non tanto præditus eſt, quanto neceſſe ſit ad tantam rem ex dignitate tractandam, cùm ad annum vſque viceſimum quintum conſilio, iudicio, & authoritate curatoris regatur: *leg. 1. ff. de minor. l. quidam conſulebat. 57. ff. de iud.* Propter quam cauſam lege Iulia cautum eſt, ne minor annis viginti iudex eſſe cogatur, licet poſſit eſſe ſi velit: *leg. cùm lege Iulia 41. de recept. qui arbitr.* vbi Calliſtratus ex eo infert, nec cogendum eſſe vt tanquam arbiter ſententiam dicat, adeóque etſi maior annis viginti, minor tamen viginti quinque auditorium temerè receperit, in integrum ex cauſa reſtituendum eſſe. Lege impeditur iudex eſſe, qui Senatu motus eſt, quia infamis & conſequenter indignus, qui rem tam ſacram tractet. Moribus impediuntur fœminæ & ſerui, non quia iudicium non habent, ſed quia receptum eſt vt ciuilibus & virilibus officiis fungi non poſſint: *d. §. non autem.* Poſſis addere, quia neque muliebris, neque ſeruilis animus tam conſtans, elatus & generoſus eſſe poteſt; quàm eſſe debet in eo, qui iuſtitiam adminiſtrare & ius ſuum cuique tribuere velit. Vnde illud ſapientis; *Noli eſſe iudex ſi non vales reſiſtere iniquitati.* Obſeruandum autem eſt, Iureconſultum requirere *in d. §. non autem,* vt non ſolum iudex eſſe poſſit qui datus eſt, ſed ab eo etiã datus ſit qui iudicis dandi ius habuerit, id eſt qui iuriſdictionem habuerit, *l. 1. & 3. in fi. ff. de iuriſd.* non qui ſolam habet volũtatem, vt *ſuperiore illatione* diximus, quòd voluntas ius ſuum cuique tribuendi, ex qua æſtimatur iuſtitia, nullius momenti & effectus eſſe poſſit in iudice, qui nullam habeat poteſtatem & autoritatem. Planè qui cæcus eſt, ſi aliud nihil impediat, iudicandi officio fungi poteſt, *l. cæcus 6. De iudic.* quoniam in eo locum non habent rationes, quas in ſurdo & muto attulimus. Idem eſt in furioſo, ceſſante furore, *d. l. cùm furioſus.* Ex quo apparet verum eſſe quod *ſuprà* diximus, perpetuam illam ius ſuum cuique tribuendi voluntatem, non ob id perpetuam dici quòd iuſtitiæ actus continuos parere debeat, & ſine intermiſſione, ſed inſpecto animi habitu, quem ſic comparatum eſſe deceat, vt nemini vnquàm iniuriam factam velit. Sic dicimus ſeruitutes omnes etiam ruſticorum prædiorum perpetuam cauſam habere debere, nec aliter valere, *l. foramen 18. ff. vrb. præd.* Et tamen conſtat eas non habere certam continuamque poſſeſſionem, ſiquidem nemo tam perpetuò, tam continenter ire aut agere poteſt, vt nullo momẽto eius poſſeſſio interpolari videatur, *l. ſeruitutes 14. ff. de ſeruit.* vnde & illas diſcontinuas ſeruitutes noſtri vocant, non ſatis ſubtiliter; quoniam aliud eſt, cauſam ſeruitutis eſſe perpetuam, aliud eſſe continuam, vt tractabimus *ad Tit. de ſeruit.*

ILLATIO VIII.

De boni & recti iudicis perpetua conſtantia.

L. obſeruandum 19. §. 1. de offic. præſid.

SEptimò ex hoc Principio fit, quòd Calliſtratus ſcribit *in l. obſeruandum 19. §. 1. de off. præſ.* Præſidem prouinciæ (idem eſt in cæteris Magiſtratibus & Iudicibus omnibus) in cognoſcendo neque excandeſcere aduerſus eos debere, quos malos putat, neque precibus calamitoſorum illacrymari. Id enim inquit, non eſt conſtantis & recti iudicis, cuius animi motum vultus detegit; ſed ejus potiùs, qui eam, qua vſuſ eſt, regulam priùs inflectit, vt Ariſt. loquitur 1. *Rhet. in pri.* Quò etiam pertinet illud Sapientis, *in iudicio non miſereberis pauperis,* ea ſcilicet miſeratione, quæ faciat, vt pauperi tribuas ius diuitis. Suum enim cuique ſemper tribuendum eſt. Putant tamen nonnulli poſt Ciceronem *in Lælio*, permiſſum eſſe iudici quantumuis graui & rigido, vt amico, vel miſero homini, adeóque cui velit ex litigatoribus bonã cauſam optet. Quod ego vereor ne ſit nimis periculoſum, cùm exemplis quotidianis compertiſſimum ſit, vel minimam iudicis in fauorem huius, vel illius litigatoris propenſionem facere, vt iuſtitiæ quoque ſtatera æquilibrio ſuo deſtituta in eandem protinus partem, nulla etiam impellente ratione, propendeat; facilè ſibi perſuadente iudice, interdum etiam ſalua conſcientia, bonam cauſam habere eum, cui bonam optet, licèt malam habeat. Nam ſi vt Plinius dicebat *in epiſtolis*, ea iudicantium conditio eſſe ſolet, vt ſuæ quiſque inuentioni faueat; quanto magis verendum eſt, ne ſuo quiſque voto & deſiderio fauere velit: Probarem potiùs quod quibuſdam locis obſeruari audio, vt ipſis etiam litigatorum nominibus circumſcriptis, ſic iudicanda lis Iudici proponeretur, quaſi eſſet inter A, & B, non inter Titium & Sempronium, ne quidquam poſſet occurrere, quod iudicis animum, alio quàm rationis impetu, in hanc aut in illam partem moueret. Quamquam habet ritus ille hoc incommodi, quod plerumque ex qualitate & conditione perſonarum litigantium, ius ipſum, ſi non niſi rarò prorſus immutandum, plerumque tamen ita ſuadente æquitate temperandum, eſt vt dixi *ad princip. 2.* in quo tractauimus de æquitate.

ILLATIO VIII.

De præcipitatione cauenda per Iudicẽ in ferenda ſententia, & lite tamen citò expedienda.

OCtauò ex hoc Principio fit, vt nihil magis cauere bonus iuſtúſque iudex debeat, quàm ne præcipiti feſtinatione ferendæ ſententiæ rem eò deducat, vt ob non bene audita perceptáque alterutrius litigantium iura, nihil minùs aſſequatur, quàm vt ſuum cuique ius videatur tribuiſſe; *l. ſi quis filio 6. §. quid tamen,* ibi *non pœna feſtinatione, ff. de iniuſt. rup. l. 1. C. de exec. rei iudic.* Vnde Pragmatici dicunt *iuſtitiæ nouercam eſſe præcipitationem.* Et Vlp. *in l. nec quicquam 9. §. circa Aduocatos, de off. Præſ.* non alia ratione monet circa Aduocatos patientem eſſe Præſidem oportere, quamquam id cum ingenio, ne contemptibilis eſſe, i. ne contemni videatur. Eſt enim contemptibilis quiſquis in magiſtratu conſtitutus, contemni ſe patitur, nec ita eſt affectus vt ſuæ dignitatis auctoritatem etiam ingenio ſuo augeat, *d. l. obſeruandum 19. in fi. de off. præſ.* Denique *ad hoc Principium* referri poſſunt quæcunque in libris noſtris ſcripta ſunt de Magiſtratuũ Iudicúmque officio, vt boni iuſtique ſint, & videantur. Inter quæ non extremum illud eſt, vt quod agere iudex debet, quàm primùm agat, intereſt enim vtriuſque litigatoris, *l. 1. C. de admin. tutor.*

L. nec quicquam 9. §. circa Aduocatos, De offic. præſid.

ILLA

Google

ILLATIO IX.

De iudicio reddendo in inuitum.

l. inter ſtipulantem 83. §. 1. De ver. obligat.

NOnd ex hoc eodem Principio fit, vt iudicium reddatur etiam in inuitum: *l. inter ſtipulantem* 83. §. 1. *De ver. obl.* Quomodo enim actori ſuum tribueretur, aut etiam reo, ſi eius voluntas exquirenda eſſet, quem condemnari oporteret? Vnde fit quod Paulus ait *in d.* §. 1. ſi Stichus in iudicio petitus ſit, & de alio actor ſenſerit, de alio reus; eum petitum videri de quo actor ſenſerit. Non quòd in dubio reus non ſit fauorabilior actore, *l. Arianus* 41. *de obl. & act. l. fauorabiliores* 95 *De reg. iur.* ſed quia ſi actori non crederes, ſemper reus negaret ſe conſenſiſſe. In eóque differentia perelegans eſt inter iudicia & contractus. Nam in ſtipulationibus, ſi de alio ſtipulator, de alio promiſſor ſenſerit, nihil actum intelligitur, vt *ibidem* Paulus ait. Et rationem differentiæ ſubiungit, *Nam ſtipulatio ex vtriuſque conſenſu valet. Iudicium autem etiam in inuitum redditur.* quamuis etiam in iudicio quaſi contrahatur: *l.* 3. §. *idem ſcribit, ff. de pecul.* Inde etiam eſt, quod licèt dici ſoleat in iudicium id venire de quo actum eſt inter litigantes, periculoſum tamen eſſet ex perſona & voluntate rei hoc metiri, qui ſemper ne condemnaretur, hoc diceret non conueniſſe: inquit Vlp. ex Celſo *in l. ſolemus* 61. *De iud.* Quid ergo eſt? Melius eſt dicere, ait ille, id venire in iudicium, non de quo actum eſt vt veniret, ſed id non venire de quo nominatim actum eſt ne veniret. Sic denique dicimus ſi actor intentione, vel oratione ambigua vſus ſit, id quod ei vtilius eſt accipiendum eſſe (nam ſi ambiguitas nulla ſit, aliud eſt, vt *in l. vlt. D. de iureiur. l. ſi quis intentione* 66. *eod.* intentio enim actoris eſt, non rei, *l.* 2. *ff. de except.*) quia licèt veteribus placuerit ambiguæ orationis interpretationem contra eum fieri debere, qui potuit legem apertiùs dicere, *l. veteribus* 39 *ff. de pact. l. Labeo* 21 *ff. de cont. empt.* id tamen locum habere non poteſt fauore rei iudicio conuenti, in quem etiam inuitum reddi iudicium debet. Non enim redditur in actorem, ſed in reum vrgente actore; ſicut & condemnationis nomen ſolum reum reſpicit, non actorem. Non quia ſemper & omnimodo reus condemnandus ſit, ſed quia tùm etiam cùm abſoluitur, non idcirco actor condemnatur, à quo ſcilicet nihil petitur (aliud enim eſſet ſi reconueniretur, ex qua nimirum parte, rei, non actoris partes ſuſtineret, *l. cùm Papinian.* 14. *C. de ſent. & interlocut. omn. indic. l. in tribu*[illegible]. *ff. de ind*) ſed tantùm excluditur & repellitur, aut quod intentionem ſuam non impleuerit, id eſt ſatis plenè non probauerit; *l.* 4. *C. de edend. l. vlt. C. de rei vindic.* aut per oppoſitam à reo exceptionem, cui tum demum locus eſt, cùm actoris intentio benè iam probata & fundata, neceſſariò excludenda eſt: *d. l.* 2. *ff. de except. l. qui ex liberis* 11. §. *vlt. ff. de bon. poſſ. ſec. tab.*

L. ſolemus 61. ff. De iudic.

L. ſi quis intentione, 66. eod. tit.

CONFVTATIO I.

De Iudice nolente priorem vnquam mutare ſententiam.

COntra hoc Principium peccant non ij ſolùm Magiſtratus & Iudices, qui per ſordes aut per gratiam & ambitionem, aut per imperitiam vel præcipitationem ſic ius dicunt vt iniuriam faciant; ſed illi etiam qui hac iuſtitiæ definitione, imperitè proculdubio, ne dicam impudenter, abutuntur, vt à iuſti bonique iudicis conſtantia & grauitate alienum eſſe putent, ab ea ſententia quam priùs probauerit, recedere, nec ſi meliorem vel Deus ipſe, vel quæ ſine Deo eſſe non poteſt, melior mens ſuggerat. Quaſi verò iuſta voluntas ſit, quæcunque conſtans & perpetua eſt, ac non potiùs è contrario eam demum conſtantem & perpetuam eſſe oporteat, quæ priùs ſit iuſta. Nam ſi veræ ſyncetæque iuſtitiæ id vnum propoſitum eſſe debet, vt ſuum cuique ius tribuere velit, quid iniuſtius dici poteſt, quàm ſi in priore ſententia iniuſta perſtare iudex velit, ne videatur inconſtans ſi iuſtus appareat? Variarunt ſæpenumero ipſi etiam Prudentes, hoc ipſo nobis longè prudentiores, vt ſcripſimus *ad Princip.* 2. *illat.* 8. Et quemadmodum ſano conſilio vti creditur, qui malum conſilium reuocat, ita & iuſto, qui iniuſtum.

CONFVTATIO II.

Non ſemper iuſtè ſuum cuique reddi.

PEccaret etiam contra hoc Principium, ille qui deportato bona, quæ is ante deportationem penes alium depoſuiſſet, reſtitui iuberet: *l. bona fides* 31. *depoſ.* aut enſem ſuum furioſo. Ita enim ſuum cuique ius tribuendum eſt, vt ex eo nemo lædi poſſit. Et inter tria illa iuris præcepta, *honeſtè viuere, alterum non lædere, ius ſuum cuique tribuere*; potius eſt ſecundum, ſi cum tertio pugnet. Propius enim accedit ad legem illam naturalem, quæ totius iuſtitiæ fundamentum eſt, *Quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris*: quæ ſicut prohibitoria eſt, ita & potentior quàm affirmatiua illa contraria, *Quod tibi fieri vis, alteri feceris*, cui reſpondet præceptum illud, *Ius ſuum cuique tribuere.* Sicut autem iuſtitiæ proprium eſt ſuum cuique ius tribuere, ita & ſuam cuique pœnam, *l. ſancimus* 22. *C. de pœnis,* Iniquum enim eſſet alieno ſcelere, vel odio, alium prægrauari: *l. ſi quis ſuo* 33. §. 1. *C. de inoff. teſt.*

PRINCIPIVM V.

Diuiſio Iuris in publicum & priuatum, & de differentia Magiſtratuum, & legum.

OMNE ius aut publicum eſt, aut priuatum. Publicum eſt quod ad ſtatum rei Romanæ ſpectat. Priuatum quod ad ſingulorum vtilitatem: *l.* 1. §. *huius ſtudij, ff. hoc tit.* vbi ratio ſtatim redditur. *Sunt enim quædam publicè vtilia, quædam priuatim.* Senſus eſt, ius omne non ſolùm ab hominibus, ſed etiam à Deo Opt. Max. non niſi hominum gratia, & pro eorum vtilitate comparatum eſſe, ſicut & cæteras res omnes, *l. in*

l. 1. § huius ſtudij, ff. hoc tit.

B 2 pem

pecudum 28. *ff. de vſur.* propterea quòd humana ſocietas ſine iure ac legibus ſtare nullo modo poſſit; ne quidem inter barbaros & latrones: vide elegantes illæ definitiones legis *in l. 1. & 2. ff. de legib.* facit *l. omnes populi 9. hoc tit.* Atqui quicquid hominibus vtile eſt, id vel publicè, vel priuatim vtile eſſe neceſſe eſt: neque tertium quicquam medium & ſeparatum fingi poteſt. Conſequens igitur eſt, ſummam totius iuris diuiſionem illam eſſe, vt ius aliud ſit publicum, aliud priuatum. Subiicit Vlpianus, Publicum ius in ſacris, ſacerdotiis, & magiſtratibus conſiſtere; Priuatum verò tripertitum eſſe, Collectum videlicet ex naturalibus præceptis, aut gentium, aut ciuilibus. Quod ſi ita eſt, ergo triplex illud ius, de quo poſteà diſſerit, naturale, gentium, & ciuile, priuatum dicendum eſt, non publicum. Et ſane ita eſt, quatenus ad ſingulorum vtilitatem refertur, neque enim ad ſtatum rei Romanæ pertinet, vt publicum eo reſpectu dici poſſit. Itaque errant meo iudicio, qui in hac iuris diuiſione, *magiſtratuum* nomine leges quoque intelligunt. Etſi enim lex eſt quod populus Romanus ſenatorio magiſtratu puta Conſule interrogante conſtituebat, ſicut & plebiſcitum, quod plebs plebeio magiſtratu, id eſt tribuno plebis interrogante, *§. lex eſt. tit. prox. De iur nat. gent. & ciuil.* longè tamen aliud lex eſt, aliud magiſtratus. Nam vt magiſtratus ſit in ciuitate, ad ſtatum rei Romanæ ſpectat primò & principaliter; ad priuatorum verò vtilitatem, non niſi in conſequentiam. At vt hæc, aut illa lex feratur, priuatorum gratia potiſſimum fit, nec intereſt reipublicæ niſi ſecundariò & per conſequentiās, quatenus ex priuatorum vtilitatibus publicam quoque æſtimamus. Quid? An non dicuntur leges eſſe iuris publici? vtique. Et nihil apud Iureconſultos frequentius eſt, quàm vt iure publico fieri dicant quod fit ex legibus, vt cum ſcribunt teſtamenti factionem eſſe iuris publici: *l. 3. ff. qui teſtam. facer. poſſ.* quia ex lege 12. Tabul. *l. verbis legis 120. de verb. ſign.* Ius publicum priuatorum pactis mutari non poſſe, *l. ius publicum 38. de pact. l. Neratius 20. de relig. l. 1. §. ſi inter, De magiſt. conu.* Iure publico retentionem falcidiæ competere, *l. quod bonis 15. §. 1. ad leg. falci.* id eſt ex lege falcidia, quæ non patitur teſtatorem legaſſe ſupra dodrantem, *l. 1. eod.* Sed his omnibus locis, & aliis, ſi qui ſunt eiuſmodi, *ius publicum* dicunt Iureconſulti longè alio ſenſu, quàm Vlpianus in hac iuris diuiſione; ſcilicet non quatenus ad rei Romanæ ſtatum pertinet, ſed quatenus commune eſt priuatorum, & ciuium omnium. Id enim legum omnium proprium eſt, vt ciues omnes obligent, ob idque generales eſſe debeant; *l. iura 8. ff. de legib.* vt iis conueniat illa legis definitio à Papiniano tradita *in d. l. 1. de legib.* *Lex eſt commune præceptum, communis Reipublicæ ſponſio.* Cui adde ex Demoſthene *in l. 1. eod.* *Ad cuius præſcriptum omnes, qui in ea Republicâ ſunt, vitam inſtituere debent.* Primáque lex duodecim Tabularum ea fuit, *Priuilegia ne irroganto*, ne qua induceretur lex priuata, id eſt quæ ciuibus omnibus communis non eſſet, nec certam perſonam egrederetur. In quo differunt leges à Principum conſtitutionibus, quarum aliæ ſunt generales, aliæ ita perſonales, vt perſonam, ad quam, aut de qua reſcriptum eſt, non tranſgrediantur; nec ad exemplum trahi poſſint: *§. ſed & quod Principi, inſ. tit. prox.* vbi huius differentiæ rationem adſeremus. Itaque *ius commune* plerumque dicitur Iureconſultis, pro eo quod alibi *ius publicum*; vt cùm idem Papin. ſcribit *in l. inter eos 51. §. pen. de fideiu.* non videri deceptum eum, qui iure communi vſus eſt. Ex quo reſponſo ſumptum videtur quod Imp. Zeno reſcripſit *in l. vlt. C. de in integr. reſt. min.* non intelligi circumſcriptum minorem, qui iure ſit vſus communi. Eodem enim ſenſu ſcriptum eſt in regula iuris; *Non capi eum qui ius publicum ſequitur*: *l. nihil conſenſui 116. §. 1. De reg. iur.* quomodo & communem vtilitatem, pro publica, dicit Iulian. in *l. ita vulneratus 51. §. vlt. ad leg. Aquil.* Dicitur etiam ius illud perpetuum *in l. ſi duorum 42.* iis verbis, *an non facit dolo, qui iure perpetuo vtitur*: *ff. de act. empt.* Perpetuum enim eſt quod à lege tanquam à cauſa ſua proficiſcitur, cùm lex non ſolùm perpetuò viuere, ſed etiam perpetuò loqui intelligatur. Vnde illa Prudentibus noſtris adeò familiaris locutio, *Ait lex*, *vera legis*, & ſimiles pleræque. Cæterum & commune, & publicum, & perpetuum ius illud dicitur, ad differentiam eius iuris, quod ex priuatorum conuentionibus non niſi priuatim, acquiritur, & in id vſque tempus quo conuentio effectum ſortita ſit, aut ſortiri poſſe deſierit. Qua ratione idem noſter Papinianus eleganter ſuo more ſcripſit *in l. vlt. ff. De ſuis & legit.* *Priuatorum conuentiones legum authoritate non cenſeri.* Sunt tamen etiam leges quædam præſertim in duodecim Tabulis, quæ alio ſenſu poſſunt dici iuris publici, nempe quia pertinent ad ſtatum rei Romanæ, vt quæ ſunt de Sacris, de Sacerdotiis, de Magiſtratibus: in his enim tribus, vt Vlp. ait, ius publicum conſiſtit. Quod ius publicum hoc ſenſu cùm dicimus, non illud ſignificamus quod ſit commune, ſed è contrario quod proprium ſit, ne dicam quodammodo priuatum ipſius Reipublicæ. Aliud enim eſt, Vniuerſitatis quid eſſe, aliud priuatorum. Aliud eſſe quid commune, aliud publicum, etiam in generali rerum omnium diuiſione; Aër eſt communis omnibus, non publicus; Campus Martius publicus, non communis. Vt dicemus latius ad *tit. ff. de rer. diu. lib. 2.* Sic dicimus, quod Vniuerſitati debetur, ſingulis ex Vniuerſitate non deberi; nec contrà debere ſingulos, quod Vniuerſitas debet: *l ſicut 7. §. ſi quid, ff. quod cuiuſq. vniuer. nomin.* Denique ius etiam naturale, & gentium, dicitur commune, ad differentiam ciuilis, quod eſt proprium ciuitatis: *l. 6. ff. hoc tit.*

Iusp. ubi enim

l. 1. ff. de legib.

Ius cōmune.

l. vlt. C. de in integr. reſti. minor.

l. vlt. ff de ſuis & legit.

ILLATIO I.

De poteſtate iuris publici in priuatos.

EX hoc principio fit, quod Vlpianus ſcribit *in l. ille à quo 13. §. vlt. ff. ad SC. Trebell.* Si quis filiusfamilias ſit, & magiſtratum gerat, id eſt ſi Prætor fideicommiſſarius (de illo enim magiſtratu loquitur, quem fauore fideicommiſſorum Diuus Claudius in Rempu. inuexit, *l. 2. §. capta deinde Sardinia, ver. poſt deinde, De orig. iur.*) patrem ſuum, in cuius poteſtate ſit, ſuſpectam dicentem hæreditatem, cogere poſſe vt adeat & reſtituat. Nam vt Hermogenianus ſubiicit *in leg. ſeq.* quod ad ius publicum attinet, filius non ſequitur ius poteſtatis, id eſt patrisfamilias loco ipſe habetur, *l. filiusfamilias 9. ff. de his qui ſunt ſui, vel alie. iur.* Facit *l. apud filiumfamilias 18. ff. de manum. vindict.* Vbi notandum eſt *ius publicum* dici propriè

l. ille à quo 13. §. vlt. cum l. ſeq. ff. ad SC. Trebell.

quate

quatenus ad ſtatum Reipublicæ ſpectat,& ex qua parte conſiſtit in Magiſtratibus, Ad differentiam iuris priuati, id eſt priuatorum gratia per Legiſlatorem ciuilem introducti;Quale eſt proculdubio ius patriæ poteſtatis: eſt enim proprium ciuium Romanorum, vt Iuſtin.ſcribit *in §. ius autem poteſtatis, infr. De patr. poteſt.* Ideo autem non ſequitur filius ius poteſtatis in iis quæ ad ius publicum pertinent, quod iuris publici cauſam ſemper potiorem eſſe,quam priuati, intereſſit publcè;& conſequenter ipſorum etiam priuatorum, quódque Reipublicæ priuſquam parentibus optimus quiſque natus intelligitur, *l. 1. §. & generaliter 15. De ventr.in poſſ.mit.l.19.§ filius, De captiu.*Ortus noſtri,inquit Cicero, partem patria,partem parentes, partem amici ſibi vindicant:Ergo patria primam & potiorem. Vnde etiam eſt, quod parentis vicem Magiſtratus ſuſtinere dicitur *in l. 4. Cod.de defenſ. ciuit.* Item quod ex cauſa publicæ vindictæ & vtilitatis, etiam ob ſcelus patris, interdum bona paterna filiis auferuntur, quamuis alioquin iis debita ratione naturali, vt contingit in crimine læſæ maieſtatis;*l. quiſquis 5.C.ad leg. Iul. maieſt.* iunct. *l. vlt. ff. de bon. damnat.* Denique vt intelligas ius rei publicæ potentius eſſe quàm patriæ poteſtatis,habuit ſemper Reſpubl.habet nunc,& in perpetuum habebit ius vitæ & necis in ciues ſuos, quod parentes iure patriæ poteſtatis, etſi olim habuerunt,nunc tamen non habent: *leg. in ſuis 11. De lib.& poſth.l.vlt. C.de patr.poteſt.* at ne quidem domini in ſeruos, *§. vlt. Inſt. de his qui ſunt ſui,vel alien.iur.* Vide text.elegantem *in l. honor.14.§.plebeij ff.de muner.& honor.* *l.honor 14. §. plebeij De muner. & honor.*

TITVLVS SECVNDVS,

De iure naturali, gentium, & ciuili.

PRINCIPIVM I.

De iure naturali.

DEFINITIO IVRIS naturalis.

IVs naturale eſt, quod circa eas res verſatur, quas cætera quidem animantia faciunt ſolo inſtinctu & impetu quodã naturæ, homines verò cũ ratione. Sic enim omnino accipiendum eſt quod Iuſt ſcribit initio huius tit.ex Vlpiano *in l.1. §. ius naturale. ff. eo.* Ius naturale eſſe quod natura omnia animalia docuit,& Ius hoc non humani generis proprium eſſe, ſed omnium animalium quæ in terra, quæ in mari naſcuntur, auium quoque commune eſſe. Denique etiam feras huius iuris peritia cenſeri materialiter ſcilicet, non formaliter. Nam cùm ius omne ſemper æſtimandum ſit ex ratione, ità vt vbi ratio non eſt,ita nec ius ſit,quemadmodum diximus *illat. 3. ad Princip. 1. tit.ſuperioris*, conſequens prorſus eſt quod etiam ibi adnotauimus,vt bruta animantia ſicut rationis expertia ſunt,ita nec iuris capacia ſint, nec iniuriæ,ita vt ſi quando lædant, & offendant, non iniuriam,ſed pauperiem facere dicantur:*l. 1. §.1. ff. ſi quadrup. pauper. feciſſ. dicat.* Et verò fieri non poteſt vt quicquam ſit iuris naturalis,quod non priùs ſit iuris: Qualitas enim illa *naturalis*, non poteſt eſſe ſine ſubiecto:*leg. 3.in fin. ff. de capit.minut.leg.eius qui 41.verſ.quare ſi nulla,ff,de reb. cred.*Proinde *edere,bibere, dormire*, & alia ſimilia quæ & homines & bruta animantia omnia peræquè faciunt, non dicentur eſſe iuris naturalis, quoniam ſic ab hominibus fiunt vt à brutis, id eſt,ex naturæ neceſſitate potiùs quàm aliqua ratione: quam ſi hic interuenire neceſſe eſſet,maiorem vtique in brutis, quam in homine reperiremus: cæteris enim animantibus à natura illud inſitum eſt,vt neque edant,neque dormiant, plus quantum ad vitam tuendam neceſſe eſt; hominum verò plerique & crapulæ & ſomno ita ſe dedunt, vt videantur credere non ad aliud ſe natos eſſe, quàm vt ventrem crapula expleant, diem ſomno. Húcque pertinet exemplum illud ab Vlpiano,& Iuſtiniano allatum, de maris & fœminæ coniunctione,quam nos Matrimonium appellamus. Non enim quamlibet maris ac fœminæ coniunctionem iuris naturalis eſſe volunt, ſed cum hac adiectione *quam nos Matrimonium appellamus.* Nimirum quia ſola maris & fœminæ coniunctio hæc eſt, quæ inter homines fit cum ratione: cæteræ omnes extra legitimas, iuſtáſque nuptias,ſunt illegitimæ:& ſicut rationis non ſunt, ita nec iuris naturalis. Idémque eſt de liberorum procreatione, & educatione. Sunt enim iſtæ quoque iuris naturalis ſi fiant cum ratione. Itaque pone ſuſceptos liberos, & procreatos ex coitu damnato & nefario: nullo iure debebitur educatio, adeò vt nec huiuſmodi liberis quicquam relinquere pater poſſit, ne quidem in cauſam alimentorum, tanquam quos non ſolùm lex nullo modo agnoſcat, ſed nec natura ipſa,vt ait Iuſtin.*Nou.89.cap.vlt.* vnde ſumpta eſt *auth.ex complexu, Cod. de inceſt. nupt.* Alioqui non poſſet per conſtitutiones ciuiles immutari id, quod eſſet iuris naturalis: *§.vlt.infr.hoc.tit.*Etſi iuris Pontificij æquitate hoc correctum eſt, iniunctáque neceſſitas parentibus educandi liberos, quantumlibet ex damnato coitu ſuſceptos,iiſque alimenta relinquendi, ne fame pereant: *cap. cum haberet, Extr. De eo qui dux.in matrim.*Nec obſtat *l. lex natura 14. de ſta. hom.* Sic enim accipienda eſt, non vt ex iure naturali ſit coniunctio maris & fœminæ extra iuſtas nuptias, ſed vt non eo minus mater liberos à ſe vulgo quæſitos agnoſcere debeat, tanquam natura ſuos, licet nullo iure ſuſceptos.

l.1. §.ius naturale. ff.de inſt.& iu.

PRINCIPIVM II.

De eſſentia iuris naturalis. Et quantum ſit inter rationem naturalem, & ius naturale.

IVs naturale æſtimatur ex ratione naturali. Nam ſi ius omne ſemper ex ratione æſtimandum eſt, conſequens ſit vt ratio naturalis ea ſit, quæ conſtituit ius naturale. Neque tamen id ita accipi oportet, quaſi ratio quælibet naturalis ſufficiens ſit, ad inducendum ius naturale. Quid enim ſi in contrarium alia ratio naturalis vrgeat, eáque fortior & potentior? Exemplis res fiet illuſtrior. Facit naturalis ratio, & quidem non parua, vt pacto omnia quæ nec contra leges, nec contra bonos mores ſint, ſeruari oporteat, *l. 1. ff. de pact.* vbi ſcribit Vlpianus edicti illius æquitatem eſſe naturalem, quia nihil tam congruum ſit fidei humanæ, quam ea quæ inter quoſdam placuerint, obſeruari: quod & repetit *in l. 1. ff. de conſtit. pecun.* Et tamen ſi pupillus ſine tutoris authoritate aliquid promiſerit, ſiue per pactum, ſiue per ſtipulationem, placet eum nullo modo obligari, ne quidem iure naturali; imo quod magis eſt, nec mutuam pecuniam accipiendo: *l. quod pupillus 41. de cond. indeb. leg. pupillus 59. ff. de oblig. & action.* Nimirum, quia contraria naturalis ratio facit pro pupillo, propterea quod per naturam ipſam fiat, vt pupillus in ea ætate iudicio careat, ſine quo efficaciter illum obligari æquum eſſe non poteſt. Et eſt ratio hæc, & æquitas naturalis tantò fortior, quantò ſpecialior. Specialia enim magis afficiunt, quam generalia: *l. ſi quis mihi 25. §. ſed vtrum generaliter, ff. de acquir. hered. leg. 2. C. de ſeru. pignor. dat. manum.* Nec eſt contrarium quod pleriſque iuris locis ſcriptum eſt, pupillum etiam qui ſine tutoris authoritate promiſerit, vel pecuniam mutuam acceperit, obligari naturaliter, ideóque fideiuſſorem vtiliter dare poſſe: *l. ſi pupillus 35. De recep. qui arbit. l. vlt. ff. de iureiur. l. ſi pupillus 21. ff. ad leg. falcid. leg. cùm illud 25. §. hæres meus, ff. quand. dies legat. ced. leg. 1. ff. de nouat. l. in numerationibus 44. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis, ff. de ſolu.* Aliud enim eſt obligari quem naturaliter, aliud verò obligari iure naturali, aut, quod idem eſt, naturâ. Obligatio namque naturalis tota æſtimatur non ex iure naturali, ſed ex facto ſolo, quod naturalem aliquam induceat æquitatem; cùm illo etiam caſu, quo ius naturale inducitur ex ratione naturali, rationem ipſam & æquitatem naturalem (nihil enim inter vtramque intereſt, quamuis interſit inter rationem iuris ciuilis, & æquitatem naturalem) præcedere ſit neceſſe. In eamque rem textus eſt perelegans *in l. nec ſeruus 41. ff. de pecul.* vbi ſcriptum eſt, nec ſeruum quicquam debere poſſe, nec ſeruo deberi: ſed cùm eo verbo abutimur, factum nos magis demonſtrare, quàm ad ius referre obligationem. Sic enim lego: expuncta dictione *ciuile*, quia factum opponitur iuri ſimpliciter: *l. Aurelius 28. §. Sticho 7. ff. de liber. legat.* non autem iuri ciuili magis quam naturali. Sanè naturale debitum opponitur ciuili etiam in perſona ſerui, *l. quibus diebus 40. §. dominus, ff. de cond. & demon.* Ex quo fortaſſis loco, parum cautus interpres ſumpſit dictionem illam *ciuile*; ſed aliud eſt, vt dixi, de naturali debito, aliud verò de eo quod iure naturali debeatur, diſputare.

De naturali obligatione pupilli.

Denique naturaliter fieri dicitur quod reuera fit, & vt loquuntur de facto, licèt nullo iure, vt cum dicimus, tabulas teſtamenti aperiri naturaliter, *l. 3. §. aperire 19. ff. ad SC. Silan.* & naturaliter poſſidere illos etiam qui non habent ius poſſidendi, nec rem tenent animo domini, vt furem, commodatarium, depoſitarium, & alios ſimiles: *l. communi 7 §. neque colonis, ff. commun. diuid. l. 3. §. vlt. & l. 4 ff. ad exhib.* iunct. *l. certè 6. §. is qui rogauit, de precar.* Item in contractibus venditionum & locationum licere contrahentibus ſe naturaliter decipere, *l. in cauſa 16. §. idem Pomponius, ff. de min. l. item ſi pretio 21. §. vl. ff. locat.* id eſt vt Doctor meus D. Manutius interpretabatur *reipſa*, ad differentiam deceptionis *ex propoſito* interuenientis, quæ nunquam permiſſa eſt, præſertim in bonæ fidei contractibus. Etſi alia quoque illius dictionis interpretatio eſſe poteſt, quam nos *in Decadib.* attulimus *Decad. 8. Error. . . . .* & *in Rationalibus.* Pupillus igitur ſiue ſtipulanti promittat, ſiue pecuniam mutuam accipiat, ſine tutoris authoritate, obligatur naturaliter; licèt non obligetur iure naturali; quia verum eſt, eum & ſtipulanti promiſiſſe, & mutuam pecuniam accepiſſe, quæ omnia facti ſunt, non iuris: *l. conſilio 7. §. vlt. D. de curat. furioſ.* Quod ſi is natura debet quem iure gentium dare oportet, ac cuius fidem ſecuti ſumus, vt ait *l. cùm amplius 84. §. is natura debet, de regul. iur.* nemo dixerit pupillum iure gentium dare debere, quia nec niſi ſtultè poteſt quis ſequi fidem pupilli in ea ætate conſtituti, quæ ignorat illa etiam quæ videt: *l. 1. C. de falſ. mon.* & quæ iudicio prorſus caret. Dices, pactum à pupillo initum ſine tutoris authoritate, ideo nullum eſſe, quod ſit contra iuris ciuilis regulas, vt Caius ſcribit *in l. contra 28 de pact.* Ius enim ciuile non patitur vt pupillus obligetur, niſi cùm vel tutore authore contrahit, vel locupletior factus eſt, poſt reſcriptum ſcilicet Diui Pij *l. 3. §. pupillus, D. de negot. geſt.* Proinde non poſſe rationem illam facere quominùs etiamſi nec tutore authore contraxerit, nec locupletior factus ſit, iure naturali obligetur. Reſpondeo dici pactum illud eſſe contra regulas iuris ciuilis, quia ex iure ciuili eſt vt pupillus habeat tutorem, & vſque ad certam ætatem, ſed non ideò fieri, quin etiam naturali iure deſtituantur pacta omnia per pupillum ſine tutore & ſine iudicio inita. In eóque rationem iuris ciuilis ſubſequi ius naturale, ſicut & in eo, quod tandem Diuo Pio placuit, vt ob ea etiam quæ pupillus ſine tutore geſſit, vtiliter conueniri poſſit quatenus locupletior factus eſt; multóque minùs repetere poſſit, ſi ſoluerit; nam hoc natura, id eſt iure naturali æquum eſt, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem: *l. naturaliter 13. §. vlt. cum l. 7. de cond. ind.* Si ſoluerit, inquam, tutore authore. Alioqui perſona locum facit repetitioni, ſi pupillus ſine tutore ſoluerit, etiam quod tutore authore & ex iuſta cauſa debuerat; quia pupillo interdictum eſt omni alienatione, *l. interdum. 29. eod.* quemadmodum è contrario, ſi tutore authore ſoluerit, quod ſine tutore promiſerat, repetit; non propter perſonam, ſed propter rem; quia nec naturâ debet, inquit *dict. l. quod pupillus 41. eod.* Vnde etiam eſt, quod quamuis Prætor in edicto *De conſt. pec.* faueat naturali æquitati, & conſtituta ex conſenſu facta cuſtodiat, quia graue eſt fidem fallere, *d. l. 1. in princ. de conſt. pec.* non tamen tuetur conſtitutum à pupillo factum

Naturaliter aliquid fieri quid ſit.

l. contra 28. de pact.

Naturaliter aliquod fieri quid ſit.

factum ſine tutoris authoritate: *§. de pupillo, ead. leg.* Quamquam dici poteſt id fieri, quia demum pacta tuetur Prætor, quæ non ſint contra leges, *leg. iuris gent. 7. §. aut prætor, ff. de pact.* quale hoc eſſe diximus ex *d. l. contra.* Sed iam ſumus in hoc exemplo longiores, déque tota illa quæſtione pupillaris obligationis ſcripſimus latiùs *in poſterioribus libris Coniecturarum.* Aliud exemplum ex quo appareat non omnem rationem naturalem ſufficere ad inducendum ius naturale, ſumi poteſt ex factione teſtamenti. Quid enim rationi naturali magis conſentaneum eſt, aut quid magis hominibus debeatur, quàm vt ſupremæ voluntatis, poſt quam aliud iam velle non poſſunt, liber ſit ſtylus, & licitum quod iterum non redit arbitrium? *l. 1. C. de ſacroſ. Eccleſ.* Nam & ex eo fit, vt nulla vnqoam fuerit gens tam fera & barbara, quæ teſtamentorum vſum non habuerit: Et tamen certum, eſt teſtamenti factionem non eſſe iuris naturalis, aut gentium, ſed ciuilis; quia ſine lege non poterat homo teſtari, vt dicemus in ſequentibus, obſtante nimirum alia ratione, non ſolùm naturali, ſed etiam multò fortiore, quæ non patitur vt quis diſponere poſſit de re aliena, quomodo diſponit quiſquis teſtatur, licet non niſi de ſuis rebus teſtetur, quia ſcilicet confert effectum ſuæ diſpoſitionis in id tempus, quo non erit dominus, id eſt quo erit mortuus, vt conſtat ex diffinitione teſtamenti; *l. 1. ff. qui teſt. fac. poſſ.* Certum enim eſt morte amitti dominium, ſicut & cætera omnia. Itémque diſpoſitionem quamlibet cenſeri factam eo tempore, in quod effectus ipſius confertur: *l. Stichus 39. ff. de man. teſt. l. quod ſponſa 2. C. de donat. ant. nupt.* Et ſicuti dicimus eas res, quæ per traditionem noſtræ fiunt, iure gentium nobis acquiri, propterea quòd nihil ſit tam conueniens naturali æquitati, quàm voluntatem domini rem ſuam in alium transferre volentis ratam haberi, *l. qua ratione 9. §. hæ quoque res, ff. de acquir. rer. domin. l. in re mandata 21. C. mandat.* Ita è contrario fieri non poteſt, vt iure naturali, aut gentium, dominum transferat is, qui non eſt dominus, ſed ne homo quidem. Mortuus enim, nullus eſt: *l. 4. in prin. de bon. lib.* iunct. *l. 3 §. 3. De legit. tutor.* De parentum hæreditate liberis debita ex ratione, non item ex iure naturali;

De factione teſtamenti, an ſit ex iure naturali, an ex ciuili.

contra 28. pact.

Tertium exemplum hoc eſto. Ratio naturalis, quaſi lex quædam tacita, liberis addicit hæreditatem parentum, velut ad debitam ſucceſſionem eos vocando, *l. vlt. ff. de bon. dam.* Et tamen non bene quis dixerit hæreditatem parentum deberi liberis iure naturali, cùm ipſum hæreditatis nomen, ſit commentum & nomen iuris ciuilis: *l. hereditas 50. ff. de pet. her.* Nec magis poterat fieri ſine lege ciuili, vt pater filium haberet hæredem ab inteſtato, quàm ex teſtamento: *l. lege obuenire 130. de verb. ſign. cùm heredis nomen ſignificet dominum, §. vlt. Inſt. de her. qual. & differ.* dominium autem morte amittatur, vt proximè diximus. Quod cùm ita ſit, æquè falſum erit quod vulgo tradunt Interpretes, legitimam debitam eſſe liberis iure naturali in bonis parentum. De quo tractat Gothof. *ad d. l. vlt.* Debetur ſanè ratione naturali, ſed non iure: ideóque ante introductum remedium querelæ inofficioſi teſtamenti, poterat filius immerenter impunè exhæredari. Hodie debetur iure prorſus ciuili, non minùs quoad ſubſtantiam, quàm quoad quotam.

De iure naturali congruente cum iure gentium.

OBſeruandum autem eſt, nos in hoc Principio intelligere de eo iure naturali, quod non ſic dicatur ad differentiam iuris gentium, quo modo dicitur illud, quod circà eas res verſatur quæ hominibus communes ſunt cum brutis animantibus; ſed quod è contrario non diſcrepet ferè quicquam à iure gentium. Nam & ius gentium æſtimatur ex ratione naturali, vt dicemus in ſequentibus. Nec in alio differt ius gentium à iure naturali propriè ac ſeparatim ſumpto, niſi quòd illud conſiſtit in iis rebus, quas cætera quoque animalia faciunt inſtinctu naturæ: hoc verò in iis quas ſoli homines, & quidem ratione naturali duce: *l. 1. §. vlt. ff. h. t.* iunct. *l. omnes populi, ver. quod verò eod.* Etſi fit interdum, vt ratio quæ conſtituit ius gentium, & ex qua illud æſtimatur, non tam naturalis, quàm humana, id eſt gentium ratio dici debeat; vt putà cùm dicimus ſeruitutes iure gentium introductas eſſe: *l. manumiſſiones 4. eod.* Sed de iure gentium ſeparatim nobis tractandum erit.

CONFVTATIO I.

De diſtinctione iuris naturalis in primæuum & ſecundarium.

COntra hoc Principium pugnat vulgaris traditio Interpretum noſtrorum diſtinguentium ius naturale in primæuum, vt loquuntur, & ſecundarium. Nam ſi ius naturale omne ex ratione naturali æſtimandum eſt, ratio autem naturalis illa dicitur, quæ hominibus omnibus inſita eſt à natura; fieri nullo modo poteſt vt quod ius ab initio & primùm naturale non fuit, euadat vnquam in naturale; non magis quàm vt hodie ratio naturalis aliqua ſit, quæ aliquando anteà non fuerit. Quod ſanè non niſi abſurdè quis dixerit. Ratio enim naturalis perpetua eſt & immutabilis, ideóque & ius naturale perpetuum & immutabile, vt dicemus *Princip. ſeq.*

PRINCIPIVM III.

De conſtantia & immutabilitate iuris naturalis.

IVs naturale eſt immutabile, ſemper certum, ſemper firmum, nec per iura ciuilia corrumpi poteſt. *§. vlt. infr. h. t.* vbi rationem Iuſtinianus reddit, quod diuina quadã prouidentia conſtitutum eſſe videatur. Et ſanè ita eſt; Nam cùm ſemper æſtimandum ſit ex ratione naturali, vt proximè diximus, & ratio illa naturalis nihil aliud ſit quàm ſingulare donum Dei, quo humana mens quælibet illuſtratur, vt ea videre poſſit quæ & diuinæ voluntati, & legibus ſint conſentanea (ad quod multi referunt elegans illud verbum Dauidis, *Signaſti ſuper nos lumen vultus tui Domine*) fatendum eſt fieri non poſſe vt certum, firmum, & immutabile non ſit ius, quod eſt naturale. Idem enim in rebus omnib. euenit, vt perpetuum eſſe credatur, & ſit, omne id, quod cauſam habet naturalem: *l. foramen 28. De ſeru. verb. præd.* In eóque maximè differt ius

§. vlt. Inſt. hoc tit.

Digitized by Google

naturale à iure ciuili. Illud enim ſicut ex ratione ciuili æſtimatur, ratio autem ciuilis ex populi vtilitate: Ita & varias pro Legiſlatoris arbitrio, & pro temporum ac locorum varietate recipit mutationes, cùm non ſemper & vbique vtile ſit, quod aliquãdo & alicubi vtile fuit: *l. vnic. in princ. C. de cad. toll.* vbi appoſitè Dionyſ. Gothofr. citat verbum illud L. Valerij apud Tit. Liuium lib. 34. *Quas tempora aliqua deſiderant leges, mortales, & temporibus ipſis mutatas video: Quæ in pace lata ſunt, plerumque bellum abrogat; quæ in bello, pax.* Sed & quod magis eſt, differt hac in re ius naturale à iure gentium. Etſi enim verum eſt, quod *ſuperiore Principio* dicebamus, iuri gentium commune illud eſſe cum naturali, vt vtrumque ex ratione naturali æſtimetur, tamen in conſtituendo iure gentium ea naturalis ratio ſpectatur, non quæ naturam ipſam ducem ſemper habeat, ſed quæ ad communem gentium omnium vtilitatem referatur. Sic dicimus ſeruitutes introductas eſſe ex iure gentium, quas tamen conſtat & iuri naturali, & naturæ ipſi eſſe omnino contrarias, cùm natura liberi omnes naſcantur: Et ideò immutatum ius hoc eſt, adeóque abrogatum apud Chriſtianos, tanquam Chriſtianis & moribus & legibus contrarium; quod non eueniret ſi eſſet ius naturale. Gratia enim, vt aiunt Theologi, naturam numquam deſtruit, ſemper ſupponit.

ILLATIO I.

De emancipatione, quæ ſui hæredis nomen tollit, non filij.

EX hoc Principio fit, vt filius emancipatus, quamuis per emancipationem deſinat eſſe ſuus hæres, non tamen deſinat eſſe filius, ſed à Prætore perinde admittatur ad bonorum poſſeſſionem, ac ſi in patris familia manſiſſet; *l. 1. De bonor. poſſ. contr. tab.* quia emancipatio quæ eſt iuris ciuilis, poteſt extinguere nomen *ſui hæredis*, quod itidem eſt ex iure ciuili; ſed non *filij* ius & nomen, quod eſt à natura. Eiuſmodi ſunt alia innumera, quæ inter legendum paſſim occurrunt.

Tit. de bon. poſſ. contr. tab.

PRINCIPIVM IV.

De iure gentium, & in quo differat à iure naturali.

QVod naturalis ratio inter omnes homines conſtituit, id ius gentium appellatur: §. 1. *h. t.* qui locus ſumptus eſt ex *l. omnes populi 9 ff. de inſt. & iur.* Æſtimatur ergo ius gentium, ſicut & ius naturale, ex ratione naturali, vt diximus *ad Princip. 2. & 3. ſup. eo.* An igitur vnum idémque erit ius naturale, & gentium? Aut in quo different? Hoc quoque iam attigimus, cùm diximus, poſſe ius naturale dupliciter accipi: vno modo, quatenus verſatur circa eas res, quæ hominibus, & brutis animantibus ſunt communes. Et hoc ſenſu, licet cum iure gentium ſimile illud habeat, quod æſtimatur ex naturali ratione; differt tamen in eo quod circa eiuſmodi res numquam ius gentium verſatur, ſed circa eas quæ propriæ ſint generis humani. Quare nemo vnquam dixit Matrimonium eſſe iuris gentium, tametſi inter omnes homines conſtitutum ſit, & introductum ex ſumma ratione naturali, neque fere vlla gens ſit quæ eo non vtatur. Habet enim pro materia, maris & fœminæ coniunctionem, quæ homini communis eſt cum brutis. Altero modo dicitur ius naturale etiam quoad eas res, quæ hominum propriæ ſunt, vt cùm dicimus obligari aliquem iure naturali ex pacto, aut ex contractu. (nec enim bruta animantia vel paciſci, vel obligari vllo modo poſſunt.) Et hoc ſenſu parum certè, aut nihil intereſt inter ius gentium & naturale. *§. ſingulorum, infr. de rer. diuiſ.* ita vt is natura debere dicatur, quem iure gentium dare oportet: *d. l. cum amplius 84 §. is natura debet, De regul. iur.* Niſi quod ratio illa naturalis non ſemper & ipſa quoque eodem modo accipitur. Interdum namque refertur ad naturam ipſam, totáque ex ea æſtimatur. Quod cùm euenit, poſſis nõ malè dicere iuris gentium eſſe, quod ſit iuris etiam naturalis; & contrà, iuris naturalis eſſe, quod ſit etiam iuris gentium: *l. bona fides 31. Depoſit.* vt puram religionem erga Deum, quæ ſicut brutis nullo modo conuenit, ita & è contrario hominibus ſic inſita eſt à natura ipſa, vt non dubitauerit adfirmare Lactantius, quem etiamnum permulti ſequuntur, hominem à brutis animantibus non tam ratione & ratiocinatione, quàm Religione differre. Quidni ergo dici poterit iuris naturalis? Nam & in Religione ratio ſumma adhibenda eſt, & moderatio ne deflectat in ſuperſtitionem: *l. ſi quis aliquid 30 ff. de pœn.* Et tamen iuris gentium eam eſſe ſcribit Pomponius *in leg. 2. ff. hoc tit.* Sicut & pietatem illam ac obſeruantiam, quam parentibus noſtris debemus. Quæ tamen multò magis dici poteſt iuris naturalis, *arg. l. 1. §. & generaliter, de ventr. in poſ. mit.* cùm videamus bruta quæque animantia, vt cum Vlpiano & Iuſtiniano minùs propriè loquar, huius quoque iuris peritia cenſeri. Sic & Florentinus *in leg. 3 eod. tit.* iuris gentium eſſe ait, vt vim & iniuriam propulſemus: Nam iure hoc euenit, inquit; vt quod quiſque ob tutelam ſui corporis fecerit, iure feciſſe exiſtimetur: Cúmque inter nos cognationem quandam natura conſtituerit, conſequens eſt hominem homini inſidiari nefas eſſe. Et tamen dubitari non poteſt, quin iuri naturali magis quàm iuri gentium id acceptum ferri debeat. Eſt enim hæc res ex earum genere, quas natura docuit omnia animalia facere, ſolo impetu naturæ; homines verò, cum ratione. Si quidem, vt Cicero ſcribit *lib. 1. de offic.* Principio omni generi animantium à natura eſt tributum, vt ſe, vitámque ſuam tueatur: ſed quod bruta animantia faciunt efferatè, id homines facere debent cum ratione, vt iure facere videantur, id eſt vim quidem & iniuriam illatam propulſare, ſed cum inculpatæ tutelæ moderatione, vt loquitur *l. 1. C. vnde vi.* Non enim ſi quis ab alio impetitus, eum occiderit, quo vliuo potuit ſaluti ſuæ conſulere, eo magis immunis eſt à pœna, licèt minùs ſit puniendus: Qui vtique omnino abſoluendus eſſet, ſi iure naturali occidiſſe crederetur. Vulgatum namque eſt, id quod iure permittente fit, pœnam non mereri: *l. Gracchus 4. C. ad leg. Iul. de adult.* Dicitur tamen eſſe hoc ex iure gentium, non quia gentibus omnibus ſit commune (alioqui ſimiliter dicendum eſſet matrimonium, & liberorum procreationem, & educationem, aliáque huiuſmodi, quæ propriè ſunt iuris naturalis, iuri

l. omnes populi 9 ff. de inſt. & iur.

Ratio naturalis interdum ex natura ipſa æſtimatur, interdum verò ex gentium & populorum vtilitate.

l. 2. & 3. ff. de inſtit. & iur.

quoque

quoque gentium ad dici oportere) ſed habito reſpectu ad cognationẽ illam, quam inter homines conſtitutam à natura fuiſſe Florentinus ait. Eſt enim illa ſolis hominibus communis, non etiam brutis animantibus; vnde & ſocietatem humanam ſemper dicimus, belluinam numquam. Sed ratio hæc concludit potiùs vt quiſquis vim facit, ius gentium violare exiſtimandus ſit, quam vt iure gentium ac non magis iure naturali facere dicatur, quiſquis illatam iniuriam propulſat, dummodo, vt dixi, cum moderatione inculpatæ tutelæ. Interdum verò ratio illa naturalis, ex qua ius gentium æſtimatur, non ad naturam ipſam, vt in ſupradictis exemplis, referenda eſt; ſed ad communem gentium omnium vtilitatem, quæ exigit plerumque vt etiam ad humanam ſocietatem tuendam, ea quoque induci neceſſe ſit, quæ alioquin per ſe & ſimpliciter conſiderata, ab eiuſmodi ſocietate prorſus aliena eſſe videantur. Huius generis ſunt bella, captiuitates, ſeruitutes, dominiorum etiam diſtinctiones, quæ omnia iuris gentium eſſe nemo dubitat: *l. 4. & 5. ff. h. t.* nec niſi ſumma vrgente non ſolum vtilitate, ſed etiam neceſſitate fuiſſe ex eo comparata; cùm alioqui per malos & improbos homines fieret quotidie, vt neque inter bonos conſtare humana ſocietas poſſet. Et tamen quid ab humana ſocietate, quæ communionem, ne dicam communicationem rerum omnium ſupponit, *l. 1. ff. pro ſocio*, dici poteſt alienius; quàm vt quod meum eſt, non ſit tuum, vt bella inuicem geramus; denique vt vel tu mihi ſeruias, vel ego tibi? Atqui confuſio illa dominiorũ, licèt à Platone probata, quantas diſcordias pareret inter homines, nullo etiam ſanguinis aut patriæ iure coniunctos, quæ paſſim etiam inter fratres tantas parit? *l. in re communi 26. ff. de ſeru. verb. præd. l. cùm pater 77. §. dulciſſimis 20. De leg. 2.* Quæ rurſum pax cum impiis foret, ſi bella non eſſent? Finis enim belli, pax: Tritúmque verus illud verbum, *ſi vis pacem, para bellum.* Denique quis bellorum finis eſſet, in quæ multi non ſolùm homines, ſed etiam populi tam facilè præcipites ruunt, nullo mortis metu deterriti, ſi non captiuitates & ſeruitutes timerentur, ab iis etiam qui mori vellent? Itaque dubitandum non eſt, quin ſi communem vniuerſarum gentium vtilitatem inſpiciamus, introducta ſint hæc omnia, ſumma cum ratione etiam naturali: quamuis ſi hos, aut illos homines, aut populos ſpectemus; & vel hæc, vel illa bella; poſſint habere, ac vt plurimùm habeant, multum iniquitatis. Quid enim ſi iniuſtiſſimum bellum à potentiore geratur in eum, qui viribus longè inferior ſit, quamuis iure ſuperior? Quis bellum illud ex parte inferentis dicat eſſe iuris gentium, quod fiat per manifeſtam iniuriam? Quis victo tandem, captóque eo, qui iure potior fuit, captiuitatem illam & ſeruitutem adeò iniurioſam, iuris gentium dici patiatur? Neque tamen eo minus verum eſt generaliter dicere, bella ex iure gentium, nec ſine magna ratione naturali introducta eſſe, itémque captiuitates & ſeruitutes, inſpecta ſcilicet communi gentium omnium, non priuata huius, vel illius Principis, aut populi vtilitate. Abuſus enim bellorum ille eſt, non vſus. Porrò ſic conſiderata ratione naturali, quatenus ex gentium omnium vtilitate æſtimatur, & ad tuendam illam ſocietatem humanam refertur, quam inter homines omnes natura ipſa conſtituit, nunquam fieri poteſt vt quæ ſunt iuris gentium, ea iuris quoque naturalis eſſe videantur. Quis enim bella, captiuitates, & ſeruitutes, iuris naturalis eſſe vnquam dixit, quantumuis naturali ratione nitantur?

De ratione naturali æſtimanda ex communi gentium omnium vtilitate.

ILLATIO I.

De iis quæ apud omnes gentes æquè recepta ſunt, nec tamen ſunt iuris gentium.

EX hoc principio illud fit, vt quamuis quod naturalis ratio inter omnes homines conſtituit, peræquè apud gentes omnes cuſtodiatur, *l. omnes populi 9. in fi. ff. de iuſt. & iur.* non tamen ex eo quod apud gentes omnes quid receptum ſit, iuris gentium continuò dici debeat, ſi non præterea ob id maximè ab omnibus receptũ ſit, quod rationem habeat naturalem. Nam cùm ex ratione naturali ſemper æſtimandum ſit ius gentium, parum refert, an quod ratione naturali primùm comparatum eſt, ab omnibus populis receptum ſit, nécne, vt iuris gentium eſſe, vel non eſſe exiſtimetur. Fieri ſi quidem poteſt, licèt rarius & difficilius, vt illa etiam quæ naturalem rationem habent, & ad communem gentium omnium vtilitatem pertinent, non tamen ab omnibus gentibus ſint recepta, idque propter ſpecialem aliquam & propriam rationem, vt de ſeruitutibus diximus *ad Principium præcedens.* Sunt enim illæ ex iure gentium introductæ, nec tamen inter Chriſtianos vllo modo receptæ, tanquam à Chriſtianæ Religionis ſanctitate prorſus alienæ. E contrario ſæpenumerò euenit, vt quæ ſunt omnino iuris ciuilis, meráque ciuili, non etiam naturali ratione introducta, non eo minus apud gentes omnes tandem ſint recepta. Quid enim toto terrarum orbe frequentius, vſu teſtamentorum & ſtipulationum? Et tamen quid certius quàm quod iam diximus, & latiùs infrà probabimus, teſtamenta eſſe iuris ciuilis? Aut quis vnquam dixit ſtipulationes eſſe ex iure gentium? Scilicet quamuis eo teſtamentorum & ſtipulationum iure gentes omnes vtantur, ſemper tamen verum eſt ciuili prorſus, non etiam naturali aliqua ratione introducta fuiſſe teſtamenta, & comparatas ſtipulationes. Nec eſt contrarium quod Vlpianus ſcribit *in l. an inutilis 8. §. vl. ff. de acceptilat.* hoc iure nos vti, vt iuris gentium ſit acceptilatio. Sic enim omnimodo id accipiendum eſt, vt hodie acceptilationis vſus perinde ſit gentibus omnibus communis, ac ſi eſſet iuris gentium. Inde namque infert ſtatim, *Et ideo puto, & Græcè poſſe acceptum fieri dummodo ſic fiat, vt Latinis verbis ſolet.* Neque verò dubitari poteſt quin merè iuris ciuilis ſit acceptilatio, *l. pen. ff. de ſol.* ſicut & ſtipulatio, *§. de conſtituta, Inſt. de act.* Vtraque enim verbis tantum contrahitur, *d. l. an inutilis, §. acceptum fieri*, vbi ex cauſa Vlpianus ſcribit acceptum fieri non poſſe, niſi quod verbis colligatum eſt, quia non poſſit verbis tolli niſi quod verbis contractum eſt: ex *reg. l. prout 80. ff. de ſolu. l. nihil tam naturale 35. De reg. iur.* Adeò vt ſi quis obligationes nudo conſenſu, aut etiam rei traditione, alio denique modo quàm verbis contractas verbis velit diſſoluere per acceptilationem, cùm neceſſe ſit obligationes illas omnes deducere in ſtipulationem Aquilianam; *l. Aquiliana 4. & ſeq. ff. de tranſ. l. 3. C. de*

l. omnes populi 9. ff. de iuſt. & iur.

l. an inutilis 8. § vl. ff. de accepti.

De acceptilatione, quòd iuris gentium non ſit, ſed ciuilis.

de accept. ſic dictam, quod à Gallo Aquilio ea ratio primùm excogitata ſit, ad tollendas vnica acceptilatione præcedentes omnes cuiuſcunque generis obligationes. Cuius ſtipulationis formula ſolemnis extat in *l.& vno 18.§.1.ff de accep. & §.eſt autem, Inſt.quib.mod.toll oblig.* Sunt autem iuris ciuilis omnia, quæ ſunt ſolennia: nec enim ius gentium vllas agnoſcit ſolennitates,

Ex quo apparet non poſſe probari eam diſtinctionem quæ à nonnullis traditur, vt acceptilatio ſit iuris gentium origine, quoad conſenſum, *ar. l.1. ff. loc.* quoad formam verò ſit iuris ciuilis, id eſt inſpecta ſolennitate verborum, quibus perficitur. Habuit enim ſemper certa verba, & ſolennia *l.1.C de acceptil.§.1. Inſt quib mod.toll. obl.* id eſt legitima & ciuilia, quibus opponuntur Græca, *in l.pen. C. de teſt.man.l.vlt.* {*C. de teſt.tut.* nempe quia lex duodecim Tabularum, vt & aliæ omnes Romanorum leges, Latinis tantum, non Græcis verbis conſcriptæ ſunt. Etſi enim non magis acceptilatio, quàm alia vlla contractus ſpecies valere poteſt ſine mutuo partium conſenſu: *l.in omnibus negotiis 37. de oblig. & act.* non tamen æſtimatur ex conſenſu, ſed ex verbis: ita vt quamuis ſit inutilis tanquam acceptilatio, habeat tamen vim pacti de non petendo, *d.l.an inutiis.in princ.l.ſi acceptolatum 19.eod.l.ſi vnus 27.§. vlt. ff. de pact.* nimirum propter conſenſum qui ſufficit ad pactum, non ad acceptilationem: ideóque fatendum eſt, non eſſe illam iuris gentium ſed ciuilis, ex ratiocinatione Pauli *in d.leg.1.ff.locat.* Quam ob cauſam dicitur imaginaria ſolutio *in d.§.1.quib.mod.toll oblig* Etſi autem minùs propriè locutus fuit Vlp. *d.l.8 §. vlt.* cùm dicit hoc iure nos vti, vt iuris gentium ſit acceptilatio, ad id tamen reſpexit, quòd quæ ſunt iuris gentium, ea apud gentes omnes recepta eſſe ſolent: *l.1.de acqu.rer.domin.* Sed tamen non eſt bona conſecutio disertè ac partitè loquendo, vt iuris gentium ideo dici debeant, ſi ratione tantum ciuili fuerint introducta. Idque eſt quod ait *lex 5. de iuſt.& iur. Exceptis quibuſdam, quæ à iure ciuili introducta ſunt.*

ILLATIO II.

De commerciis & contractibus ad ius gentium referendis.

SEcundò ex hoc Principio fit, vt iuris gentium verè ac propriè ſint commercia, & conſequenter contractus omnes, non ſolùm qui conſenſu, ſed etiam qui re perficiuntur; omnes denique, exceptis iis, qui aut verbis, aut literis, de quibus *inf.tit. De verb.obl. & de obl.lit.* Idque eſt quod Hermogenianus ſcribit *in l. ex hoc iure §.ff. de iuſt.& iur.* iuncto Paulo *in l.1.ff.loc. & in l.1.§.eſt autem empt.de contr.empt.l.7. in prin.de pact.* Habent enim omnes ij, qui vel conſenſu, vel re perficiuntur, naturalem rationem omnibus gẽtibus communem. Præſuppoſito quòd ex eodem iure introducta ſit diſtinctio dominiorum ad tuendam ſocietatem humanam, quæ alioqui propter diſcordias, quas materia communionis excitare ſolet, ſtare proculdubio non poſſet, vt ſuprà diximus: Nam quomodo poſſent, diſtingui dominia, niſi eſſent commercia, & contractus per quos fieret, vt cuiuſque rei dominium à domino in non dominum tranſiret: Quanquam autem plerique contractus ſunt, ex quibus non transfertur dominium: at ne quidem vera poſſeſſio, licèt conſenſu, aut re perficiantur, vt locatio, pignus, depoſitum, commodatum, & ſimiles, non eo minus tamen ſunt iuris gentium, & quidem ob ipſam dominiorum diſtinctionem: *d.l.7 in princip. de pact.* quia nec aliam rationem habent, quam quòd res quæ vnius eſt, non magis vſu, quam dominio alterius eſſe poſſit inuito domino. Adeò ſunt rerum omnium dominia, non ſolùm proprietate, ſed poſſeſſione vsúque diſcreta. Vnde eſt, quod ſi quis re depoſita vtatur ignorante eo qui depoſuit, furtum facere dicatur: itemque qui re commodata in alios vſus, quàm in quos commodata fuit: adeóque creditor, qui vtitur pignore: *l.qui iumenta 40.l.ſi pign.54.in pr.& § 1.ff.de furt.§.furtum autem ſit, inf. De oblig.quæ ex delict.naſc.* Neque hac parte diſtinguũtur cõtractus qui re perficiuntur, ab iis qui nudo conſenſu. Nam ſi nudus conſenſus iure gentium ſufficit ad obligãdum certis caſibus, quantò magis iure gentium obligabitur is, qui ab alio rem acceperit, ſiue dominus factus ſit per traditionem, vt ex mutuo, & permutatione: ſiue dominus factus non ſit, vt ex cauſa pignoris, depoſiti, commodati? Quicquid enim ex meo ad te peruenerit nulla iuſta cauſa interueniente propter quam retinere debeas, id mihi à te reddi bonum & æquum eſt: *l. ſi & me, & Titium 32 ff.de reb.cred.* Qua ratione dicimus indebiti condictionem eſſe naturalem: *l. indebiti 15. ff.de cond. indeb.* vt & cæteras omnes condictiones, *l.1.ff.de cond ſin.cauſ.* id eſt naturalem habere rationem & æquitatem; ne ſcilicet locupletior quis fiat cum alterius iactura: *l.nam hoc natura 14. De cond.indeb.l. iure naturæ 206. De reg. iur.* Et verò ſi emptio venditióque dicitur eſſe iuris gentium, quia conſenſu perficitur, *d l.1 §. eſt autem empt.ff de contr.empt.d.l.1 locat.* quanto magis erit iuris gentium permutatio (licèt non niſi re contrahatur: *l.1.ff. de rer.perm.*) cùm origo emendi vendendique, à permutationibus cœperit: *d.l.1. De contr.empt.*

De contractibus iure gentium introductis, ex quibus tamen nec dominia transferuntur, nec poſſeſſio: Siue re, ſiue nudo conſenſu perficiantur.

Condictio indebiti, & cætera condictiones dicuntur naturales, & quare? l indebiti 15. ff. de condict. indeb.l.1.de condict ſin. cauſ.

ILLATIO III.

De nummi introductione.

TErtiò ex eodem principio fit, vt quamuis olim, & per multa ſecula nullus fuerit inter gentes vſus nummi, ita vt incognitæ eſſent emptiones ac venditiones, ſoliſque permutationibus hominum commercia conſtarent, vnoquoque ſecundum neceſſitatem rerum & temporum vtilia inutilibus permutãte: Iure tamen gentium introductus fuerit nummus, ſcilicet id exigente ipſa communis commercij neceſſitate. Nam quia non ſemper, nec facilè concurrebat, vt cùm tu haberes quod ego deſiderarem, ego inuicem haberem quod tu accipere velles. Neceſſe fuit eligi materiam, cuius publica ac perpetua æſtimatio difficultatibus permutationum æqualitate quantitatis ſubueniret, & quæ publica forma percuſſa, vſum, dominiúmque non tam ex ſubſtantia præberet, quàm ex quantitate; vt eleganter Paulus tractat *in d.l.1. De contr.empt.* Apparet autem de nummo nos tractare, non quatenus æs, vel argentum, vel aurum ſit; ſed quatenus nummus eſt, nummique vſum præbet. Habet enim ex ſe duplicem vſum: Vnum proprium, ad cæteras res omnes valore ſuo impoſito æſtimandas: Alterum improprium, quatenus materia eſt, nec niſi tanquam alia quælibet materia conſideratur. Sicut & duplex calcei vſus eſt; vnus proprius,

quatenus

quatenus calceus eſt vt pedem tegat;alius improprius,quatenus merx eſt, vt vel vendi poſſit, vel cum alia merce qualibet permutari:quemadmodum diſputat Ariſt.*lib.* a. *Polit. cap.* 6. Sed & cùm de nummo quatenus nummo loquimur, ad eum valorem impoſititium reſpicimus, qui ex communi gentium omnium conſenſu pro materiæ qualitate & quantitate certus,perpetuus, & vbique gentium idem eſt: de quo in *d. l.* 1. *De contr. emp.& in l. 3.ff.de in lit.iur.*non de illo qui in hac, aut in illa prouincia pro arbitrio Legiſlatoris, aut abuſu & licentia commerciorum facilè ac perſæpè immutatur, præſertim in Republica malè conſtituta, nec prudenter gubernata. Triplex enim eſt nummi cuiuſlibet æſtimatio, Iuſta vna, quæ & publica, & perpetua, ex communi gentium omnium conſenſu æſtimanda: Iniuſta altera,quæ non populorum omnium communis, ſed huius vel illius propria eſt.Tertia conuentionalis, ab ipſis contrahentibus inducta, quoties cauere ſibi volunt & proſpicere contra periculum iniuſtæ æſtimationis. Quæ iuſta æſtimatio eſt,ea iuris gentium eſt.Quæ iniuſta,non item; ſed iuri ciuili potiùs adſcribi debet, quatenus interdum Reipublicæ vtilitas exigit, vt pluris, minoriſve nummus hic,quàm illic æſtimetur,ad commercia vel amplianda, vel reſtringenda. Quod cùm euenit, iuſta quidem eſt ea æſtimatio, at non ſimpliciter, ſed quoad hanc, aut illam prouinciam, ad cuius vtilitatem pertinet, Poteſtque nihilominus iniuſta dici ex comparatione illius, quæ communi cæterarum gentium omnium conſenſu iuſta exiſtimatur. De quibus tamen omnibus videnda ſunt,quæ nos fuſiſſimè ſcripſimus *in tractatu noſtro, De variis nummariorum debitorum ſolutionibus.*

ILLATIO IV.

De naturali acquiſitione, per occupationem eorum, quæ ſunt nullius.

L.1.& 3. De acquir.rer. domin.

QVartò ex eodem Principio fit, vt quicquid antea nullius fuit, iure gentium primo occupanti acquiratur:*l.1.& 3.ff.de acq.rer.domin.*vbi Caius ſcribit naturali ratione id fieri,itémq; Iuſtin. *in §.feræ autem,Inſt. De rer. diuiſ.* Introducta ſiquidem iure gentium,vt diximus, dominiorum diſtinctione,nihil eſt quod prohibeat quominus meum fiat,quod non eſt alienũ.Sicut è contrario ſcire quis debet,Omne id quod ſuum non ſit,ad alium pertinere:*l.vlt.C.unde vi*, niſi talis res ſit quæ in nullius bonis ſit,vel eſſe poſſit:*§.nullius,Inſtit.de rer.diuiſ.* Et verò habet hoc etiam naturalem intellectum, vt quicquid in nullius bonis eſt, id neceſſe ſit vel nunquam fieri cuiuſquam, vel fieri primi occupantis. Inde eſt, quod ſi res aliqua pro derelicto habita ſit,ea ſtatim domini eſſe deſinit iure gentium, & eodem quoque iure ſtatim fit occupantis, quia iiſdem modis res deſinunt eſſe noſtræ,quibus acquiruntur, inquit Vlp.*in l.* 1. *ff. pro derelict.* Improbata enim eſt ſententia Proculi, qui exiſtimabat rem pro derelicto habitam, non priùs deſinere eſſe prioris domini, quàm ab alio poſſeſſa ſit & occupata. Non enim poſſet fieri occupantis, ſi non iam ipſo occupationis inſtanti, in nullius bonis reperiretur; cùm eiuſdem rei duo domini in ſolidum, & eodem inſtanti eſſe non poſſint: *lege ſi vt certo 5.paragrapho,ſi duobus vehiculum.ff. commod.* Quæ ratio, & ſententia eſt *l.* 2. *ff. pro derelict.*

ILLATIO V.

De dominij, vel poſſeſſionis acquiſitione in plurium perſonis in ſolidum.

QVintò ex eodem Principio fit hoc ipſum, quod proximè diximus; Eiuſdem rei plures dominos in ſolidum eſſe non poſſe:*d l.5.§.vlt.ff. commod.* *L.5.§ vlt.ff. commodat.* Nam ex quo fuit iure gentium introducta diſtinctio dominiorum, & authoritas pronominum *meum* & *tuum*; cœpit etiam fieri non poſſe, vt quod vnius eſſet in ſolidum, alterius quoque in ſolidum eſſet. Alioqui dominiorum confuſio induceretur, quod à iure gentium abhorret. Sic dicimus non poſſe duos eiuſdem rei & eodem tempore in ſolidum eſſe poſſeſſores; *d.l.§ vlt.* ſed alia ratione quæ non tam ad ius gentium,quàm ad naturam ipſam ſit referenda. Nã cùm poſſeſſio à pedum poſitione dicta ſit, & à ſedibus, vt ait *leg.* 1. *D. de acq. poſſeſſ.* quia naturaliter & facto ipſo tenetur ab eo qui ei inſiſtit; apparet naturam non magis pati poſſe, vt duo ſint eiuſdem rei in ſolidum poſſeſſores, quàm vt vbi ego ſto, vel ſedeo, tu etiam ſtare videaris, vel ſedere *l.* 3. *§. ex contrario, eod. tit.* Ita namque fieret penetratio dimenſionum, *L.3.§ ex contrario.ff de acq poſſeſſ.* & ſubſtantiarum, ac conſequenter confuſa rerum corporearum commixtio; ſicuti diximus fore vt dominiorum confuſio induceretur, ſi quid ita meum eſſet in ſolidum, vt tuum etiam in ſolidum eſſet.Hac ſola differentia, quòd confuſio dominiorum abhorret à iure gentium, non item à natura (nihil enim prohiberet omnia omnium eſſe communia, ſi gentium vtilitas id pati poſſet) confuſio autem corporum repugnat non quidem iuri naturali, non enim ius in eo vllum verſatur, ſed ipſi naturæ.Nec obſtat quod dici ſolet, poſſe eandem pecuniæ quantitatem,eadémque nummorum corpora pluribus perſonis credi in ſolidum, *l.ſi non ſinguli 5. C. ſi cert.pet.* Id enim non ad cauſam dominij pertinet, quod ſicut non acquiritur niſi per numerationem,ita nec alij poteſt acquiri quàm cui pecunia numeratur: numeratio autem traditióque duobus in ſolidum ſimul & ſemel fieri non poteſt citra penetrationem illam dimenſionum, quam in natura impoſſibilem eſſe diximus: Sed pertinet ad cauſam obligationis, quam in multorum & ſingulorum perſona, etiam vnius debiti ratione cõſiſtere nihil impedit;ita vt quamuis ſinguli in ſolidum ſint obligati, tamen vna tantùm ſit obligatio, in cuiuſque perſona conſiſtens;vt contingit quoties facti ſunt plures correi ſiue debendi,ſiue credendi: *l.3.§.* 1. *l. eandem 9. §. vlt. & tot. tit. De duob.reis.* Obligatio enim cùm ſit iuris vinculum,*tit: De oblig.in princ.* tota ex iure æſtimatur, & ex facto ac voluntate illius qui obligatur: vnde ius ipſum obligationis naſcitur. Ius autem non magis quàm natura impedimento eſt,quominus eiuſdem pecuniæ nomine plures in ſolidum obligentur:ita tamen vt ſicut vna tantùm obligatio eſt, ita vnica ſolutione in totum tollatur: *d.l.3. §.* 1. Illud difficilius eſt, vt vnus idémque homo duas obligationes ſuſtineat, quia & difficile eſt vt vnus homo ſuſtineat duorum vicem: *l.ſi plures 9.ff.de pact.* Sed tamen nec hoc, nec illud eſt nouum; *l. non*

eſt

Google

eſt nouum.10. ff. de act. empt. l. ſi rem 13. de duob. reis, l.5. l. hæres 21. ff. de fideiuſſ. l. ſi paterfamilias 15. §.1. ff. de adopt.

ILLATIO VI.

De furti prohibitione ex iure gentium.

SExtò ex eodem Principio fit, vt furta omnia iure gentium prohibita dicantur. Quiſquis enim fur eſt, peccat in illam dominiorum diſtinctionem, quam iure gentium diximus eſſe introductam: ob idque, quod magis eſt, dicuntur prohibita lege naturali: *l.1. in fi. De furt. & §.1. inſt. de oblig. quæ ex delict. naſcunt.* & inter ea quæ non tantùm ciuiliter, ſed ipſa etiam naturâ turpia ſunt, furtum annumeratur, *l. probrum 42. De verb ſign.* Non quòd antequàm iure gentium diſtincta fuiſſent rerum dominia, homo homini furtum facere potuerit; ſed quia poſt introductam ſumma ratione etiam naturali dominiorum diſtinctionem, non poteſt fieri furtum, quin offendatur lex illa naturalis omnium antiquiſſima, & cum hominibus ipſis nata, quæ non patitur, alteri vt poſſis facere, quod tibi fieri nolis. Nec ad rem pertinet ſi quis obiiciat apud nonnullas gentes, vt apud Lacedæmonios, Ægyptios, priſcoſque multos, furta non modò permiſſa fuiſſe, ſed etiam laudata, ſi ſic fierent vt *ἐπ' αὐτοφώρῳ* fures non deprehenderentur. Non enim eo minùs verum eſt abhorrere illa à ratione naturali, ex qua ſemper ius gentium æſtimandum eſt, vt toties diximus; quamuis ratione aliqua ciuili videantur perſuaſi populi illi, vt eiuſmodi furta permitterent, vt eo veluti præmio impunitatis propoſito, in eo ſcelere, quod commodi ſpem & ſpeciem præ ſe ferret, ciues ſuos tanto ingenioſiores redderent, quaſi non tam furtum permittentes, quàm furandi audaciam cum dexteritate iunctam approbantes. Nam ſi fur in ipſo furandi actu deprehendebatur, iidem populi furtum ſeueriſſimè vindicabant, adeóque capitis pœna plectebant, cùm tamen generali ferè cæterorum omnium populorum lege, non niſi pecuniaria mulcta puniretur, vt Theophilus refert §. 3. *hoc tit.* Etſi autem non ſemper iure dominij defertur furti actio, ſed interdum etiam ceſſante dominio naſcitur, ſi aliunde interſit actoris, vt Papinian. loquitur in *l. ſi vendidero 86. §.1. De furt.* nihilominus furti prohibiti rationem referimus ad ius gentium, ex qua parte dominiorum diſtinctio iure illo inducta eſt: non ob eam ſolùm rationem, quam ſuprà attulimus *Illation.* 2. quòd res quæ vnius eſt, non magis vſu quàm dominio alterius eſſe poſſit inuito domino, (pertinet enim actio illa ad furtum, quod fit domino:) ſed etiam quòd poſſeſſionis quoque dominium aliquod eſſe intelligatur, vt tractat Iacobus Cuiacius *in paratitlis, ad titul. De bon. poſſ.* Itémque dominium vſusfructus, ſi verum eſt quod M. Tullius *in Epiſt.* quodam loco ſcribit, Id cuiuſque proprium eſſe, quo vtitur fruitur. Denique quòd furti actio omnis, ſi non dominij, ſaltem vtilitatis ratione deferatur (neque enim alij competit quàm cuius intereſt, *l. cuius intereſt 10. & ſeq. l. eum qui, 14. § ſi res commodata, & §. vlt. d. l. 80. §.1* & paſſim, *de furt.*) non aliunde autem fiat vt vtilitas vnius, non ſit vtilitas alterius, quàm ex dominiorum diſtinctione, quæ ſola facit non tantùm in corporibus, ſed etiam in cæteris rebus omnibus, vt quod meum eſt non ſit tuum.

L. 1. in fi. ff. de furt. l. probrum 42. De verb. ſignif.

Ratio furti prohibendi, cùm ſit naturalis, cur ex iure gentium eſſe dicatur.

ILLATIO VII.

De delictis natura turpibus & probroſis: & de pœnis.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt ea delicta quæ non ſolùm ciuiliter, ſed ipſa etiam natura turpia ſunt, vt proximè diximus ex *d. l. probrum 42. De ver. ſign.* iure gentium publicè ſint vindicanda, vt furtum, adulterium; *d. l. probrum*: inceſtú, quod iure gentium committitur, vt loquitur Pap. *in l. vl. ff. de condict. ſin. cauſ.* id eſt contra ius gentium, & alia huiuſmodi crimina, de quibus quin & male facta, & punienda ſint, vel ſola natura duce nemo dubitare poſſit. Quomodo enim ſtare poſſet humana ſocietas, ad quam vnam refertur tota illa ratio naturalis, ex qua ius gentium æſtimatur, ſi neque bonis proponerentur præmia, neque malis ſupplicia? Hinc eſt quod quamuis iure ciuili ſerui ſint incogniti, & pro nullis habeantur, *l. quod attinet 32. De reg. iur.* ex delictis tamen perinde ac liberi obligantur, adeóque obligati remanent, etiam poſt manumiſſionem: *l. ſerui 14. ff. de oblig. & act.* quia quod ad ius naturale attinet, omnes homines ſunt æquales: *d. l. quod attinet.* Inde eſt quod nulla vnquam ciuili lege factum fuit, neque fieri potuit, vt delicta eſſent impunita: *l. ita vulneratus 51. § vltim. D. ad leg. Aquil. l. locatio 6. §. quod illicitè, ff. de publ. & vect. l. ſi à reo 70. §. vlt ff de fideiuſſ. l. Stichum aut Pamphilum 95. §.1. De ſolut.* Inde etiam, quod non poteſt Præſes prouinciæ efficere, vt furti damnatum non ſequatur infamia, niſi alia & ſeueriore pœna corporali eum puniat: *l. quæ ergo 12. §. pen. De his qui not. infam. l. non poteris 63. De fur.* Pœnæ tamen modus non tam ex iure gentium eſt, quàm ex ciuili; id enim ad ciuilis Legiſlatoris curam & prudẽtiam maximè pertinet, vt ex ciuium ſuorum moribus, & ad hæc aut illa crimina procliuiore inclinatione æſtimet, quantam huic & illi crimini pœnam conſtituere debeat, aliquando ſcilicet grauiorem, aliquando leuiorem pro temporum, perſonarum, locorum, & aliarum huiuſmodi circunſtantiarum diuerſitate: *l. aut facta 16. in prin. & §. vlt. totóque tit. De pœn.* Nulla enim iure gentiũ certa pœna conſtituta eſt in vllo delicti genere, ob idque pœnas in ſingula crimina conſtitutas, non ſolum pro varietate prouinciarum varias eſſe videmus, ſed etiam in eadem prouincia ſæpenumerò immutatas. Sed aliud eſt de pœna in genere, aliud de pœnæ modo tractare. Solet tamen Legiſlator ciuilis eſſe ſeuerior, eámque rationem, quæ maleficia puniri ſuadet, ac quam *magnam* vocat Iurec. *in d. l. 70. vlt. de fideiuſſ.* alij rationi cuilibet, etiam quæ ex naturali gentium iure ſit, anteferre: *l. bona fides 31.* vbi eſt text. elegans, *ff. depoſ.* vbi ratio redditur, *nam malè meritus publicè, vt exemplo aliis ad deterrenda maleficia ſit, etiam egeſtate laborare debet.* Experientia enim compertum eſt, pœnæ metu pleroſque ad peccãdum alioqui procliues, à peccando arceri: *l. vlt. in prin. C. de Epiſ. & cler. l. quoniam 7. C. ad leg. Fab. de plagiar.* Sicut è contrario, pœnæ remiſſio facit perſæpè, vt ad crimina temerè proſiliatur, *l. ſi operis 14. C. de pœn.* Etſi placet in pœnalibus cauſis iudicem ſequi debere benigniorem interpretationem: *leg. factum 155. §. vlt.*

L. probrum 42. De verb. ſignif.

Digitized by Google

155. *§. vlt. De reg. iur.* & mitiorem legem, *leg. preſes 32. in fin. ff. de pœn.* legúmque pænas mollire interpretatione potiùs, quàm exaſperare: *l. pen. eod.* Denique licèt perſpiciendum ſit bono iudici, ne quid aut duriùs, aut remiſſiùs conſtituatur, quàm cauſa depoſcit; quia neque ſeueritatis, neque clementiæ gloriam adfectare debet; ſed perpenſo iudicio prout quæque res expoſtulat, ſtatuere; tamen in leuioribus cauſis pronior eſſe debet ad lenitatem, in grauintibus verò pœnis, ſeueritatem legum ſubſequi cum aliquo temperamento benignitatis, vt eleganter Marcianus ait in *l. perſpiciendum 11. eod. tit.* Idque fit ex ratione etiam naturali & iuris gentium, quia cùm inter omnes homines cognationem quandam natura conſtituerit; non ſolùm hominem homini inſidiari, & per iuſtitiæ ſpeciem nocere neſas eſt; *d. l. 3. h. t.* ſed etiam hominem beneficio affici, quantum ſaluis iuſtitiæ legibus fieri poteſt, intereſt hominis: *leg. ſi venditor. 6. §. vltim. De ſeru. export.* Eóque videtur reſpexiſſe Seneca cùm ſcripſit, veram iuſtitiam illam eſſe, quæ debitam crimini pœnam quantumlibet iuſtam, non ſine intimo iudicis dolore irrogat.

l. perſpiciendum 11. ff. de pœn.

CONFVTATIO I.

De diuiſione iuris gentium in primæuum, & ſecundarium.

Contra hoc Principium pugnat diſtinctio illa Doctorum, quæ duplex facit ius gentium, primæuum vnum, ſecundarium alterum. Primæuum illud appellantes, quod cum ipſo humano genere natum eſt: Secundarium verò, quod gentium quarundam conſenſu paulatim inductum, tandem ab omnibus gentibus receptum eſt: *arg. l. 1. ff. de acquir. rer. domin. & d. leg. 8. §. vlt. De acceptil.* Nam cùm ius gentium ex naturali ratione ſemper æſtimandum ſit, poteſtne obſecro fieri, vt ratio fiat naturalis, quæ priùs talis non fuerit? Aut contrà, vt ratio quæ primùm fuit naturalis, ob id talis eſſe deſinat, quòd deſierint à quibuſdam gentibus obſeruata eſſe, quæ aliquando ab omnibus recepta fuere? Sed fiet res manifeſtior ex iis quæ de iure ciuili mox dicturi ſumus.

PRINCIPIVM IV.

De iure ciuili.

Ius ciuile, ex ratione ciuili qua inductum fuit, æſtimandum eſt. Idque ſuperioribus omnino conſequens fit. Nam ſi verum, vt veriſſimum eſt, quod diximus ius omne æſtimandum eſſe ex ratione, ac proinde ius naturale, & gentium, ex ratione naturali; quid ſupereſt, niſi vt ciuile quoque ius ex ratione ciuili æſtimemus? Ciuilem verò rationem eam voco, non quæ à naturali in totum abhorreat, ſed quæ ob publicam ciuium vtilitatem eò vſque pertingat, quò naturalis ipſa non poſſit pertingere. Non enim ratio quælibet naturalis ſufficiens eſt ad inducendum ius, ne quidem naturale, vt ſuprà probauimus exemplis pleriſque, ex pupillari obligatione, liberorum in parentum bonis ſucceſſione, & teſtamenti factione ſumptis; quæ omnia licèt rationem habeant naturalem, iuris tamen naturalis authoritate non nituntur. Quanto minùs igitur naturalis ratio ſufficiens eſſe poterit ad inducendum ius ciuile? Et verò cùm ratio naturalis tanta eſt, quantam eſſe oportet ad ius dicendum, inducit proculdubio ius naturale, nec neceſſe eſt vt de ciuili inducendo tractemus; quandoquidem nihil prohibet ciuitatem quamlibet eo quoque vti iure, quod gentium omnium ſit commune; quódque vel ob hoc ipſum commune appellatur, quia non huius, vel illius populi ſit, ſed gentium omnium: *leg. omnes populi 9. ff. hoc tit.* vbi Caius ſcribit, *Omnes populos, qui legibus, & moribus reguntur, partim ſuo proprio, partim communi omnium hominum iure vti.* Quod & Iuſtinianus in *§. 1. huius tit.* ad populum Romanum ſpecialiter accommodat. Itaque quoties de illo dubitatur, An iuris gentium quid ſit, an ciuilis, quomodo dubitari ſolet de teſtamento, de acceptilatione, aliiſque nonnullis; illud tantùm inſpiciendum eſt, an ratione naturali inductum illud ſit, an ciuili. Et hæc vera germanáque iuris ciuilis diffinitio eſt. Illa verò deſcriptio potiùs eſt, quam tradit Vlpiauus in *l. ciuile 6. ff. hoc tit.* vbi ait, Ius ciuile id eſſe, quod neque in totum a naturali vel gentium recedit, nec per omnia ei ſeruit: *Itaque*, inquit, *cùm aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, ius proprium ciuitatis, id eſt ciuile efficimus*: nec illa rurſum iuris ciuilis diffinitio eſt, ſed potiùs partium enumeratio, quæ ex Papiniano proponitur in *l. ſeq.* his verbis; *Ius ciuile eſt, quod ex legibus, plebiſcitis, ſenatuſconſultis, decretis Principum, authoritate prudentium venit*: ſunt enim iſtæ partes, vt ita dicam, integrales, ex quibus totum ius ciuile conſtat, & perficitur.

Ciuilis ratio quænam ſit.

ILLATIO I.

De teſtamenti factione tam actiua, quàm paſſiua.

Ex hoc Principio fit, quod *in præcedentibus* iam attigimus, vt dubitari nequeat quin teſtamenti factio ſit merè iuris ciuilis, nullomodo iuris naturalis, aut gentium: ſiue primæui, ſiue ſecundarij: quamuis ita vulgò ab Interpretibus tradatur. Etſi enim non caret ratione naturali deſiderium hominis teſtari volentis, nec ferè gens vlla vnquam fuit tam barbara, quæ teſtamentorum vſum non habuerit; fatendum tamen eſt ratione naturali fieri nullomodo poſſe, vt quis teſtetur, aut alio vltimæ voluntatis genere diſponat de bonis ſuis. Cùm eiuſmodi diſpoſitionis effectus conferatur in id tempus, quo teſtator amplius non erit dominus; id eſt, quo erit iam mortuus: *l. 1. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* vt diximus, *ad Princ. 2. paullò ant. fin. hoc tit.* Itaque neceſſe fuit ciuibus Romanis habere in eam rem, legem duodecim Tabularum his verbis conceptam; *Paterfamilias vti ſuper ſua re legaſſit, ita ius eſto: l. verbis legis 120. De verb. ſign.* Cúmque poſteà legibus Furia & Voconia ea teſtandi libera facultas valde reſtricta eſſet, prohibito teſtatore ne cui legare poſſet ſupra mille aſſes, aut plus quàm penes hæredem remanſurum eſſet, ne nullo commodo inuitatus hæres, repudiaret hæreditatem legatis exhauſtam, vel oneratam; atque ita

l. verbis legis 120 ff. de verb. ſign

Digitized by Google

ſaceret vt inciderent legata, vt Iuſtin. refert *tit. ad leg. Falc.* neceſſe fuit eam libertatem reſtitui per legem falcidiam; hactenus tamen ne minùs quàm partem quartam hæres caperet ex teſtamento: *l. 1. ult. tit. ff. ad leg. falcid.* Itaque ex eo tempore, de quadrante hæreditatis legando diſponere teſtator nullo modo poteſt; non quòd ei prohibitum ſit, ſed quia non eſt permiſſum. Aliud enim eſt ſi quid lex prohibeat, Aliud ſi non permittat: ſicut & aliud eſt permittere, aliud non prohibere: *l. necnon 28. §. quoad eius, ff. ex quib. cauſ. maior. l. 1. ff. de manumiſſ.* Hinc eſt quòd filiusfamilias teſtandi facultatem non habet, ne quidem permittente patre: *leg. qui in poteſtate 6. ff. qui teſtam. fac. poſſ. leg. tam is 25. §. filiusfamilias, De mort. cauſ. donat.* quia lex duodecim Tabularum in teſtamenti factione inducenda, de patrefamilias tantùm locuta eſt. Inde quod neque deportati, neque peregrini hæredes inſtitui poſſunt: *leg. 1. Cod. de har. inſtient* quia lex duodecim Tabularum, quemadmodum & lex Falcidia ſolis ciuibus Romanis ſcripta eſt. Deportati autem non magis ciues ſunt, quàm peregrini; cùm deportatione ciuitas amittatur, licèt libertas retineatur: *§. minor. Inſtit. De capit. diminut.* ob ídque fiunt peregrini, quo nomine ſignificantur quotquot ciues Romani non ſunt: *l. ſed ſi conditioni 6. §. ſolemnis, ff. eod. leg. ſed ſi hac lege 10. §. ſed ſi per pœnam, ff. de in ius vocand. l. 1. §. hi quibus, de legat. 3.* vbi & ἄπολιδες dicuntur id eſt extorres, & ſine ciuitate: *l. ſunt quidam 17. §. 1. ff. de pœn.* quo loco Marcianus ſcribit, quod ad rem noſtram valde pertinet, deportatos iſtos, ſicut & in opus publicum perpetuò damnatos, cùm ſine ciuitate ſint, ea quidem quæ iuris ciuilis ſunt, amittere: ſed quæ ſunt iuris gentium, retinere. Ergo & factionem teſtamenti haberent tam actiuam, quàm paſſiuam, ſi eſſet illa iuris gentium, ac non potiùs vtraque iuris ciuilis. Quemadmodum nec patresfamilias à filiisfamilias ius gentium diſtinguit, cui nimirum incognitum eſt ius patriæ poteſtatis, quod totum eſt iuris ciuilis & proprium Romanorum, vt ſuprà diximus: & latiùs tractabimus *ad tit. de patr. pot.* Denique inde eſt, quod nemo facere poteſt, quin leges in ſuo teſtamento locum habeant: *l. nemo poteſt 55. de leg. 1.*

l. 1. ff. ad leg. falc.

l. qui in poteſtate 6. ff. qui teſtam. fac. poſſ. leg. tam is 25. §. 1. de mor. cau. donat.

l. 1. C. de har. inſt.

l. ſunt quidā 17. §. 1. de pœn.

l. nemo poteſt 55. de leg. 1.

ILLATIO II.

De iure habendi hæredem ab inteſtato.

SEcundo ex eodem Principio fit, vt non ſolùm teſtamenti factio tam actiua quàm paſſiua, vt interpretes loquuntur, ſed etiam ius habendi hæredis ab inteſtato, *l. lege obuenire 130. De verb. ſign.* adeóque nomen ipſum hæredis totum ſit iuris ciuilis, nec iuris gentium dici vllo modo poſſit. Nam cùm hæres vetere Latina lingua, nihil niſi dominum ſignificet; *§. vlt. Inſt. de hæred. qualit. & differ.* dominus autem fieri nemo poſſit iure gentium, niſi per traditionem à domino factam, ſi in alienius bonis res ſit; vel per occupationem, ſi in bonis nullius: Apparet mortuo patrefamilias, non poſſe filium, agnatúmve proximum, fieri dominum, nemine iam exiſtente à quo res hæreditarias per traditionem accipere poſſit; ſiquidem is qui verus dominus fuit, ex quo mortuus eſt, nullus eſt; qui autem nullus eſt, tradere non poteſt; cùm traditio ſit facti, factúmque certæ perſonæ demonſtret: *l. conſilio 9. §. vlt. de curat. fur.* Quod ſi dicas, Poſſe igitur dominium acquiri iure gentium per occupationem, tanquam earum rerum quæ in nullius bonis ſint: *l. 1. ff. de rer. diu. leg. 3. in pr. ff. de pec.* Admittam equidem non inuitus; ſed negabo fieri eum dominum quaſi filium, aut proximum agnatum; ſed eo prorſus iure quo alius quilibet dominus fieret, qui primus defuncti bona occuparet. Ius enim gentium in hoc acquirendi genere fauet primo occupanti, non filio, aut cognato, multò minùs ſuo hæredi, aut agnato, quæ ſunt nomina ciuilia, non naturalia: *l. tutelas 7. ff. de cap. min. leg. capitis 11. ff. de ſuis & legit.* Legis ergo ciuilis auxilium neceſſarium fuit, vt quis ab inteſtato hæres fieri poſſet. Vnde & legitima hæreditas dicitur quæ ab inteſtato defertur, tanquam obueniens ex lege; & legitimus hæres, qui ab inteſtato ſuccedit: *leg. 1. & tot. tit. de ſuis & legit. D. & C.* etſi lege obuenire hæreditatem non imperitè quis dixerit etiam eam, quæ ex teſtamento defertur; quia lege 12. *tab.* hæreditates omnes tam teſtamentariæ quàm legitimæ confirmantur: *l. lege obuenire 130. De ver. ſig. l. 1. & 3. de pet. har.* Legis autem duodecim Tabularum in hanc rem verba illa fuerunt, *Si ſuus hæres non erit, agnatus proximus familiam habeto: leg. 2. §. hac hæreditas, & ſeqq. l. Titius 6. ff. de ſuis & leg.* Ex quo fit vt filius emancipatus patri inteſtato ſuccedere iure ciuili nullo modo poſſit, quia neque ſuus eſt, neque agnatus, cùm per emancipationem exierit de familia, factúſque ſit ſit extraneus quod ad ius ciuile pertinet: *§. minima, Inſtit. de cap. min. leg. vlt. ff. eo. l. ſi genero 26. C. de iur. dot.* quamuis non eo minùs iure naturali & gentium remaneat filius; ideóque ex Prætoris edicto vocetur ad bonorum poſſeſſionem, vt dicemus *inf. ad tit. De bo. poſſ.* idémque in cognatis iuris eſt: id eſt qui per ſexum fœmininum nobis coniuncti ſunt, vt iure ciuili ad legitimas hæreditates non admittantur; quia de ſolis agnatis lex locuta eſt, id eſt de cognatis per virilem ſexum nobis coniunctis: *l. 2. §. adgnati, de ſuis & legit.* Propter quam cauſam ſcribit Vlp. *in leg. 1. ff. vnd. cogn.* bonorum poſſeſſionem quam iis Prætor defert ex illo capite, *Vnde cognati*, nudam habere Prætoris indulgentiam; neque ex iure ciuili originem habere: cùm eos inuitet Prætor ad bonorum poſſeſſionem, qui iure ciuili ad ſucceſſionem admitti non poſſunt. An quia cognatos ab inteſtato ſuccedere lex ciuilis prohibeat? Minimè: ſed quia nec eos vocat, de quibus ſcilicet nullo modo locuta eſt, quod ipſum ſufficit vt ſuccedere non poſſint. Ergo vel ex eo maximè apparet non poſſe ab inteſtato ſuccedi ſine lege ciuili. Alioqui poſſent ab inteſtato ſuccedere quotquot iure naturali & gentium eſſent cogniti, vt ſunt cognati omnes, nec alij eſſent ſucceſſionis incapaces, quàm qui ſuccedere prohibiti eſſent legibus, non illi etiam quibus ſpecialiter & nominatim permiſſum non eſſet vt ſuccedere poſſent. Etſi enim ius ciuile potentius eſſet iure gentium in eo, in quo ei expreſsè derogaſſet, *d. l. ius ciuile 6. ff. h. t.* in iis tamen, in quibus nihil eſſet immutatum, cur ſtare prohiberetur? *ar. l. ſancimus 27. C. de teſtam.*

l. lege obuenire 130. De verb. ſign.

l. vlt. ff. de cap. min. l. ſi genero 26. C. de iur. dot.

l. 1. ff. vnd. cognat.

Digitized by Google

ILLATIO III.

De nominibus hæredis, & hæreditatis.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt non tantùm *hæredis*, ſed etiam *hæreditatis* & nomen, & ius, acceptum ferri debeat iuri ciuili; non gentium, aut naturali: *l. hæreditas 50. ff. de pet. her.* vbi Papin. ſcribit hæreditatem etiam ſine vllo corpore, iuris intellectum habere. Cui ſimile eſt quod plerisque locis ſcriptum legimus eſſe id nomen iuris: *l. 3. §. 1. ff. de bon. poſſ. l. hæreditatis 119. l. pecunia 178. §. hæreditas, l. bonorum 208. De verb. ſignific.* Nam cùm hæreditas illa ſit quæ facit hæredem (neque enim potuit lex facere, vt qui nullam poſſet habere hæreditatem, hæredem aliquem habere poſſet, *l. lex Cornelia 28. verſ. quia non efficitur, ff. de vulg. & pup. ſubſt.*) conſequens eſt, vt non aliter potuerit lex inducere ius habendi hæredis, quàm ſi primùm induceret ius habendæ hæreditatis: *l. filiusfamilias 18 ff. ad leg. falcid.* Vt enim hæres ſiue teſtamentarius, ſiue legitimus fieri poſſet hæres, id eſt, dominus, vt ſuprà interpretati ſumus ex *§. vlt. Inſt. de her. qual. & differ.* neceſſe fuit aliqua ratione induci continuationem dominij illius quod fuerat patrisfamilias priùs quàm moreretur; vt quamuis morte deſiiſſet ille eſſe dominus, non tamen ideo bona eius facta intelligerentur bona nullius, ſed dominum aliquem habere intelligerentur, ne alioqui iure ipſo gentium fieri poſſent primi occupantis: *l. 3. de acqu. rer. dominio*, Id verò non meliùs fieri poſſe viſum eſt, quàm inducto per fictionem iure & nomine *hæreditatis*, quæ defuncti perſonam repræſentaret, in id vſque tempus, quo hæres aliquis appareret qui ſe dominum poſſet dicere; *l. nouatio 24. ff. de nouat. l. non minus 31. §. 1. de her. inſt.* vbi Caius ex hoc infert, hæreditarium ſeruum etiam ante aditam hæreditatem poſſe hæredem inſtitui, quia licèt non habeant ſerui factionem teſtamenti paſſiuam niſi ex perſonis dominorum, hic tamen dominum habere creditur, ipſam videlicet hæreditatem, quæ defuncti locum obtinet. Sic in *leg. hæreditas 61. De acq. rer. dom.* Hermogenianus ſcribit, hæreditatem in multis partibus iuris pro domino haberi, adeóque hæreditati quoque vt domino per ſeruum hæreditarium acquiri. Rectè autem *Pro domino haberi*, ſcil. per fictionem. Nam rei veritate inſpecta, res hæreditariæ antequàm aliquis hæres exiſtat, in nullius bonis ſunt: *l. 1. ff. de rer. diuiſ. l. 3. in pr. ff. de pecu.* Cur verò addidit *in multis iuris partibus?* An quia non ſemper? Ita eſt. Cùm enim *hæreditas*, vt dixi, ſit nomen fictitium iuris, non poteſt habere illum effectum vt domini vicem & perſonam repræſentet, niſi in iis quæ ſunt iuris; non etiam in iis quæ ſunt facti; quoniam ad ea quæ facti ſunt, & realem habere debent exiſtentiam, iuris fictiones non pertinent: *l. denique 29. ff. ex quib. cauſ. maior. l. in bello 12. §. facti, ff. de capt. & poſtlim.* Vnde eſt quod *ipſo iure* fieri dicimus illa, quæ fiunt ſola iuris poteſtate, nullo facto hominis interueniente: *l. ſi vnus 57. §. pactus ne peteret, ff. de pact.* Aliud eſt fieri quid ſubtili & mero iure, *l. 4. §. ſi viam 27. De vſucap.* Atque ita Hermogenianus ipſe interpretatur, cùm ſubiicit, *In his ſanè, in quibus factum perſonæ, operæue ſubſtantia deſideratur, nihil hæreditati quæri per ſeruum poteſt.* Ex quo infert, neque hæreditatem ſeruo hæreditario delatam adiri per eum poſſe, quouſque hæres aliquis ſit, qui iubere poſſit adiri; neque per ſeruum hæreditarium acquiri poſſe vſumfructum, quòd is ſine perſona vera, non ficta, conſtitui non poſſit: *l. vſusfructus 26. ff. de ſtipul. ſeru.* Adde, neque hæreditati furtum fieri poſſe, niſi in caſibus de quibus *in l. hæreditatis 6. & ſeqq. De furt. l. vlt. ff. de crim. expil. hæred.* vbi additur, *ſicut nec ius quæ ſine domino eſt*. Nec enim furtum fit, niſi ſit cui fiat; *l. falſus 43. §. qui alienum, ver. quòd ſi dominus, De furt.* ſiquidem furtum eſt contrectatio rei alienæ inuito domino, *l. qui vas 48. § qui ex voluntate, eod.* Ergo dominum aliquem eſſe neceſſe eſt; & quidem qui nolle intelligatur hoc ipſo quod non vult, nec conſentit. Velle autem, & nolle, facti eſt: *l. 4. De acq. here. l. 3. & 4. De reg. iur. l. voluntatis 7. C. de fideic.* ideóque non cadit in hæreditatem, quæ licet perſonam repræſentet, tamen perſonam non habet. Aliam rationem reddit Vlpian. ex Scæuola *in l. 1. §. Scæuola, ſi is qui teſt. lib. eſſ. iuſſ.* quod poſſeſſionis furtum fiat, non dominij: *l. 1. in fin. De furt. l. 1. circ. fin. ff. de diſtr. pign.* Dominia enim non niſi certis & legitimis modis amitti poſſunt, inter quos non eſt furtum: *l. id quod noſtrum 24. De reg. iur.* propter quod etiam vſucapio impeditur: *§. furtiuæ, inſt. de vſucap. l. vbi lex 24. l. non ſolum 33. eod.* Denique ſi poſſeſſor nullus ſit, furtum non fit: *d. §. Scæuola,* niſi cùm præſentia pro poſſeſſione eſt, quaſi tranſlata breui manu poſſeſſione, & occultato actu traditionis, vt *in d. l. falſus 43. §. ſi is qui, de furt.* iunct. *l. 3. § pen. de don. int. vir. vxor.* Atqui poſſeſſionem hæreditas non habet, quæ facti eſt, & animi. Siue enim poſſeſſio à ſedibus dicta ſit, ſiue à pedum poſitione, *l. 1. De acq. poſſ.* certum eſt hæreditatem neque pedes habere, neque ſedes. Itaque neceſſe fuit in vicem actionis furti induci actionem expilatæ hæreditatis: *l. 1 a. & tot. tit. Exp. hæred.*

l. hæreditas 50. ff. de pet. her.

l. nouatio 24. in fin. ff. de nouat. l. non minus 31. §. 5. ff. de her. inſtit.

l. hæreditas 61. de acqu. rer. domin.

Ipſo iure fieri quid ſit.

Tit. Expil. hæred.

Per hæreditatem repræſentari perſonam teſtatoris, non hæredis.

AD hanc illationem illud etiam pertinet quod plerisque locis proditum eſt, hæreditatem non hæredis, ſed defuncti perſonam ſuſtinere: *d. l. non minus 31. §. 1. De her. inſt. l. in eo 33. §. vlt. cum l. ſeq. De acq. rer. dom.* Nam cùm non aliam ob cauſam iure ciuili inducta ſit hæc fictio hæreditatis, niſi ad continuandum in perſonam hæredis dominium quod fuerat defuncti, ne alioqui poſſet illud interim fieri primi occupantis, quemadmodum diximus; non potuiſſet huic periculo occurrere ciuilis Legiſlator, ſi conſtituiſſet vt hæreditas non defuncti, ſed hæredis perſonam repræſentaret. Perinde enim eueniſſet, vt ante aditionem ſicuti hæres nullus eſſet (fit enim hæres per aditionem, non per inſtitutionem, aut per mortem teſtatoris, vel inteſtati patrisfamilias; *l. ei qui ſoluendo 88. de her. inſt. l. poſt aditam 5. C. de impub. & aliis ſubſt. l. delata 151. De verb. ſigni.*) ita & nullius remanerent bona, quæ ex inſtanti mortis domini nullius fuiſſent: atque ita ſimiliter primi occupantis fieri potuiſſent. Quod non æquè continget, hæreditate perſonam defuncti repræſentante; quia cùm inſtans extremum vitæ quo moritur paterfamilias, vitæ adſcribatur (nec enim qui iam mortuus eſt, mori poteſt, ſed qui adhuc viuit; *l. vl. ff. de cond. inſt. l. qui duos 18. §. 1. ff. de manum. teſt.*) non poteſt dici eo inſtanti

Digitized by Google

nullius eſſe bona, quæ dominum adhuc viuentem habent: Nec rurſus primo poſt mortem inſtanti, quod immediatè ſequitur extremum inſtans vitæ, quoniam eo demum inſtanti per legem inducitur hæreditas, quæ domini perſonam repræſentando, fit domina eorum omnium, quorum dominus defunctus fuit: tandiúque manet domina, quandiu hæres nullus eſt. Superueniente autem hærede, qui ſicut perſonam veram habet, ita & verus dominus eſt, deſinit eſſe hæreditas, fitque proprium reuera hæredis patrimonium: quia fictionibus omnibus à iure introductis commune illud eſt: vt quemadmodum non niſi ex neceſſitate inducuntur, ita ceſſante neceſſitate euaneſcant: item quia defuncti perſona multò faciliùs & commodiùs repræſentatur per veram hæredis perſonam, quam per hæreditatem, quæ vt dixi ex iuris tantùm fictione conſiſtit, ideóque ne medio illo tempore quod inter mortem patrisfamiliâs, & hæreditatis aditionem interceſſit, bona iacuiſſe videantur, ſublata fictione hæreditatis, neceſſe fuit in locum illius fictionis aliam induci, per quam hæres, quandocunque adita hæreditate, iam inde à die mortis teſtatoris eam adiiſſe retrofingeretur, ad coniungenda inſtantia mortis & aditionis: *l. hæres quandocunque* 54. *De acq. hæred. l. ſi ex re* 28. *§. vlt. ff. de ſtip. ſeru. l. omnia ferè* 193. *de reg. iur.* ſicut & lex Cornelia de captiuis apud hoſtes mortuis, iungit morti diem captiuitatis: *l. vile errore* 41. *§. vlt. ff. de vſuc.* Ita fit vtriuſque illius fictionis beneficio, vt nullum inſtans ſit, quo dici, aut videri poſſint bona hæreditaria ſine domino iacuiſſe, ac tanquam iacentia, & nullius bona, primo occupanti acquiri potuiſſe; ſed vt à defuncto in hæredem dominium ſine vlla interruptione continuetur. Nec eſt contrarium ſuperioribus quod in *d. leg. nouatio* 24. *ff. de nouat.* ſcriptum videtur, hæreditatem interim ſuſtinere perſonam hæredis. Nam dictio illa *cuius*, non ad hæredem referenda eſt, ſed ad promiſſorem; ac ſi ſcriptum eſſet, *ad hæredem promiſſoris, cuius*, aut potius *ad hæredem eius, cuius*. Illud enim pronomen antecedens *eius*, plerumque & facilè ſubintelligitur, & in ſuo relatiuo tacitè continetur.

De continuatione dominij in ſuos hæredes.

L. in ſuis 11 ff. de liber. & poſth.

HVic etiam illationi conſequens illud eſt, quod Paulus ſcribit *in l. in ſuis* 11. *De lib. & poſth.* In ſuis hæredibus *continuationem dominij eò rem perducere, vt nulla hæreditas eſſe, aut vnquam fuiſſe intelligatur: quaſi olim hi domini eſſent, qui viuo etiam patre quodammodo domini exiſtimantur: vnde*, inquit, *etiam filiusfamilias appellatur, ſola nota hac adiecta, per quam diſtinguitur genitor ab eo, qui genitus ſit. Itaque poſt mortem patris non hæreditatem percipere videntur, ſed magis liberam bonorum adminiſtrationem conſequuntur. Hac ex cauſa licèt non ſint hæredes inſtituti, domini ſunt hæredes: Nec obſtat quod licet eos exhæredare, quos & occidere olim licebat.* Hactenus Paulus. Ex quo loco apparet quicquid alibi ſcriptum eſt de paterna hæreditate cùm de ſuis hæredibus agitur, minus propriè ſcriptum eſſe, & ad communem loquendi vſum accommodatè potiùs, quàm ex vera ſubtilique iuris ratione. Nam ſi neque hæreditas vlla eſt ſine iuris fictione, neque iuris fictio vlla ſine neceſſitate, nec denique neceſſitas vlla inducendæ per fictionem hæreditatis, niſi ad continuandum dominium in hæredem; Prorſus conſequens eſt, non poſſe vllam hæreditatem eſſe patris, qui habeat ſuum hæredem. Hinc eſt quod filiusfamilias non dicitur patris hæres, ſed ſuus; quaſi non tam patri, quam ſibi ipſi ſuccedat; non in iure dominij, ſed in iure plenioris (vt dixi) adminiſtrationis. Sic nec hæreditatem adire dicitur, ſed ſe immiſcere: *l. cum bonis* 87. *De acq. hær.* non hæres fieri, ſed exiſtere & apparere: *l. in ſuis* 14. *De ſuis & legit.* ita vt neque dici poſſit ei vnquam delata hæreditas, cùm delata dicatur ea demum, quam quis poſſit adeundo conſequi: *l. delata* 151. *De verb. ſig.* Imò nec illud probo quod Recentiores tradunt, In ſuis hæredibus idem inſtans eſſe delatæ & acquiſitæ hæreditatis. Nullum enim eſt inſtans quo poſſit dici iis delata vel acquiſita, cum ſicut hæres dominum ſignificat, ita & hæreditas dominium. Porrò ſuis hæredibus dominium iam viuo patre, vt dixi, quæſitum intelligatur: *d. l. 11. De lib. & poſth.* Ideóque lex duodecim Tabularum non de ſuis hæredibus ſic locuta eſt, quomodo de agnatis, de quibus ita cauit: *Agnatus proximus familiam habeto*; ſed poſuit tantùm eos in conditione his verbis, *ſi ſuus hæres non erit*: quia ſcil. non indigebant ſui hæredes vt vocarentur ad hæreditatem, quomodo agnati indigebant: Inde etiam eſt, quod qui ſunt in poteſtate, ſtatim ſunt hæredes ex teſtamento: Nec quod ſe poſſunt abſtinere quicquam facit, inquit *l. 1. §. qui ſunt in poteſtate. ff. ſi quis omiſſ. cauſ. teſt.* Nam nec eſt ſine hærede qui ſuum hæredem habet, quamuis ſe abſtinentem: *l. cùm quaſi* 30. *§. ſed etſi ſuus, ff. de fideicom. libert.* Abſtentio enim, beneficium Prætoris eſt, qui ſicut hæredis ius & nomen dare non potuit, *§ quos autem, Inſt. de bonorum poſſeſſion.* ita neque adimere, aut facere quominus filiusfam. etiam poſt abſtentionem teneatur creditoribus hæreditariis ſummo iure; ſed tantum vt creditoribus contra eum actio denegetur, quam dare prætoris eſt: *l. neceſſariis* 57. *De acquir. hæred.* vt denique effectu ipſo hæredis loco non habeatur, *l. ſi filius* 12. *ff. de interrog. in iur. faciend.* Itaque non dicuntur ſui hæredes repudiare, vt nec adire, quomodo extranei, ſed ſe abſtinere: *l. pen. ff. de admin. tutor. d. l. neceſſariis, l. ex contractu.* 45. *ff. de re iud.* Poſt acquiſitionem enim ſera & inutilis repudiatio eſt: *l. 1. §. decretalis, ff. de ſucceſſ. edict.*

De poſſeſſione defuncti non continuanda in hæredem.

PEndet etiam ex ſuperioribus quod ſcriptum eſt in *d. l. 1. §. Scæuola, ff. ſi is qui teſta. lib. eſſ. iuſſ.* poſſeſſionem defuncti non tranſire in hæredem, priuſquam cœperit ipſe poſſidere; quoniam hæreditas id duntaxat in eum transfundit quod eſt hæreditatis: non fuit autem poſſeſſio hæreditatis, quia facti potiſſimum & maximè eſt poſſeſſio: *l. denique* 29. *ff. ex quib. cauſ. maior. l. 1. §. furioſus, in fin. De acquir. poſſeſſ.* licet plurimum etiam ex iure mutuetur, *l. poſſeſſio* 49 *in princip. ff. eod.* in his autem quæ facti ſunt, hæreditas perſonam defuncti repræſentare non poteſt: *d. l. hæreditas in multis* 61. *De acquir. ser. domin.* Idque eſt quod Iauolenus ſcribit *in l. cùm hæredes* 23. *De acquir. poſſ.* Cùm hæredes inſtituti ſumus adita hæreditate, omnia quidem iura ad nos tranſire, ſed tamen poſſeſſionem, niſi naturaliter comprehenſa ſit,

l. 1. § Scæuola, ff. ſi is qui teſtam. lib. eſſ. iuſſ.

ad

ad nos non pertinere. Neque probanda eſt diſtinctio Interpretum exiſtimantium aliam eſſe hac parte ſui hæredis, aliam extranei, rationem, quaſi in ſuum hæredem cum dominio tranſeat etiam poſſeſſio, *ex l. cum miles 30. ff. ex quib. cauſ. maior.* iunct. *d. l. in ſuis 11. de liber. & poſth.* Non enim de ſuis magis quàm de extraneis hæredibus loquitur Paulus *in d. l. cùm miles.* & quod ait *poſſeſſionem defuncti quaſi iunctam tranſire ad heredem*, hunc ſenſum habet, vt tempora poſſeſſionis defuncti iungantur temporibus poſſeſſionis hæredis, ad complendam vſucapionem, vt non ſit neceſſe hæredi nouam vſucapionem inchoare; quomodo neceſſe eſſet ſi adminiculo antiquioris poſſeſſionis ex perſona ſui auctoris non vteretur: *l. pomponius 13. §. 1. & ſeq ff. de acq. poſſ.* Non etiam vt inſtantia poſſeſſionum defuncti & hæredis ſic iungantur, quaſi vna tantum poſſeſſio fuerit, iam inde ab inſtanti mortis defuncti in hæredem tranſlata, & quaſi quod ad poſſeſſionis quoque cauſam attinet, nunquam iacuiſſe hæreditas videatur. Sic namque Paulum intelligere malo, quàm cum nonnullis *poſſeſſionem* interpretari *vſucapionem*, ex *d. l. denique 19. eo.* vbi nec dubito quin poſſeſſionem dixerit I. C. non tam pro vſucapione, quàm vt ſcripſi *in Rationalib.* pro longi temporis poſſeſſione, quæ ad vſucapionem tamen proximè accedebat, in illis verbis, *placet interruptam poſſeſſionem poſtliminio non reſtitui.* Quod tam apertum eſt, ex ratione quæ ſequitur *quia hæc ſine poſſeſſione non conſiſtit*; vt nihil dici poſſit apertius. Cæterum quod filiifamilias ſunt quodammodo domini bonorum paternorum viuo patre, non poteſt facere vt videantur etiam poſſeſſores, quoniam qui in aliena poteſtate ſunt, nihil habere vel poſſidere poſſunt, nequidem rem peculiarem, ſed tantùm eam tenere: *d. l. poſſeſſio 49. §. 1.* vbi rationem Papinian. reddit, *quia poſſeſſio non tantum corporis, ſed etiam iuris eſt.* Senſus eſt, filiosfamilias eorum duntaxat capaces eſſe, quæ ſunt meri facti, non etiam illorum quæ ſiue in totum, ſiue pro parte, ſint iuris; quod & de ſeruis traditum eſt *in l. qui heredi 44. ff. de condit. & demonſtr.* At poſſeſſionem non ex nuda tantùm detentione, quam Interpretes vulgo aſininam vocant, æſtimari, ſed ex animo poſſidendi iure domini, cùm vt Theophilus definit, *poſſidere* nihil aliud ſit quàm *ſibi & animo domini habere.* Non quod vt verè quis poſſideat, neceſſe ſit habere eum ius poſſidendi (alioqui nulla eſſet iniuſta poſſeſſio, quod falſum eſt, *l. 3. §. ex contrario, eod tit.*) ſed quia neceſſe eſt talem eum eſſe, qui poſſit eſſe dominus vt poſſit animo domini veréque poſſidere: Filius autem familias talis eſt, vt quamuis ſit quodammodo dominus, non poſſit tamen animo domini poſſidere; non ſolùm ne faciat iniuriam patri, qui dominus eſt, & veriùs & pleniùs, & quo adhuc viuo, non poteſt non eſſe præmatura iſta poſſeſſionis paternæ occupatio, *ar. l. 1. §. ſi impubere, ff. de collat. bonor.* ſed etiam quia & poſſeſſio, quam aliunde filiusfamilias acquireret, patri per eum quæreretur: *l. 1. §. item acquirimus, ff. de acquir. poſſ.* Denique fieri non poteſt vt filius & pater ſint eorundem bonorum in ſolidum poſſeſſores, *d. §. ex contrario.* Dices neque fieri poſſe vt in ſolidum ſint domini, vt ſuprà diſputauimus ex *l. ſi vt certo 5. §. ſi duobus vehiculum, ff. commod.* Reſpondeo inde fieri, vt nec filius poſſit dici verè & abſolutè dominus

l. poſſeſſio 49. §. 1. De acq. poſſ.

l. § Scæuola ff. ſi is qui teſtam. lib. ff. iuſſ.

viuo patre, ſed *quodammodo dominus*: *d. l. in ſuis*: nempe propter ius patriæ poteſtatis, quod facit vt patris & filij vna eademque perſona eſſe exiſtimetur: *l. adoptiuum 8. De in ius voc. l. ne cum filiofam. 16. ff. de fur. l. vlt. C. de impub. & aliis ſubſt. l. cum ſcimus 21. in fin. C. de agric. & cenſit. lib. 11. tit. 47.* tantum abeſt vt in ipſius patris præiudicium poſſit dominus dici vel videri. Itaque dicimus poſſe eum manumittere ſeruum patris, non ſolùm mandante patre, quo caſu videtur pater ipſe manumittere, *l. pater 22. ff. de man. vind.* ſed etiam patre dumtaxat conſentiente, *l. ſi conſentiente 16. l. nepos 18. de manum.* quod tamen facere non poſſet, ſi non eſſet dominus: arg. eius quod de tutore ſcriptum eſt *in l. pen. C. qui man. non. poſſ.* Sed tamen patris conſenſus neceſſarius eſt, ne fiat ei iniuria: dominium enim cùm ſit iuris, facilè admittit eiuſmodi adiectionem, ſiue fictionem quandam eſſe velis, ſiue aliquod potiùs temperamentum. At non ſimiliter poſſis eum dicere *quaſi poſſeſſorem*, quia cùm poſſeſſio magis facti ſit quàm iuris; neceſſe eſt, vt vel nullo modo poſſeſſor ſit, vel verè & abſolutè ſit. Nec valdè diſſimile eſt, quod Iauolenus tractat *in d. l. cum heredes 23. §. 1. De acqu. poſſ.* eos qui in hoſtium poteſtatem peruenerunt, iure ſingulari iura rerum ſuarum retinere, ſed corporaliter tamen poſſeſſionem amittere. *Neque enim*, inquit, *poſſunt videri aliquid poſſidere, cùm ipſi ab alio poſſideantur.* Vnde infert; his reuerſis noua opus eſſe poſſeſſione, etiamſi medio tempore nemo res eorum poſſederit, vt appareat poſſeſſionem multò magis facti eſſe, quàm iuris; quoniam alioqui ſicut cætera iura omnia, & ita & poſſeſſionis ius durante captiuitate retinerent. Etſi autem filiusfamilias, cùm libera perſona ſit, à patre non poſſideatur, perinde tamen dicimus fieri non poſſe, vt in poteſtate ſua quicquam habeat is, qui ipſe non eſt ſuæ poteſtatis: *l. ſic eueniet 21. ff. ad leg. Iul. de adult.* Quomodo autem poſſidere videri poteſt qui nec ipſam poſſeſſionem habere poſſit in ſua poteſtate? Et ſanè vſque adeo omnis acquiſitionis incapax eſt filiusfamilias, volente patre ſibi acquiri; vt ne momento quidem temporis in eius perſona ſtare poſſit acquiſitio: *leg. placet 79. ff. de acq. hered.* Quanto igitur minus fieri poteſt, vt poſſideat res paternas viuo patre, ne peculiaribus quidem exceptis: *dict. leg. poſſeſſio §. 1.* quia licèt eas teneat ex patris voluntate, non eo minùs tamen & dominio & poſſeſſione remanent patris: *l. 3. §. ſed verum, ad fin. l. patri 27. ff. de minor.* Verum igitur eſt quod contra Interpretes defendimus, poſſeſſionem patris non poſſe tranſire in filium, quamuis ſuum hæredem. Quanquam illud quoque admittendum eſt, huic iuri derogatum eſſe generali ferè omnium locorum conſuetudine, quæ induxit vt non tantùm ſuus hæres, ſed etiam extraneus quilibet ex eo ipſo inſtanti quo paterfamilias mortuus eſt, rerum omnium hæreditariarum poſſeſſionem nactus intelligatur, ex eáque cauſa poſſit omnibus iis interdictis experiri, quæ veris poſſeſſoribus competunt, tam ad retinendam, quàm ad recuperandam poſſeſſionem: Quod nos cum Gallis ſic enunciamus, *Le mort ſaiſit le vif.*

l. cùm heredes 23. §. 1. eo tit. De acq. poſſ

De hæreditate conuerſa in bona vacantia.

ILlud poſtremò ex hac tertia illatione colligimus, Si ne quis ab initio nullum hæredem ha-

bere potuerit, fortaſſis quia neque liberos, neque agnatos, neque cognatos, neque vxorem habuit: ſiue habere quidem hæredem potuerit, ſed tamen ſine hærede & ſucceſſore deceſſerit, quia nemo ſit qui eius hæres, bonorúmve poſſeſſor eſſe velit, ex eo inſtanti quo certum eſſe incipit nullum eſſe ſucceſſorem, deſinere quoque eſſe hæreditatem, & fieri bona vacantia, fiſco per conſequentias acquirenda: ſi quid habeant vtilitatis & compendij: *l. vlt. ff. de ſucceſ. edict. l. habere licere 57. ff. de euict. l. 1. §. an bon. i. & ſeq. ff. de iur. fiſc.* Nam ſi verum eſt quod diximus inductam eſſe à lege fictionem hæreditatis, ob hoc ſolùm, vt poſſit lex facere hæredem; omnino conſequens eſt vt ſi hæres eſſe nemo poſſit, nulla quoque ſit hæreditas. In quo errant miſerè noſtri Pragmatici, qui hoc caſu hæreditatem iacere putant, eique tanquam iacenti curatorem dandum eſſe. Quod nos abundè & copioſè refutauimus *in decadibus noſtris De error. pragm.* Adeò autem verum eſt deſinere hoc caſu hæreditatem eſſe, fieri que bona vacantia, vt & idem ſit inſpecto iure Pandectarum ſi ſuus hæres ſe abſtinuerit, aut agnatus proximus delatam ſibi hæreditatem repudiauerit, quia neque in ſuis, neque in agnatis fuit ſucceſſio eo iure: *l. 1. §. ſciendū, ff. de ſuis & legit. §. placebat, Inſt. de leg. agnat. ſucceſſ.* Ideo nimirum quod neque ſuus, neque agnatus proximus eſſe poſſet, qui mortis tempore non fuiſſet, *leg. 2. §. proximum, de ſuis & legit. l. ſcripto 7. ff. vnd. lib.* lex autem de ſuis tantum, & de agnatis proximis locuta eſſet, nec niſi eorum gratia hæreditatis legitimæ ius & nomen induxiſſet. Quod ius licèt Prætor ex æquitate correxerit eo edicto, quod ob hanc cauſam *ſucceſſorium* appellatur: Placet tamen inferioris gradus cognatum edicti ſucceſſorij beneficium non habere, ſi prior cognatus poſſeſſionem acceperit, quamuis poſtmodum ad eam repudiandam reſtitutus ſit, propter auxilium ætatis, aut quo alio iure. Ob idque hoc etiam caſu bona tanquam vacantia fiſco deferuntur: *l. vl. ff. de ſucceſ. edict.*

l. 1 §. ſciendū ff de ſuis & leg §. placebat, Inſt de leg. agnat. ſucceſſ.

l. vlt. ff de ſucceſſ. edict.

Ius ſuccedendi ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato publicum eſt.

l 3 ff. qui teſta. fac poſſ. l quod bonis 15. § 1. ff ad l. falc. l. vlt. ff. ſuis & leg.

HVcque pertinet quod diximus *ad Princip. 5. tituli præcedentis.* Ius ſuccedendi, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato, dici publicum *in l. 3. ff. qui teſtam. facer. poſſ. leg. quod bonis 15. §. 1. ff. ad leg. falcid.* Non alia ratione, quàm quia ſit ex legibus, quæ ſunt iuris publici: *l. vlt. ff. de ſuis & legit.* Adeò vt ante Senatuſconſulta Tertullianum, & Orficianum, nec filius matri inteſtatæ poſſet ſuccedere, nec mater filio inteſtato; vt dicemus *ad illos titulos*; propterea quod de iis locuta non fuiſſet lex duodecim Tabularum; ſed tantùm de agnatis, poſt ſuos; in quorum numero neque mater reſpectu filij, neque filius quoad hæreditatem matris poterat contineri. Licèt iam tum verum eſſet, matris, non minus quam patris hæreditatem deberi liberis ratione naturali, & ex communi voto parentum: itemque luctuoſam filij hæreditatem matri, ſi non iure ſucceſſionis, ſaltem ratione commiſerationis: *l. nam etſi 15. in princip ff. de inoff. teſtam. d. l. ſcripto 7. §. vlt ff. vnd. liber. l. vlt. C. de inſt. & ſubſt.*

Concludamus igitur non modò factionem teſtamenti, ſed etiam ius ſuccedendi ab inteſtato, iuris ciuilis eſſe; non gentium, aut naturalis; inſpecta ſcilicet ratione quæ ius hoc induxit; quippe quæ tota ſit ciuilis; tametſi vix vlla gens ſit, quæ & teſtamentariis & legitimis hæreditatibus non vtatur: Vnaquæque ſcilicet ex ſuis legibus ſiue ſcriptis, ſiue non ſcriptis. Nihil enim refert.

ILLATIO IV.

De ſtipulatione, & acceptilatione, quòd ſint iuris ciuilis.

QVartò ex eodem ſupradicto principio fit, vt & ſtipulatio, & acceptilatio per conſequens, quia per ſtipulationem contrahitur, iuris tantùm ciuilis dici debeat, non iuris gentium; licèt apud omnes ferè gentes receptiſſimus hodie ſit vſus & ſtipulationis, & acceptilationis. Ratio enim quæ & ſtipulationem & acceptilationem induxit, tota eſt ciuilis, cùm non tam ex conſenſu contrahentium (etſi eum interuenire neceſſe eſt, *l. inter ſtipulantem 83. §. 1. De verb. obl.*) quàm ex verbis & ſtipulatio, & acceptilatio æſtimentur: ex verbis inquam certis & ſolennibus, *l. 1. de verb. obl. l. plurib. 7. & ſeq. ff. de acceptil. leg. 1. Cod. eod.* quæ ſolennitas non poteſt eſſe iuris gentium, cùm ex ratione naturali eſſe nequeat, vt his potiùs quàm illis verbis obligetur quis, aut liberetur: *l. 1. §. eſt autem emptio, ff. de contr. empt. l. 1. ff. loca.* Sed ad ius ciuile tota referenda eſt: *leg. pen. ff. de ſolut.* Neque verò iure gentium induci ſtipulationem neceſſe fuit, quæ non aliam ob cauſam inuenta eſt, quàm vt id quod iam alioqui debeatur, firmiùs & efficaciùs deberetur, & per iudicem magis præcisè peti poſſet. Nomen enim ſumpſit à *ſtipulo*, quod Veteres pro *firmo* dicebant, vt Iuſtin. ſcribit *in prin. tit. De verb. obl.* Pendéntque ſtipulationes omnes ex negotio iam contracto, *l. 5. verſ. conuentionales, ff. eo.* Iure autem gentium, ſicuti iubetur quiſque bonam fidem agnoſcere, *l. cùm amplius 84. §. is natura debet, de reg. iur.* ita nullis iſtis artibus opus eſt vt quod debetur præſtetur. Inde eſt quod etiamſi quis ſtipulanti ſpoponderit ſine cauſa, obligatur tamen iure ciuili, qui vtique iure gentium nullomodo eſt obligatus. Ideóque datur contra eum ex tali ſtipulatione agentem exceptio doli, *l. 2. § circa, ff. de doli except.* cui tum demum locus eſſe ſolet, cùm id agendum eſt, ne cui dolus ſuus per occaſionem iuris ciuilis contra naturalem æquitatem proſit: *l. 1. eo.* Neque pugnat quod *in l. an inutilis 8 § vl. de accep.* ſcribit Vlp. hoc iure nos vti, vt hodie iuris gentium ſit acceptilatio. Iam enim reſpondimus *ad Prin. 4. illat. 1.* minùs propriè id dictum eſſe pro eo, quod dicere Vlp. voluit, hodie apud omnes gentes receptum eſſe vſum acceptilationis, ſicut & ſtipulationis. Id enim eorum, quæ iuris gentium ſunt, proprium aut potiùs commune eſſe videtur, vt apud omnes gentes peræquè ſeruentur. *leg. omnes populi 9. in fine, ff. de iuſtit. & iur. leg. 1. De acquiren. rerum domin.* Solent enim quæ ſunt iuris ciuilis, eius ciuitatis & Reipublicæ, vbi primùm inducta ſunt, finibus coërceri. Cæterùm non eo minùs acceptilationem etiam hodie iuris ciuilis eſſe, ille ipſe Vlpiani locus probat; cùm poſt eam illationem, *& ideo pute & Græcè poſſe acceptum fieri,* ſubiungit *dummodo ſic fiat, vt Latinis verbis ſolet.* Ita exigens ſolennitatem illam verborum, quam ius gentium, vt diximus, non ſolùm inducere non poteſt, ſed nec admittere: *d. l. 1. §. eſt autem emptio,*

l. 1. De verb. oblig l plurib. 7. & ſeq. ff de accepti. l. 1. C. eo.

leg. 2. § circa ff. de doli mal. except. l. an inutilis 8 §. vlt. ff. de except.

Digitized by Google

emptio, ff. de contr. empt. d. l. 1 ff. locat. Verba enim græca hîc opponimus legitimis, vt & *in leg. penult. Cod. de teſtam. man. l. vlt. in. C. de teſt. tutel.* legitima verò non alia ſunt, quàm quæ ciuilia dicuntur *in leg. verbis 7. De vulg. & pup ſubſt.*

ILLATIO V.

De actionibus.

QVinto ex eodem Principio fit, vt quamuis obligationes penè omnes iure gentium fuerint introductæ, nulla tamen actio iure gentium comparata ſit, ſed omnes, quotquot ſunt actiones, iure ciuili ſint inſtitutæ: *l. 2. §. deinde ex his legibus, de origin. iur.* vbi Pomponius ſcribit latis primùm legibus duodecim Tabularum, adiectâque Prudentum ad eas interpretatione, eodem ferè tempore actiones compoſitas eſſe, quibus inter ſe homines diſceptarent, quas actiones, inquit ille, ne populus prout vellet, inſtitueret, certas ſolenneſque eſſe Prudentes voluerunt. Nec quod dici ſolet obligationem matrem eſſe actionis, *leg. licèt 43. §. ea obligatio, ff. de procur.* facere poteſt, vt quemadmodum obligationes, ita & quæ ex iis naſcuntur actiones, dici debeant iuris gentium. Quis enim actionum vſus eſſe poſſet, aut quæ neceſſitas, ſi ius gentium inter homines inuiolabile ſeruaretur? comparatæ nimirum ſunt actiones, & comparandæ fuerunt ad exercenda iudicia, ob idque diffinitur actio, vt ſit ius perſequendi in iudicio quod ſibi debetur: *leg. nihil aliud 51. de oblig. & act.* Iudicia autem non niſi contra inuitos exercentur: *d. l. inter 83. §. 1. de verb. obligat.* id eſt contra eos qui bonam fidem vltrò nolunt agnoſcere: *leg. quoties 9. § ſicut autem, verſicul. nec vtique, ff. de admin. & peric. tutor.* Ex quo intelligimus, non minùs iudicia, quàm actiones, iuris eſſe ciuilis; quod hac parte vt & aliàs perſæpe ſubſidiarium eſt iuri gentium: ne alioqui improbo cuique liceat, rupta fide, ius gentium impunè violare. Ergo & ea omnia quæ ad iudicij exercitionem pertinent, iuris ciuilis erunt, non iuris gentium, vt purà citatio, libellus, exceptio, replicatio, & alia quæ Gothofr. ex ordine congerit ad *l. ex hoc iure 6. ff. hoc tit.* Etſi non ignoro Interpretes noſtros vulgò tradere, citationem eſſe iuris naturalis, adeóque diuini, ex verbis illis Dei Opt. Max. ad Adamum, *Adam vbi es?* Sed parum ſubtiliter. Aliud enim eſt fieri citationem ex ratione naturali, quod admitto libentiſſimè: Aliud verò fieri ex iure naturali, quod nego. Omnium enim actionum inſtituendarum principium ab ea edicti parte proficiſcitur, quæ eſt de in ius vocando, *§. omnium, Inſt. de pœ. teme. litig.* Denique eorum omnium quæ tota iuris ciuilis ſunt, cuiuſmodi eſſe diximus actiones & iudicia, partes quoque omnes iuris ciuilis eſſe neceſſe eſt, ne vna & eadem res diuerſo iure cenſeatur: *leg. eum qui 23. ff. de vſucap.* Et vt generaliùs dicam, quæcunque ſolennitatem aliquam deſiderant, ea iuris ciuilis ſemper ſunt, quod ideo *ſolenne ius* appellatur in *l. nec ex prætorio 27. de reg. iur.* iuris gentium eſſe nullomodo poſſunt. quia ſolennitates omnes ciuilem tantùm rationem habent (qualis illa eſt, quam tradit Pomp. *in d. §. deinde, ne populus prout vellet inſtitueret actiones*) non etiam naturalem. Inde eſt quod circa actiones ſingulis competentes pro arbitrio Princeps diſponere poteſt: circa obligationes quæ ſunt ex iure gentium, non poteſt, vt tractant Noſtri ad *l. vlt. ſi contr. ius, vel vtil. publ.* quia ius ciuile pro arbitrio Principis mutabile eſt, ius gentium non item: *§. vlt. Inſt. hoc tit.* Ius autem ciuile hîc generaliter intelligimus, vt etiam prætorium comprehendat, ex quo etiam pleræque ſunt actiones: *d. leg. nec ex prætorio 27. De reg. iur.* iis ſcilicet caſibus, quibus ciuiles nullæ ſunt proditæ, ſi ad id reſpicias quod fuit ordinarij iuris prætorij: *leg. 3. § 1. verſ. miratur, ff. naut. caup. ſtab.*

l. 2. § deinde ex his legibus, De orig. iur.

l. 1. De verb. oblig. l. pluribus 7. & ſeq. ff de accept. l. 1. Cod.

Iudicia omnia, ſicut & actiones omnes, ſunt iuris ciuilis.

leg. 2. § circa ff de doli mal. except. l. eo tutius 8 § vlt. ff. de except.

L. nec prætorio 27. De reg. iur.

CONFVTATIO I.

De iis quæ dicuntur eſſe iuris gentium origine, ciuilis verò quantum ad ſolennitates.

COntra hoc Principium pugnat quod vulgò Interpretibus placet, teſtamentum, acceptilationem, & alia ſi qua ſunt huiuſmodi, origine eſſe iuris gentium, ciuilis verò quod ad ſolennitates duntaxat. Sunt enim merè iuris ciuilis, tanquam inducta mera ratione ciuili, quamuis apud omnes gentes recepta ſint, vt probauimus. Idque ex eo apparet euidentiùs, quod quamuis ſeruitutes iure gentium, non ciuili introductas fuiſſe certum ſit, vt diximus in ſuperioribus: Si tamen liber homo, maior annis viginti, ſe venundari paſſus ſit ad pretium participandum, placet fieri eum ſeruum non gentium iure, ſed ciuili: *§. pen. Inſtit. De iur. perſon.* id eſt ex ſenatuſconſultis, de quibus *in l. 3. ff. quib. ad libert. proclam. non licet.* Nimirum quia eæ demum ſeruitutes ſunt iuris gentium, quæ inductæ ſunt ratione aliqua naturali gentibus omnibus communi, id eſt per bella, & captiuitates, ſine quibus humana ſocietas vt ſupra diximus ſtare non poſſet. At hæc ſpecies ſeruitutis non niſi ciuilem rationem habet, eiuſ́mque Romanorum ſpeciali lege conſtitutam. Iuris ergo ciuilis eſt.

§ pen. Inſt. de iur. perſon. l. 3 quib. ad libert. procl. non licet.

PRINCIPIVM VI.

De iuris ciuilis diuiſione. Ac primùm De legibus ſcriptis; earúmque interpretatione.

OMNE ius ciuile aut ſcriptum eſt, aut non ſcriptum. Scriptum conſtat ex legibus, plebiſcitis, Senatuſconſultis, Principum placitis, Magiſtratuum edictis, Prudentum reſponſis. Non ſcriptum eſt, quod longa conſuetudine populique moribus inductum pro lege cuſtoditur: *l. ius ciuile 6. § 1. & l. ſeq. ff. h. t. l. de quibus 32 ff. de legib.* Eſt enim ſumma & perfecta hæc totius iuris ciuilis diuiſio. Siquidem *ſcriptum*, & non *ſcriptum*, non ſolum contraria ſunt, ſed etiam contradictoria, inter quæ vt dicunt Philoſophi, medium nullum eſſe poteſt, nihil tertium. *Scriptum* autem intelligimus, quod ex ſuo ſcripto æſtimatur; ſed ita tamen vt pro ſcripto habeamus non ſolùm id, quod verbis & literis diſertè expreſſum eſt, ſed id etiam omne quod veriſimile ſit, eſſe ex ſententia Legiſlatoris; ſiue populus ille fuit, ſiue Princeps, ſiue Magiſtratus, ſiue autoritas Prudentum. Etſi enim vt in cæteris omnibus, ita in legibus maximè verba ſpectanda ſunt; propterea quòd non aliud ſenſiſſe quis facilè credendus ſit, quàm quod dixerit,

l. ius ciuile 6. § 1 & l ſeq. De iuſt. et iur. l. de quibus 32 ff de legib.

Digitized by Google

l. Labeo 7. §. Seruius, de ſupell. legat. l. non aliter 69. De verb. ſign. ſemper tamen prior atque potentior eſt quam vox, mens dicentis: *d. §. Seruius, ad fin. l. cùm de lanionis 18. §. aſinam, verſ. optimum, ff. de inſtru. & inſtr. legat.* Ideóque dicimus ſcire leges, non hoc eſſe, verba earum tenere, ſed vim ac poteſtatem: *l. ſcire leges, ff de legib.* Et quamuis contra legem non faciat, niſi qui facit id quod nominatim lex prohibet, in fraudem tamen legis eum facere, qui ſaluis verbis ſententiam eius circumuenit: *l. contra legem 29. eod.* Nam vt Vlp. ſubiicit in *l. ſeqq.* fraus legi fit, vbi quod fieri lex noluit, fieri autem non vetuit, id fit; & quod diſtat *ῥητὸν ἀπὸ διανοίας*, id eſt, *dictum à ſententia*; hoc diſtat fraus ab eo quod contra legem fit. In quo placet quod Gothofr. notat *ad l. non dubium* 5. *C. de leg.* fraudem fieri ab vna re ad aliam: *l. 3. §. 3. in fi. l. 7. §. 3. de S.C. Maced.* à perſona ad aliam, *l. 5. de don. int. vir. & vxor.* de contractu ad alium, *d. l. 5. §. 5.* à modo ad alium, *l. 8. §. 14. ad SC. Vell.* de nomine ad aliud nomen, *l. vlt. C. de aſſeſſ.* de tempore ad aliud tempus, *l. 3. §. 1 de min.* denique de quantitate ad aliam quantitatem, *l. 4. § 2. de his qui not. infam. l. 19. de iur. patron. l. 14. verſ. qui autem, C. de vſur.* Hoc verò ex eo proficiſcitur, quòd cùm iura non in ſingulas perſonas, ſed generaliter conſtituenda ſint, *l. iura* 8 *eo.* fieri non poteſt vt omnes articuli ſigillatim aut legibus, aut ſenatuſconſultis comprehendantur: *l. non poſſunt* 12. *eod.* id eſt omnes caſus qui quandoque inciderint; quia multò plura ſunt negotia quam vocabula: *l. 4 ff. de praſcr. verb.* & natura ipſa quotidie varias & nouas formas edere properante, neceſſe eſt multa emergere negotia quæ legum laqueis adhuc non ſint innodata, vt loquitur Iuſt. *in conſt. de confir. ff. ad Senatum, §. Sed quia diuina.* Quid ergo? Sufficit ea quæ ſæpius accidunt legib. contineri: *l. neque leges* 10. *De legib. l. 3. 4. 5. & 6. eo.* Deinde ex his quæ primò conſtituta ſunt, ſi ſententia Legiſlatoris manifeſta ſit, id iuris ad ſimilia produci debet, aut interpretatione, aut ſuppletione, aut ſupremi Principis conſtitutione: *l. & ideo* 11. *d. l. non poſſunt* 12. *& ſeq. eo.* Inde etiam eſt, quod Celſus ſcribit *in l. inciuile* 24. *eo. tit.* Inciuile eſſe, niſi tota lege perſpecta, vna aliqua parte eius propoſita iudicare, vel reſpondere; quia cùm pars vna legis per aliam plerumque declaretur, non niſi tota lege perſpecta ſciri poteſt, quænam fuerit mens & ſententia Legiſlatoris. Sed & pro iure ſcripto habetur ea iuris ſcripti interpretatio, quæ longa populi conſuetudine recepta eſt, licet ſcripta non ſit. Optima enim legum interpres eſt conſuetudo: *l. ſi de interpretatione* 37. *eo.* Nec minor eſt autoritas rerum perpetuò ſimiliter iudicatarum, *l. nam Imperator* 38. *eo.* vbi Calliſtratus ſcribit ex reſcripto Seueri, in ambiguitatibus, quæ ex legibus proficiſcuntur, conſuetudinem, aut rerum perpetuò ſimiliter iudicatarum autoritatem, vim legis obtinere debere. Cæterùm in ſcripto iure interpretando, ea ſemper cautio adhibenda eſt, vt benignior interpretatio ſumatur, quantum fieri poteſt, ſalua legis voluntate, quæ ſententia eſt *l. benignius* 18. *eo.* Nam ſi ex verbis tam aperta ſit Legiſlatoris voluntas, vt de ea dubitari non poſſit, ſeruanda lex eſt quantumuis dura & aſpera, nec improbabili interpretatione contra Legiſlatoris mentem mollienda: *l. proſpexit* 12. *ff. qui, & à quib. manum.* Item vt ſi qua ſit in lege vox ambigua, ea capiatur ſignificatio, quæ vitio caret. Præſertim cùm etiam voluntas legis ex hoc colligi poſſit, *l. ambigua* 19. *De legib.* id eſt ſi interpretatio illa facta non ſit, vt eo minùs bonum ſenſum lex habeat. Quid enim ſi abſurdi aliquid ſequeretur, vel inanis lex & illuſoria efficeretur? Non careret vitio eiuſmodi interpretatio, *leg. ita vulneratus* 15. *§. pen. ad leg. Aquil. l. nam abſurdum, ff. de bon. lib.* Item curandum eſt quantum fieri poteſt, vt ex ipſius legis verbis ſumatur interpretatio. Illa enim ſemper iuſtior & certior interpretatio eſt, quæ vel ex verbis colligitur, vel à verbis ſaltem minùs abhorret. Finge legem aliquid in præteritum indulgere: poſſis non malè ex ipſis verbis ſic eam interpretari, vt in futurum idipſum vetare intelligatur: *leg. cùm lex* 22. *ff. de leg.* Maximè quia legum & conſtitutionum omnium commune illud eſt, vt futuris dent formam negotiis, nec ad præterita, vel ad pendentia reuocentur; niſi cùm id expreſſum eſt: *l. leges & conſtitutiones* 7. *C. eo.* iunct. *l. vnic. C. de contr. iud. l. ſancimus* 21. *in fi. C. de ſacr. Eccl.* Sed & iuris ſcripti ratio, ſi qua ſit, diligenter inueſtiganda eſt; ſi nulla ſit, vt contingit aliquando in iis quæ ſunt iuris poſitiui & conſtituti, ſecundum ea quæ diximus *ad Princ. 2. tit. ſuper. illat. 5.* non eo minùs ſeruandum eſt ius ſcriptum & conſtitutum, neque curioſiùs exquirenda ratio; ne alioqui multa ex his quæ certa ſunt ſubuertantur: *l. non omnium* 10. *& ſeq. ff. de leg.* Sin ratio aliqua reperiri poteſt; eam vel ſingularem, vel communem & vniuerſalem eſſe neceſſe eſt. Si ſingularis ſit, conſtituit ius ſingulare, id eſt quod contra tenorem rationis propter aliquam vtilitatem introductum eſt: *l. ius ſingulare* 16. *eo.* Et id ius nunquam per interpretationem producendum eſt ad conſequentias, *l. quod verò* 14. *eo.* quamuis in ipſo caſu, in quo ſingulariter conſtitutum eſt, perinde obtineat, ac ſi cum iuris ratione conſentiret, quoniam in iis quæ conſtituta ſunt contra rationem iuris, non poſſumus ſequi regulam iuris: *l. in his* 15. *eo.* Si verò ſcripti iuris ratio communis ſit & generalis, extendi ius poteſt per interpretationem ad omnes caſus ſimiles, eandem rationem & vtilitatem habentes: *l. nam vt ait* 13. *l. ideo* 26. *eo.* & è contrario interdum reſtringi. Certum enim eſt ex cuiuſlibet diſpoſitionis ratione ampliandā eſſe, vel reſtringendā diſpoſitionem: *l. vlt. ff. de here. inſt. l. cùm pater* 77. *§. dulciſſimus, de legat.* 2. ampliandam nimirum, ſi lex ſit fauorabilis, non etiam ſi odioſa. Fauorabilis enim adiuuanda eſt per interpretationem: *l. hoc modo* 64. *§. De cond. & demonſt.* Odioſa non item, *l. cum quidam* 19. *De lib. & poſth.* Sic dicimus idem ius eſſe ſtatuendum vbi eadem ratio eſt, ita vt diuerſitatis cauſa reddi nulla poſſit: *vulg. l. illud* 32. *ff. ad leg. Aqui. l. 4. §. vnde etiam, de iniu. rupt.* Illud præcipuè cauendum eſt, ne quod fauore quorundam conſtitutum eſt, id duriore interpretatione in eorum odium retorqueatur: *l. quod fauore* 6. *C. de legib.* Id enim neque iuris, neque æquitatis ratio vlla pati poteſt: *l. nulla* 25. *ff. eod. l. plures apochis* 19. *in fin. C. de fid. inſtr. l. 2. ff. de leg. commiſſ. l. in ratione* 30 *§. tametſi, ff. ad leg. falc. l. 3. §. dua autem, in fi. de Carbon. edict.* At neque noua interpretatio quærenda eſt quoties de eo iure ſcripto agitur, quod ſemper certam habuit interpretationem: *l. minimè ſunt mutanda* 23. *ff. de leg.* vbi Paulus ſcribit minimè mutanda eſſe, quæ interpretationem certam ſemper habuerunt. Cui conuenit quod ait Vlp. in *l. 2. De conſt. Princ.* in rebus nouis conſtituendis euidentem vtilitatem eſſe

L. ſcire leges 17. eod. tit. De legib.

L. inciuile 24. eod. tit. De legib.

L. ſi de interpretatione 37. & ſeq. eod.

L. benignius 18. eod.

L. proſpexit 12. ff qui & à quib. manum.

L. in ambigua 19. De legib.

L. cùm lex 22. eod.

L. non omnium 10. & ſeq. eod.

L. quod verò 14. cū duab. ſeq.

L. nam vt ait 13. l. ideo 26. eod.

L. illud 32. ad leg. Aquil.

L. quod fauore 6. C. de legib. L. nulla 25. ff eod.

L. minimè 23. eod.

L. 2. de conſtit. Princip.

Digitized by Google

eſſe debere, vt ab eo iure recedatur, quod diu æquum viſum fuit. Nam ſi euidens æquitas poſceret, quamuis nihil facilè mutandum ſit ex ſolennibus, tamen ſubueniendum eſſet: *l. etſi nihil, 183, De reg. iur.* Cùm autem noua interpretatio quæri poteſt & debet, ſumitur accommodatè interdum ex prioribus legibus, aut etiam ex poſterioribus. Neque enim nouum eſt, vt priores leges trahantur ad poſteriores, aut vt poſteriores etiam ad priores pertineant, niſi contrariæ ſint: *l. non eſt nouum 26. cum duab. ſeqq. ff. de legib.* Contrariæ autem videri nunquam debent, ſi qua ratione conciliari, ſimúlque ſtare poſſint, quia iuris veteris correctio præſumenda non eſt tanquam odioſa: *l. ſancimus 27. C. de teſtam. l. præcipimus 32. in fin. C. de appellat.* Quod ſi ius ſcriptum cum æquitate pugnet tam apertè, vt per interpretationem leniri non poſſit quin ſcripto vis fiat, nec tantùm verbis, quod parum curandum eſſet, vt iam diximus; ſed etiam ſententiæ Legiſlatoris, Princeps neceſſariò conſulendus eſt, ad quem ſolum pertinet eiuſmodi interpretationem non tam admittere, quàm inducere per nouam conſtitutionem: *l. 1. C. d. legib.* iunct. *d. l. 2. D. de conſtit. Princip. d. l. proſpexit 12. D. qui & à quib. manum.* Et hæc de iure ſcripto, eiúſque interpretatione in genere dixiſſe ſufficiat. De ſingulis illius partibus poſteà dicemus, tùm de iure non ſcripto, quæ altera eſt pars noſtræ diſtinctionis.

L. non eſt nouum 16 cum ſeqq. D. de legib.

L. 1. C. de legib.

Ex ſuperioribus apparet in hoc iuris Principio, *Ius ciuile* ſumi generaliter quatenus omnes iuris ciuilis tam ſcripti, quàm non ſcripti, partes complectitur. Non autem ſpecialiter pro eo iure, quod ex autoritate & interpretatione Prudentum, ad fori diſputationem accommodatum, & ab ipſis Prudentibus compoſitum fuit, quod communi nomine retento ſimpliciter *Ius ciuile* appellari ſcribit Pomponius in *l. 2. §. his legibus, De orig. iur.* Nec rurſus de eo iure, quod *ciuile* dicitur, ad differentiam *prætorij & honorarij*: quomodo ſumitur appellatio Iuris ciuilis à Papiniano *in l. ius autem 7. ff. h. t.* vbi ait ius prætorium ſiue honorarium illud eſſe, quod Prætores introduxerunt, iuris ciuilis adiuuandi, vel corrigendi, vel ſupplendi gratia propter publicam vtilitatem. Qua de cauſa ibidem ille partes omnes iuris ciuilis ſcripti enumerans, prætermiſit eam partem, quæ ex Magiſtratuum edictis venit, (quo nomine non modò Prætorum, ſed Ædilium quoque edicta continentur) quam Inſtin. non prætermiſit *in §. conſtat. h. t.* Eodémque ſenſu accipiendum eſt quod Marcianus ſcribit in *l. nam & ipſum 8. eod.* ipſum ius honorarium nihil aliud eſſe, quàm viuam vocem iuris ciuilis. Si enim vox eſt iuris ciuilis, Ergo ius ipſum ciuile non eſt. Neque verò in libris noſtris quicquam eſt frequentius, quàm vt ius prætorium, tamquam planè diuerſum opponatur iuri ciuili. Sed tamen nihil vetat etiam ius prætorium *Ciuile* dici, ſumpto generaliter nomine *iuris ciuilis*, quatenus opponitur iuri gentium & naturali. Quomodo à nobis poſt Iuſtinianum in *d. §. conſtat.* hucuſque acceptum eſt.

L. 2. §. his legibus, de orig. iur.

L. ius autem 7. De iuſtit. & iur.

L. nam & ipſum 8. eod.

Alia diuiſio iuris ciuilis.

ALiam iuris ciuilis diuiſionem Vlp. tradit in *l. vlt. ff. de legib.* vbi ſcribit totum ius conſiſtere aut in acquirendo, aut in conſeruando, aut in minuendo. Aut enim hoc agitur, inquit, quemadmodum quid cuiuſque fiat, Aut quemadmodum quis rem ſuam vel ius ſuum conſeruet, Aut denique quomodo alienet, vel amittat. Sed minùs perfecta nec ſatis plena hæc diuiſio eſt. Conſtat ſiquidem ex iis partibus, ex quibus non poſſis cognoſcere quid ſit totum: nec rurſus quid iuris ciuilis ſit, aut non ſit. Itaque pertinet magis ad demonſtrandum effectum & exercitium iuris, quam ad ius ipſum in partes ſuas diſtribuendum: Iuris inquam omnis priuati, quod tripartitum eſſe ſupra diximus, collectum ſcilicet ex præceptis naturalibus, gentium, & ciuilibus; ex eodem Vlp. *in l. 1. § huius ſtudij, De iuſtit. & iur.* Proinde ſpectat ea diuiſio etiam ad ius naturale, & gentium, non minùs quàm ad ius ciuile. Nec enim ius naturale, aut gentium, verſari in alio poteſt quàm vel in acquirendo, vel in conſeruando, vel in minuendo: præſertim verò ius gentium, ad quod dominiorum diſtinctio, vſúſque commerciorum refertur: *l. ex hoc iure 5. de iuſt. & iur.*

L. vlt. D. de legib.

Alia diuiſio iuris ciuilis.

POſtrema iuris diuiſio illa eſt, quam Iuſtinianus noſter tradit *in §. vl. huius tituli. Omne ius*, inquit, *quo vtimur, vel ad perſonas pertinet, vel ad res, vel ad actiones.* Sed hæc quoque non tam iuris diuiſio eſt, quàm materiæ circa quam ius verſatur: nec tam diuiſio dicenda eſt, quàm ſubdiuiſio iuris ſiue ſcripti, ſiue non ſcripti. Tam enim hoc, quàm illud, vel ad perſonas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. Non tamen perindè poteſt hæc, ſiue diuiſio, ſiue ſubdiuiſio, ſic intelligi, vt ius quoque naturale & gentium comprehendat, propter factam mentionem actionum, quas omnino ex iure ciuili eſſe, nec iure naturali, aut gentium, vel cognitas vel neceſſarias fuiſſe iam probauimus.

§ vlt. De iuſtit. & iur.

PRINCIPIVM VII.

De legibus, plebiſcitis, & ſenatuſconſultis.

L*Ex eſt, quod populus Romanus Senatorio magiſtratu interrogante, veluti Conſule, conſtituebat: §. lex eſt, h. t.* Populi autem appellatione, ciues omnes cuiuſcunque ordinis & conditionis contineri nemo neſcit; in eóque differre populum à plebe, quo nomine plebeij duntaxat ſignificantur. Vnde ſeceſſus ille plebis à Patribus in montem Auentinum: de quo Pomponius *in l. 2. § deinde cùm eſſet 9. & in §. & cùm placuiſſet 24. De orig. iur.* Hinc illa legis laus & dignitas, vt ſit communis ſponſio ciuitatis & reipublicæ, ad cuius præſcriptum omnes qui in ea republica ſunt, vitam inſtituere debent; vt ex Demoſthene Marcianus & Papin. ſcribunt in *l. 1. & 2. ff. de leg.* Nam quemadmodum in contrahenda ſtipulatione interrogatio præcedit reſponſionem, quæ ipſa nihil aliud quàm ſponſio eſt, *l. 1. ff. de ver. obl. l. iuris gentium 7. §. quod ferè, ff. de pac.* ita & in ferenda lege præcedebat interrogatio Senatorij magiſtratus, ad quam totius populi reſponſio, ſponſióque ſequebatur. Vnde & *rogatas* leges dicimus, & quod huic contrarium eſt, *abrogatas*. Nam in tabellis quibus ſuffragia ferebantur, hæc verba ſcripta erant *vti rogas*. Gouean. in *l. 1. ff. ad leg. falc.*

§. lex eſt, Inſt. De iur. nat. gent. & ciu.

l. 1. & 2. ff. de legib.

ILLA

ILLATIO I.

De poteſtate & dominio legis in perſonas omnes, & bona omnia ciuium.

EX hoc Principio illud primùm fit, vt de iis omnibus quæ ad ciuium vitas & bona pertinent, diſponere lex poſſit, tanquam quæ & perſonarum, & rerum omnium domina ſit, ac veluti regina, vt dicebat Chryſippus, licèt alio fortaſſis ſenſu, cùm de diuinis quoque rebus loqueretur, & de lege in genere, non de ea quæ conſtitueret partem iuris ciuilis Romanorum; *in l. 2. ad fin. De legib.* Dubitandum enim non eſt, qui Reſpublica quælibet in ciues ſuos habeat & vitæ & necis poteſtatem, quam olim non ſolùm domini in ſeruos, ſed etiam patres in filiosfamilias iure patriæ poteſtatis habuerunt: *l. vlt. C. de patr. poteſt.* cùm Patriæ longè maior & potentior ſit etiam in filiosfamilias, quàm patria poteſtas, vt diximus *ad Princ. vlt. præcedentis tit.* ex *l. postliminium 19. §. filius quoque, De cap. & poſtlim. l. honor. 14. §. plebeij, De muner. & hon. l. 1. §. & generaliter. 15. ff. de ventr. in poſſ. mitt.* Hinc leges illæ publicorum iudiciorum, quibus tot irrogatæ pœnæ capitis, exiſtimationis, amiſſionis bonorum, vel omnium, vel ex parte: *l. 1. & 2. l. infamem 7. & tot. tit. De publ. iud. l. capitali 28.* & paſſim. *ff. de pœn.* imò etiã amiſſionis libertatis per irrogationem damnationis ad beſtias, aut ad metallum; *l. vlt. ff. de cap. min. l. ſi quis filio 6. §. irritum, De iniuſt. rupt.* Ex quo apparet plus poſſe Patriæ, quàm patriam poteſtatem. Libertati enim à Maioribus tantùm impenſum eſt, vt patres, quibus vitæ ius in liberos, necíſque poteſtas olim erat permiſſa, libertatem tamen iis eripere non poſſent: *d. l. vlt. C. de patr. poteſt.* Hinc etiam eſt quod inter modos transferendi iure Quiritium dominij, lex enumeratur ab Vlpiano *in Inſtit. Tit. 19. De acquiſit. rer.* vbi ait non niſi ſex modis poſſe dominium iure Quiritium transferri, *traditione, mancipatione, ceſſione in iure, vſucapione, adiudicatione, & lege.* Quod adeò verum eſt, vt quamuis traditio, dummodo à domino facta ſit, modus transferendi dominium ſit ex iure gentium, *l. 9. §. hæc quoque, de acqu. rer. dom.* non aliter tamen efficax ſit ad dominium iure Quiritium transferendum, quam ſi fiat ex cauſa iuſta, id eſt iuri ciuili ac legibus cognita: *l. nunquam nuda 31. ff. eod.* Indéque nimirum ſit, vt res tradita ex cauſa fideicommiſſi, licèt ab hærede & domino, ac prætereà iuxta teſtatoris voluntatem, non tamen acquiratur accipienti legitimè & iure Quiritium; *l. 3. ff. ſi vſuf. pet.* ſed fiat tantùm res in bonis fideicommiſſarij, *l. facta 63. in princ. ff. ad SC. Trebell.* quia ius ciuile non agnoſcit fideicommiſſa: *§. 1. infr. De fideic. hæred. & §. 1. Inſtit. de codicil.* Hinc illud quoque eſt, quod lege inductæ ſunt hæreditates, inducta iura ſuccedendi tam ex teſtamento, quàm ab inteſtato, vt diximus *ad Princ. 5. illat. 3. hoc. tit.* quoniam interueniendus erat modus, per quem dominium, quod viuentis patrisfamilias fuerat, in eius defuncti ſucceſſorem transferretur. Hinc etiam, quod Prætor non potuit facere hæredem, *§. quos autem, Inſtit. De bon. poſſ.* quia cùm *hæres* nihil niſi dominium ſignificet, *§. vltim. Inſt. de hæred. qualit. & diff.* non potuit Prætor facere dominium, quia nec potuit facere legem, quæ ſcilicet non ex huius,

l. 2. ad fin. ff. de legib. De Patria poteſtate & de patria poteſtate.

leg. vlt ff de capit. minu. Iunct. l. vlt. C. de patr. poteſt.

Modi ſex transferendi olim dominiũ iure Quiritiũ. l. nunquam nuda, 31. ff. de acq. rer. domin. l. 3 ff ſi vſufr. pet.

§. quos autem Inſt. de bon. poſſ.

vel Illius Magiſtratus voluntate, ſed ex totius populi & Reipublicæ conſenſu ac ſponſione æſtimatur, & ad quam ſolam ideo pertinet, vt de ciuium ſuorum bonis, eorúmque dominiis pro arbitrio diſponat. Hinc denique quod nemo facere poteſt, ne leges in ſuo teſtamento locum habeant: *l. nemo 55. De leg. 1.*

l. nemo 55. de legat. 1.

ILLATIO II.

De imperio legis, & de legatis & fideicommiſſis.

SEcundò ex eodem Principio ſequitur, quod Modeſtinus ſcribit *in l. legis virtus 7. De legib.* vt legis virtus ea ſit *imperare, vetare, permittere, punire.* Sunt enim iſta omnia conſequentia ei legis dignitati & autoritati, vt omnium & hominum & bonorum, quotquot in Republica ſunt, domina eſſe intelligatur. Vnde & legatum tanquam à lege dictum, ſic definit Vlp. *in titulis, Legatum eſt quod legis modo imperatiuè relinquitur.* Ideóque fortaſſe non fuerunt per legem confirmata fideicommiſſa, ne quidem ex Prudentum interpretatione ad verba tam generalia legis 12. Tab. *Paterfamilias vti ſua rei legaſſit, ita ius eſto: l. verbis 120. de verb. ſignif.* quia lex, quæ teſtatoris voluntatem duntaxat ſubſequitur & confirmat, imperare non poterat vt id fieret, quod teſtator fieri tantùm rogaſſet. Alienum autem à legis maieſtate & dignitate videbatur, vt eiuem ſuum rogaret, cui potiùs imperare & poſſet & deberet. Nam & verbum illud *legaſſit*, non alium habet ſenſum, quàm ſi ſcriptum eſſet *legem fecerit*, id eſt, *imperarit.* Nec quod tandem fideicommiſſa iuris vinculum & obligationem habere cœperint, *d. §. 1. De fideic. hæred.* facere potuit, vt ad fideicommiſſa quoque lex duodecim Tabularum extenderetur; non ſolùm quòd legibus omnibus commune illud ſit, vt quem effectum ab initio non habent, & eo tempore quo feruntur, eum habere nunquam poſſint; quia ſemel tantùm lex loquitur, & idipſum perpetuò, quod ſemel: Sed etiam quia confirmatio illa fideicommiſſorum, vel ad eorum præſtationem, obligetur etiam inuitus is, qui rogatus tantùm fuit, licèt non fiat contra teſtantis voluntatem, fit tamen præter voluntatem, nec proinde pertinere poteſt ad legem duodecim Tabularum, quæ ſupremas defunctorum voluntates confirmat tantummodo, non etiam auget. Non tamen omnes leges eiuſdem hac parte ſunt virtutis, & poteſtatis. Quædam enim ſunt perfectæ, quædam imperfectæ. Perfectæ dicuntur eæ, quæ non ſolùm vetant aliquid fieri, ſed etiam quicquid contrà factum fuerit, reſcindunt. Imperfectæ ſunt è contrario, quæ ita vetant quid fieri, vt tamen quod contrà factum ſit, non reſcindant, vt Vlpianus *in Titulis* tractat *tit. 1. in princip.* vbi exemplum adfert *ex lege Cincia*, quæ certum modum donationibus præſcribit, & vltra eum modum donari quid vetat, nec tamen quod ſupra modum donatum eſt reſcindit. Sed ea diſtinctio ſublata hodie eſt per *l. non dubium 5. C. de leg.* quæ ipſo iure caſſum & inutile eſſe vult, quicquid factum eſt contra legis prohibitionem, quamuis lex id non dixerit.

l. legis virtus 7. ff. de legib.

l. verbis legis 120. de verb. ſignif.

Cur lex 12. tab. etiam hodie non porrigatur ad fideicommiſſa.

l. non dubium 5. C. de leg.

Digitized by Google

ILLATIO III.

De plebiſcitis, & ſenatuſconſultis, eorúmque poteſtate. Itémque de Principum conſtitutionibus.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt neque plebiſcita, neque Principum conſtitutiones & mandata vim vllam habeant, ad vniuerſum populum obligandum, niſi ex legibus in eam rem latis, & quas ideo ferri neceſſe fuit. Nam quod ad plebiſcita, lex Hortenſia primùm lata fuit, vt refert Gellius *lib. 7. noct. attic. cap. 15.* & Plin. *lib. 16. cap.* 10. deinde lex Hortenſia vt plebiſcita non minùs valerent quàm leges, quemadmodum hic Iuſtinianus ait, poſt Pomponium *in d. l. 2. §. deinde cùm eſſet, De orig. iur.* vbi addit ille ita factum eſſe, vt inter leges & plebiſcita, ſpecies tantùm conſtituendi intereſſet, poteſtas autem eadem eſſet. Quod ad Principum verò conſtitutiones lata eſt lex Regia, per quam populus Principi & in Principem omne ſuum imperium & poteſtatem conceſſit: *§. ſed & quod Principi, hoc tit. §. Sed & hoc ſtudioſum, l. 1. C. de veter. iur. enucl. l. 1. ff. de conſtit. Princip.* Non enim totius populi poteſtatem habere poterat niſi is, cui populus eam dediſſet. Excipiuntur tamen Senatuſconſulta, quæ vt legis vim haberent, nulla lege expreſſa factum eſt, ſed ex neceſſitate potiùs: quia cùm auctus eſſet populus Romanus in eum modum, vt difficilè eſſet in vnum conuocari legis ſanciendæ gratia, æquum viſum eſt, vice populi Senatum conſuli; vt Iuſtinianus tradit in *§. Senatuſconſultum, huius tit.* Ex quibus verbis conſtat, Senatuſconſulta ideo vim legis habere, non quod à Patribus ſimpliciter conſtituta ſint, ſed quod à Patribus vice populi. Vt proinde dubitandum non ſit, quin ea omnia quæ per legem fieri potuerunt, etiam per Senatuſconſultum fieri potuerint, ex lege ſi minùs expreſſa, ſaltem tacita totius populi vltrò patientis per tot ſecula, eam eſſe Senatuſconſultorum autoritatem. Quò pertinet quod Modeſtinus ſcribit in *l. pen. de legib. Omne ius*, inquit, *aut conſenſus fecit, aut neceſſitas conſtituit, aut firmauit conſuetudo.* Illam enim partem diſtinctionis, *aut neceſſitas conſtituit*, ad Senatuſconſulta refert, nec malè, Iacob. Cuiacius in *paratitl. ff. de legib.* ex *l. 2. §. deinde quia difficile, De orig. iur.* vbi ſcribit Pomponius neceſſitatem ipſam deduxiſſe curam Reipubl. ad Senatum, & ita cœpiſſe Senatum ſe interponere, *& quicquid conſtituiſſet*, inquit, *obſeruabatur.* Adde eundem Cuiac. *lib. 14. obſer. cap.* 16. Nemo tamen dixerit, Senatum poſſe facere legem, neque ita loquitur Vlp. *in leg. non ambigitur 9. De legib.* ſed ita vt dicat; non ambigi quin Senatus facere ius poſſit. Aliud namque eſt ius facere, aliud facere legem, quamuis ius quod facit Senatus, tale ſit, vt legis vim habeat, tanquam à Senatu factum vice populi, vt dixi. Sic nec lege Hortenſia factum eſt vt plebiſcita leges eſſent, ſed tantùm vt legum vi ac poteſtate cenſerentur, etſi leges quoque appellantur, *l. 1. ad leg. Aquil.* vbi additur potuiſſe plebiſcito etiam legi 12. Tab. derogari.

l. 2. §. deinde cùm eſſet, De orig. iur.

l. pen. ff. de legib.

ILLATIO IV.

De legum, & ſenatuſconſultorum, & plebiſcitorum generalitate.

QVartò ex eodem Principio fit, vt leges generales eſſe debeant, non in ſingulas perſonas, in eóque differunt à conſtitutionibus Principum, quæ vt plurimùm ſunt perſonales: *l. 3. l. omnes 10. C. de leg.* iunct. *l. 2. eod. l. iura 8. ff. eo.* Sic & plebiſcita generalia ſunt, & ſenatuſconſulta, tùm etiam cùm certa perſona Senatuſconſulto cauſam dedit, vt apparet ex SC. Macedoniano, *l. 1. ff. de SC. Maced.* Cur enim aut vniuerſus populus, aut plebs interrogaretur, aut vice populi Senatus conſuleretur, vnius hominis cauſa? Repugnabat enim lex duodecim Tabularum, *Priuilegia ne irroganto.*

ILLATIO V.

De tacita legum abrogatione.

QVintò ex eodem Principio fit, vt leges non ſolùm ſuffragio populi, ſed etiam tacito conſenſu omnium per deſuetudinem abrogentur: *l. de quibus 32. in fin. ff. de legib.* vbi ſic Iulianus infert ex eo quod priùs dixerat, non alia ex cauſa leges nos tenere, quàm quòd iudicio populi ſint receptæ. Nihil enim tam naturale eſt, quàm diſſolui vnumquodque eo modo, quo colligatum eſt: *leg. nihil tam naturale 35. De reg. iur. l. prout 80. De ſolut.* Dices, Huic rationi potius conſequens eſſe, vt non poſſint ſine ſuffragio, & niſi ad Conſulis interrogationem latæ ſint. Reſpondeo cum Iuliano *in d. leg. de quibus*, Nihil intereſſe an ſuffragio populus ſuam voluntatem declaret, an rebus ipſis & factis: *leg. non tantùm 5. ff. rat. rem haber.* Ex quo *ibidem* infert Iulianus, illa etiam quæ ſine vllo ſcripto populus probauit, perinde tenere omnes, legiſque ſcriptæ & rogatæ vim obtinere. Conſequens igitur illud quoque eſt, vt plebiſcita, & Senatuſconſulta, æquè per deſuetudinem tacito populi conſenſu abrogentur, non ſolùm quod maiorem poteſtatem habere non debeant, quàm ſi leges eſſent, ſed etiam quia quicquid virium & poteſtatis habent, id ex populi tacito conſenſu habent, non ex ſola vel plebis, vel Senatus authoritate. Conſtitutionum Principalium alia ratio eſt, vt ad ſequens Principium dicemus.

l. de quibus 32 ff. eod. tit. de legib.

PRINCIPIVM VIII.

De conſtitutionibus & mandatis Principum.

L*Ege Regia, quæ de Principis imperio lata eſt, populus ei, & in eum, omne ſuum imperium & poteſtatem conceſſit: § ſed & quod Princip. hoc tit.* Huius legis Regiæ meminit etiam Iuſtin. *in l. 1. §. ſed & hoc ſtudioſum, C. de vet. iur. enucl.* quæ alias eſt conſtitutio *De concep. ff.* vbi diſertè Iuſtinianus ſcribit, ex antiqua illa lege quæ *Regia* nuncupabatur, propterea quòd pro Regibus lata eſſet, tranſlatum eſſe omne ius, omnémque poteſtatem populi Romani etiam in Imperatoriam poteſtatem

§. ſed & quod Princip. hoc tit.

tem. Videtur etiam ad hanc legem reſpexiſſe Pomponius, licèt nulla eius mentione facta, *in l. 2. §. quod ad magiſtratus 14. De orig. iur.* cùm ſcribit, initiu ciuitatis Romanæ, Reges omnem poteſtatem habuiſſe. Fuit autem illa lex non minùs honorifica Regibus, quàm populo damnoſa; ne ſupremam illam poteſtatem per vim & iniuriam accepiſſe dici poſſent, quæ populo per generalem legem iis tributa eſſet.

ILLATIO I.

De poteſtate conſtitutionum Principis vt habeant vim legum.

l. 1. ff. de conſtit. Princip. EX hoc Principio illud primum fit vt quicquid Principi placuit, legis habeat vigorem: *d. §. ſed & quod Principi, leg. 1. De conſtit. Princip.* vbi Vlpianus in hanc ipſam ſententiam meminit legis Regiæ; infertque generaliter quicquid Imperator per epiſtolam & ſubſcriptionem ſtatuit, vel cognoſcens decreuit, vel de plano interlocutus eſt (id eſt non adhibita cauſæ cognitione, *l. nec quicquam 9. §. 1. De off. Proconſ. l. omnia quæcunque 71. de reg. iur.*) vel edicto præcipit, legem eſſe; id eſt perinde ius facere, acſi lex eſſet; & has eſſe, quas Conſtitutiones appellamus. Denique conſtitutio Principis facit legem, vt Tryphon. loquitur in *l. in bello 12. §. manumittendo 9. verſ. at is de quo quæritur, de captiu. & poſtl.* Sed hoc tamen accipiendum eſt cum diſtinctione. Etſi enim quicquid à Principe quoquomodo conſtituitur, valet, ac ius facit; non tamen continuo lex eſt, ſed id demum quod à Principe conſtitutum eſt generaliter ad hoc vt eſſet lex generalis; quemadmodum explicat Harmenop. *lib. 1. tit. 2.*

Conſtitutiones Principũ ſæpè perſonales, Leges ſemper generales. l. 1. C. de leg. l. vlt. C. eod. Cùmque ex conſtitutionibus Principum quædam ſunt perſonales, quæ nec ad exemplum trahuntur, nec perſonam egrediuntur, vt puta ſi quid Princeps alicui ob merita indulſerit, vel ſi quam pœnam irrogauerit, vel denique ſi cui ſine exemplo ſubuenerit, *d. l. 1. in fi.* nemo rectè dixerit eſſe eas leges, quamuis poſſit admitti hactenus vim legis habere, quod in ſuis caſibus ius faciunt. Idque ab Imp. Theodoſio & Valen. diſertè conſtitutum eſt *in l. 2. C. de leg.* in illis verbis, *Nec generalia iura ſint, ſed leges faciant his duntaxat negotiis, atque perſonis, pro quibus fuerint promulgata.* Quò etiam pertinet diſtinctio illa Iuſtiniani *in l. vlt. C. eod.* Si *Imperialis maieſtas,* inquit, *cauſam cognitionaliter examinauerit, & partibus cominus conſtitutis ſententiam dixerit, cenſendam eſſe eã legem non ſolum illi cauſæ, pro qua producta eſt, ſed & omnibus ſimilibus:* vt intelligamus ſi quid è contrario Princeps per epiſtolam, & ſubſcriptionem ſine cauſæ cognitione conſtituerit, generalis legis vim habere id non debere, ſed ſpecialis, id eſt priuilegij: quod ipſum, vel ex nominis etymo, nihil niſi priuata lex eſt. Eadémque Impp. Theodoſij & Valentin. ſententia eſt *in l. 3. eo.* Porrò priuilegiorum ex mera Principis indulgentia emanantium, vnde & beneficia appellantur; ſingulare ius eſt, vt quam pleniſſimam recipiant interpretationem: *l. pen. ff. de conſt. Princ. l. 2. C. de bon. vac. lib. 10. tit. 10.* ſcilicet dummodo non in alterius diſpendium vergant, ne incipiant fieri iniqua: *l. ex facto 43. De vulg. & pup. ſubſt. l. 2. §. meritò, & §. ſi quis à Principe, ff. ne quid in loc. publ.* Quidni enim liberalitatem & indulgentiam Principis pleniſſimè interpretemur, cùm eam faciendæ liberalitatis & indulgentiæ poteſtatem Princeps habeat ex populi indulgentia, & liberalitate? Videtur vtique Princeps hoc caſu reddere potius, quam dare: *arg. l. ſi verò non remunerandi 12. §. idem Papinianus, ff. mand.* Sanè Principis eſt interpretari, quem ſui beneficij modum eſſe velit. *d. l. ex facto, l. Neratius 191. De reg. iur.*

ILLATIO II.

De poteſtate Principis ſupra leges.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt Princeps ſit ſolutus legibus, nec tantùm pœnariis, vt interpretatur Harmenop. *libr. 1. tit. 1.* ſed etiam aliis quibuſcunque. Auguſta nõ item niſi ex priuilegio, *l. Princeps 31. ff. de legib. leg. ex imperfecto teſtamento 23. De legat. 3.* *leg. Princeps 31. ff. de leg. l. ex imperfecto 23. De legat. 3.* Nam cùm lex Regia omne ius, omnémque poteſtatem populi tranſtulerit in Principem, non etiam in Auguſtam; planè conſequens eſt, vt Princeps non priuati, ſed totius populi iure cenſeatur. Populus autem, ſi vniuerſitatem ipſam conſideremus, ſolutus erat legibus, cùm pro arbitrio leges condere, & abrogare poſſet; nec tantùm expreſſo ſuffragio, ſed etiam, vt ſuprà diximus, tacito conſenſu: quamuis quilibet è populo legum vinculis teneretur. Ergo & Princeps eſt ſupra leges, earúmque pro arbitrio & condendarum, & abrogandarum ius habet; non etiam Auguſta, ad quam ſcilicet lex Regia non pertinet. Hinc eſt quod Principum conſtitutiones pleræque, vt modo dicebamus, ſunt perſonales, & priuilegia, quia lex duodecim Tabularum, quæ priuilegia irrogari prohibet, non ligat Principem, ſicut & eam abrogare populus, ſi voluiſſet, potuiſſet. Nec ſanè priuilegia vlla in iure noſtro reperias inducta legibus, ſed omnia ex Principum conſtitutionibus: Cuiuſmodi ſunt priuilegia illa militum, vt teſtari poſſint quomodo velint, & pro parte decedere teſtati, hæredem habere ex tempore, & ad tempus, aliáque ſimilia, de quibus *in Tit. De mil. teſt. ff. & C.* Eſſe enim ex conſtitutionibus Imperatorum ſcribit Iuſtin. *initio eiuſd. tit.* poſt Vlp. *in l. 1. eo.* Itémque tot priuilegia dotium, quæ Iuſtinianus nimio fauore mulierum, contra iuris veteris rationẽ induxit: *l. vnic. C. de rei vxor. act. l. aſſiduis 12. C. qui potior. in pignor. hab.* Sanè ſunt etiã nonnulla priuilegia, quæ ſola Prudentũ auctoritas & interpretatio, ex ſumma æquitate, & ex ipſa negotiorum qualitate inducere potuit; qualia ſunt priuilegia tacitæ hypothecæ, in caſibus de quibus *in tit. In quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit. contr.* itémque prælationis, in vtilitatem certi generis creditorum, ſiue chirographariorum, ſiue hypothecariorum; de quibus in *leg. interdum 5. & ſeqq. ff. qui potior. in pign. hab. & in tit. De priuileg. credit.* ſecundum vulgatem titulorum diſtinctionem. Quod ideo addo quia *in Pand. Floren.* non eſt titulus ille diſtinctus à tit. *De reb. autor. iudic. poſſid. vel. ven.* Hinc etiam eſt, quod illa etiam quæ per legem fieri non poſſent, Principes ex priuilegio faciunt plerumque, & facere poſſunt: Puta vt qui ſemel hæres fuit, deſinat eſſe hæres. Id enim euenit in hærede, quem miles inſtituit ad tempus, *l. miles ita 41. D. de milit. teſt.* quod tamen per legem fieri non poſſe oſtendunt exempla legis Sentiæ, *l. ei qui ſoluendo 88. ff. de her. inſt.* & Senatuſconſulti Trebelliani, *§. reſtituta, Inſtit. De fideic. her.* Nec enim dubitandum eſt, quin Senatus potuerit hæredem facere, ſicut & lex poſſet, vt apparet ex Senatuſconſultis

Tertylliano,

Digitized by Google

Tertylliano, & Orficiano : *l. 1. & tot. tit. ad SC. Tertyll.* Nec turſum quin factutus fuerit Senatus, vt fideicommiſſarius per hæreditatis reſtitutionem hæres fieret, ſi facere potuiſſet, vt ſemel hætes deſineret eſſe hætes. Quod tamen, vt fieri non potuerit ne quidem per legem, in cauſa illud eſt, quod acquiſitio hæreditatis non tantùm ſit iutis, ſed etiam facti: *l. pro herede 20. l. aditio 45. l. gerit 88. de acq. her.* factum autem pro infecto haberi non poteſt: *l. in bello 12. § facti, De capt. & poſtlim. l. verum eſt 31. De reg. iur.* In eoque errant egregiè Interpretes, qui putant poſt. Bart. *ad l. vlt. D. ad SC. Tertyll.* poſſe fieri per legem, & conſequenter, vt illi inferunt, etiam per ſtatutum, vt quis poſſit deſinere hæres eſſe: nec tamen habent vnde id probent, niſi ex priuilegiis militarium teſtamentorum: Quaſi ſint illa ex legibus, ac non potiùs ex conſtitutionibus Principum, qui non alia ratione concedere illa potuerunt, quàm quia ſunt ſupra leges: Inde namque factum eſt, vt militaribus teſtamentis priuilegium dederint, ne vllis teſtamentorum legibus obſtricta eſſent: Et vt miles etiam ab initio decedere poſſet pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus; quod in paganis omnino diuerſum eſt: *l. ius noſtrum 24. de reg. iur.* iunct. *l. circa 24. D. de inoff. teſta.* Nec eſt contrarium quod Plinius *in panegyrico ad Traianum* ſcribit, non eſſe Principem ſupra leges, ſed leges ſupra Principem. Id enim non tam ad rei veritatem, & ſubſtantiam, quam ad boni Principis mores & conditionem referendum eſt. *Digna* ſiquidem *vox maieſtate regnantis, legibus ſe alligatum*, non ſolutum, *profiteri*. Adeo de autoritate iuris pendet Principis authoritas. *Et re vera maius imperio eſt, legibus ſubmittere principatum*, inquit eleganter *l. digna vox 4. C. de legib.* Eodemque ſenſu accipiendum eſt quod Paulus ſcribit, *d. l. ex imperfecto 23. de legat. 3.* decere Maieſtatem Imperatoris eas ſeruare leges quibus ipſe ſolutus eſſe videatur. Non quod revera non ſit ſolutus, ſed quod multo decentius ei ſit, alligatum ſe profiteri: licèt alij aliter interpretentur poſt Cuiac. *lib. 15. obſer. c. 30.* Hoc ipſum tamen quod dicimus, Principem eſſe ſupra leges, ſic intelligi volumus vt ſit ſupra leges ciuiles, non etiam ſupra eas quæ ſint iuris naturalis, aut gentium. Neque enim populus lege Regia potuit transferre in Principem plus iuris, quàm ipſe populus haberet ſuo iure: *vulg. l. nemo plus iuris, 54. De reg. iur.* Nunquam autem licuit populo naturale ius, aut gentium violare: *§. vlt. Inſt. hoc tit.* Ex quo infero nullam eſſe in Principe quamuis ſupremo, ſi non etiam tyranno, abſolutam poteſtatem, per quam poſſit eam rem, quæ tua ſit iure gentium, tibi inuito auferre pro arbitrio. Nec ſi pro pretio tibi offerat duplum, aut triplum iuſtæ æſtimationis; quoniam id & naturali, & gentium iuri repugnat: *l. ex hoc iure, D. de iuſt. & iur. l. id quod noſtrum eſt 11. De reg. iur l. nec quaſi 70. D. de rei vindic. l. non enim 9. D. rer. amot.* Niſi fortaſſe ex cauſa publicæ vtilitatis, cui aliter proſpici non poſſit. Perpetua enim, & ſine exceptione eſt illa lex duodecim Tabularũ, *Salus populi ſuprema lex eſto.* Itaque numquam probaui diſtinctionem iſtam Interpretum, qui duplicem in Principe volunt eſſe poteſtatem; Abſolutam vnam, ordinariam alteram: de quo iam aliquid ſcripſimus ad *Princip. 2 in fin. ſup. tit. prox.* & alibi fuſiùs ſcribemus. Huc refero *l. 2. C. de precib. Imp. offer.* de qua ſcripſi *in Decad. De error. pragmat.*

Non poteſt fieri per leg. neque per ſtatutũ vt quis ſemel hæres, deſinat hæres eſſe.

leg. Princeps 31. ff. de leg. l. ex imperfecto 13. De legat. 3.

Princeps non eſt ſupra ius naturale, aut gentium.

De poteſtate abſoluta.

Salus populi ſuprema lex.

ILLATIO III.

De poteſtate legis condendæ.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt hodie ſolus Imperator condendæ legis poteſtatem habeat, quemadmodum ſcribit Iuſtin. *in l. vlt. C. de legib.* ſicut & olim penes ſolum populum ea poteſtas erat. Item vt ſolius Principis ſit leges interpretari, quoniam eius eſt interpretari, qui vel legem condidit, vel poteſt condere, aut abrogare. Princeps ſolus hodie leges abrogare poteſt, nec tantùm à populo latas, ſed etiam à ſeipſo. Id enim eſt, quod generaliter Modeſt. ſcribit *in l. vlt. ff. de conſt. Princ.* conſtitutiones tempore poſteriores, potiores eſſe iis, quæ ipſas præceſſerunt. Quod & cæteris legib. omnib. commune eſt, vt poſteriores derogent prioribus. *l. 1 ff. ad leg. Aquil. l. 1. ff ad leg. falc. l. 1. § ſi ſerui, ff. de quaeſt.* ſicut & in conuentionibus euenit, *l. pacta nouiſſima 12. C. de pact.* Denique ſolus Imperator hodie, tam conditor, quàm interpres legum iure exiſtimandus eſt; vt ait Iuſtin. *in d. l. vlt.* Cui conuenit quod Conſtantin. iam ante Iuſtinianum reſcripſerat, inter æquitatem, iuſque interpoſitam interpretationem ſoli Imperatori & oportere, & licere inſpicere: *l. 1. eod.* Et quod Impp. Leo & Zeno *in l. cùm de nouo 11. C. eo. Cùm de nouo iure,* inquiunt, *quod inueterato vſu non adhuc ſtabilitum eſt, dubitatio emergit, neceſſaria eſt tam ſuggeſtio iudicantis, quàm ſententiæ Principalis auctoritas.* Id eſt, Princeps à iudice conſulendus & adeundus eſt, qui nouum ius faciat: *l. itaque 27. iunct. § vlt. l. praeced. ff. de fide. lib.* An ergo Senatuſconſulta non habebunt hodie legis autoritatem? Imò habebunt, quia ſicuti vice populi olim conſulebatur Senatus, *§. Senatuſconſultum, h. t.* ita & hodie ipſius Principis vice conſuli intelligitur: *l. vnic. C. de Senatuſc.* vbi extat Impp. conſtitutio ad Senatum, quæ vult Senatuſconſultorum vſque adeò perpetuam eſſe firmitatem, vt ſi quiſquam ſpeciali ſupplicatione eliciendum aliquod reſcriptum tentauerit, vt tranſire ei formam liceat ſtatutorum, tertia patrimonij parte mulctari, & damnatus ambitus crimine infamis manere iubeatur. Quinetiam, quod amplius eſt, noluerunt Impp. quicquam legibus ſuis ineſſe ponderis & autoritatis, niſi à Senatu primum eſſent confirmatæ: *l. humanam 8.* vbi eſt tex. perelegans *C. de leg.* Eſt enim Senatus, pars corporis Imperatoris, *l. quiſquis 5. C. ad leg. Iul. maieſt.* ſicut & contra Imperator pars eſt corporis & ordinis Senatorij: *l. ius Senatorum 8. C. de dign. lib. 12.* Sed neque ex eo quod diximus, ſolius Principis eſſe leges interpretari, poſſis inferre, nullam ergo in eam rem hodie ſupereſſe Prudentum autoritatem. Hanc enim Iuſtinian. exceptam diſertè voluit *in d. l. vlt.* poſtremis illis verbis: *Nihil hac lege derogante veteris iuris conditoribus*: & ſubiecta etiam ratione; *quia & eis hoc maieſtas Imperialis permiſit*, Auguſti ſcilicet Imperatoris, qui, vt maior iuris autoritas haberetur, conſtituit vt Prudentes qui ſtudiorum ſuorum fiduciam haberent, non ſolùm reſpondere de iure poſſent, ſed ex ipſius etiam Imperatoris autoritate reſponderent: vt Pomp. refert *in l. 2. § poſt hunc 47. verſ. & vt obiter, de orig. iur.* & conſequenter vt ex Imperatoris autoritate iura interpretarentur. Nimirum quatenus iuris iam inducti ratio, legumque latarum tenor & ſententia pateretur. Non

l. vlt. C. de legib.

l. 1. eod. l. cùm de nouo 11. C. de leg.

Non etiam vt ſupplere quicquam poſſent, aut nouum ius facere: *d. l. cum de nouo*, ne quidem ſub prætextu æquitatis, ſi quando æquitas à iuris ſcripti verbis & ſententia diſſideret: *d. l. 1. eod. tit.*

ILLATIO IV.

De reſcriptis Principalibus contra ius impetratis.

l. reſcripta 7. C. de precib. Imp. offer. l. vlt. C. ſi contr. ius vel vtil. public. leg. 2. C. de man. Princ.

QVartò ex eodem Principio fit, vt vniuerſa Principis reſcripta contra ius elicita, vel contra publicam vtilitatem; à iudicibus omnibus refutari, negligíque, ipſis etiam Imperatorum conſtitutionibus iubeantur: *l. 3. l. reſcripta 7. C. de precib. Imp. offer. l. vlt. C. ſi contr. ius vel vtil. public.* Credibile namque eſt, populum, cuius iure & poteſtate Princeps vtitur, numquam tale quid ſanciturum fuiſſe, quod non ſolùm generali iuri, ſed etiam publicæ vtilitati repugnaret. Id verò à Principe tanto alienius eſt, quod ipſius auctoritas non iam à populo dependet, ſed à iuris authoritate: *d. l. digna vox 4. C. de legib.* facit *l. 2. C. de mand. Princip.* ibi, *aut aliquid diuerſum iudicari ab iis quæ apud ipſos fiunt.* Vnde fit, vt ſi quando Princeps aliquid iniqui reſcripſerit, alitérve conſtituerit, credendus ſit, vel impetrantis calliditate & mendaciis deceptus fuiſſe, vel importunis precibus adactus, potiùs quàm proprio & ſpontaneo motu ad id reſcribendum inductus. De Principis enim erga ſubditos ſuos pietate & iuſtitia, benignè ſemper quantum fieri poteſt ſuſpicandum eſt, ne cuiquam facere iniuriam voluiſſe exiſtimetur, vt ſcripſimus *ad Princip. 2. ſup. tit. prox. ad fin.* Inde fit vt ſiue Principi obreptum ſit, tacita ſcilicet veritate; ſiue ſubreptum, id eſt, expreſſo mendacio, non ſolùm reſcripti fructu carere impetrans debeat; *l. 2. C. de leg. l. vlt. C. de precib. Imp. offer. l. 2. 3. & 4. C. ſi contr. ius vel vtil. publ. l. vniuerſa 7. C. de diuerſ. reſcript.* ſed etiam puniri debeat mendacium, ſi nimia mentientis improbitas inueniatur; etiamſi alioqui legibus conſentaneum ſit reſcriptum: inquit *lex, etſi legibus 5. C. ſi contra ius vel vtil. publ.* Planè ſi leue mendacium ſit, quo etiam tacito non eo minùs, nec difficilius fuerit Princeps idem reſcripturus; aliud eſt, quia non poteſt videri dolo malo fuiſſe mentitus, nec animo decipiendi Principis qui tale mendacium expreſſit. Sicut nec is qui non omnia expreſſit, quæ exprimi potuerunt; ſi non conſulto quid tacuerit ex iis, quæ expreſſa potuiſſent Principem à concedendo reſcripto prorſus reuocare, vel eum reddere difficiliorem: *l. 1. eod. tit.* Inde etiam eſt, quod à conceſſione reſcripti appellari non poteſt: *l. ne cauſas 15. C. de appell.* quoniam qui appellat, de iniquitate conqueritur: *l. 1. ff. eod. leg. præfecti 17. ff. de minor.* Sacrilegij autem inſtar eſt, de Principis aut æquitate, aut poteſtate dubitare: *l. ſacrilegij 5. C. de diuerſ. reſcript.* iunct. *l. 4. C. de emancip. liber.* Quid ergo? An appellationis auxilium ei denegabitur? Minimè. Appellari enim poteſt: *l. 2. C. de appellat. l. 1. §. 1. ff. eod.* Sed ab interpretatione, aut ab executione, non à conceſſione. Ita ex pragmaticorum Gallorum ſententia, Gothofr. *ad l. 2. C. ſi contr. ius vel. vtil. pub.* vide text. elegantem in *leg. 1. verſic. quid ergo eſt: ff. quand. app. ſit & intr. quæ ſemp.* Item per viam exceptionis poteſt impugnari reſcriptum ad falſas preces conceſſum, *d. l. 2.* Facit enim vitium obreptionis, aut ſubreptionis; vt qui habet reſcriptum à Principe, non idcirco cenſeatur habere ipſius voluntatem. Siquidem voluntas Principis aliquid concedentis, tacitam conditionem illam ſemper habet, *Si preces veritate nitantur: d. leg. vniuerſa 7. C. de diuerſ. reſcript.* cùm ex facto ius oriatur, & conſequenter ad propoſitam facti ſpeciem ſemper accommodetur: *l. ſi ex plagis 52. §. clino, ff. ad leg. Aquil. l. vt reſponſum 15. C. de tranſact.* Quæ ratio facit vt non aliud dicendum ſit ſi Prætori obreptum proponatur: *leg. 1. §. 1. l. 5. §. penult. ff. de reb. cor. qui ſub tutel. l. tres tutores 55. §. vlt. ff. de admin. tut.* aut etiam iudici, cuius religio falſis allegationibus, aut teſtibus, aut inſtrumentis ſit circumuenta: *l. Diuus 33. ff. de re iudic. l. 2. & vlt. C. ſi ex falſ. inſtrum.*

De vitio obreptionis, & ſubreptionis.

CONFVTATIO I.

De iniquitate reſcriptorum, conſtitutionum, & edictorum.

ERgo contra hoc Principium peccant Principes, quotquot aut reſcriptis, aut conſtitutionibus ſuis & edictis generalibus id agunt, vt contra publicam vtilitatem nouum ius inducant; ex quo vel vniuerſus populus, vel ex populo aliquis, vel vnus damnum & iniuriam ſenſurus ſit. Abuti enim illud eſt, non vti ea poteſtate, quam populus lege Regia à ſe abdicatam, & in Principem tranſlatam voluit. Neque enim vnquam populus aut ſibi ipſi, aut alicui ex ſuis ciuibus iniurioſum ius induxiſſet. Vix tamen Princeps quiſquam credendus eſt ea eſſe voluntate, vt iniquum aliquid ſciens ſtatuat, vt ſupra diximus.

CONFVTATIO II.

De poteſtate abſoluta.

PEccant etiam Interpretes, qui Principi duplicem poteſtatem tribuunt, vt iam diximus. Ordinariam vnam, & abſolutam alteram: hanc appellantes, per quam liceat ei facere quicquid velit, & illa etiam quæ à gentium adeóque naturali iure abhorreant. Qua diſtinctione, ſi vera eſt, id aſſequuntur, vt nulla iam diſtinctio ſit inter Principem bonum, & tyrannum, quemadmodum à recentioribus pleriſque rectè, ac verè diſputatum eſt, qui iſtam plenitudinem poteſtatis, non inſulsè *plenitudinem tempeſtatis* appellarunt. Non enim populus ſuam poteſtatem, ſuúmque imperium tranſtuliſſet in Principem, ſi non exiſtimaſſet Principem ea ipſa conſtituturum, quæ populus ipſe pro publica vtilitate fuerat conſtituturus. Exemplo eius, quod de Præfectorum prætorio dignitate, & authoritate ſcribit Iurec. *in leg. vnic. §. his cunabulis, De off. præf. præt.* vbi ait noluiſſe Principem appellari poſſe à Præfectis prætorio, propterea quòd credidit eos, qui ob ſingularem induſtriam, explorata eorum fide & grauitate, ad huius officij magnitudinem adhibentur, non aliter iudicaturos eſſe pro ſapientia, ac luce dignitatis ſuæ, quam ipſe foret iudicaturus.

Poteſtas boni Principis abſoluta. quam vocant, nulla eſt.

CONFV

CONFVTATIO III.

De clauſula, Motu proprio.

De vitiis obreptionis & ſubreptionis.

PEccarunt denique cuntta hoc Principium illi, qui primi clauſulam, *Motu proprio*, in reſcripta Principum inuexerunt, ne obiiciendæ ſubreptionis, vel obreptionis periculo ſubiacerent. Tritum enim eſt, eàm huius clauſulæ vim eſſe, vt tollat omne vitium obreptionis aut ſubreptionis: quaſi non poſſit videri Princeps alieno mendacio deceptus fuiſſe, motúſque ad concedendum id quod proprio motu conceſſerit. Et tamen nihil eſt frequentius, quàm vt in iis etiam reſcriptis, quæ ad importunas mendacis impetrantis preces conceduntur, clauſula iſta inſeratur; maximè vero in Pontificum reſcriptis; etſi nec Imperatoribus noſtris incognitum id fuiſſe, conſtat ex *l. 3. C. de legib.* in illis verbis; *Siue eas nobis ſpontaneus motus ingeſſerit, ſiue precatio, ſiue relatio, vel lis mota legis occaſionem poſtulaueris.* Inde eſt quod apud nos in reſcriptis ordinariis: in parua (vt vocant) Cancellaria obtinendis, nunquam clauſula hæc inſeritur; vt ei contra quem reſcriptum impetratur, ſalua ſit mendaciorum præſcriptio; quomodo loquitur *l. 2. C. ſi contr. ius vel vtil. publ.* quam & aduerſus ea reſcripta, quibus Princeps ipſe ſubſcripſerit opponi poſſe, Principes noſtri optimi, iuriſque religioſiſſimi voluerunt. Sed neque huic clauſulæ multum tribuere ſolet Senatus noſter, quoties eam calliditate impetrantis, potiùs quàm ſpontanea Principis voluntate inſertam videt. Ac ſanè, ſicuti quod à populo decepto conſtitutum eſſet, ratum haberi non deberet, niſi concurrente fauore publicæ vtilitatis; vt in *l. 3. de offic. Prat.* ita nec quod à Principe: quia decepti Principis, & conſequenter errantis voluntas nulla eſt: *l. ſi per errorem 15. De iuriſd. l. nihil 116. §. vlt. De reg. iur.*

l. 2. C. ſi cont. ius vel vtil. publ.

PRINCIPIVM IX.

De reſponſis Prudentum.

Poteſtas boni Principis abſoluta, quam vocant, nulla eſt.

ANtiquitus conſtitutum fuit, vt eſſent qui iura publicè interpretarentur, quibus à Cæſare ius reſpondendi datum eſt, qui Iureconſulti appellabantur; quorum omnium ſententiæ & opiniones eam autoritatem tenebant, vt iudici recedere ab eorum reſponſo non liceret, quemadmodum eſt conſtitutum. Ita Iuſtinianus *in §. reſponſa, hoc tit.* Quod tamen non ita accipiendum eſt, quaſi longo ante Cæſares tempore, nullus fuerit in ciuitate vſus Prudentum, nulláve ipſorum autoritas. Refert enim Pomponius *in l. 2. §. his legibus latis 5. De orig. iur.* ſtatim poſt latas leges, vt naturaliter euenire ſolet, cœpiſſe interpretationem legum deſiderare Prudentum autoritatem, neceſſariam eſſe fori diſceptationem: ideóque ius illud quod ſine ſcripto venit, per iuris ſcripti interpretationem compoſitum fuiſſe à Prudentibus, nulláque propria denominatione accepta, communi nomine *ius Ciuile* appellatum eſſe: compoſitas item ab iiſdem Prudentibus actiones legitimas, quibus inter ſe ciues diſceptarent, ne cuilibet ex populo eas pro arbitrio inſtituere liceret. Denique ſi verum eſt, quod

§. reſponſa, hoc tit.

idem Pompon. ſcribit *in d. leg. 2. §. poſt originem 13.* non poſſe ius conſtare, niſi ſit aliquis Iuriſperitus, per quem poſſit quotidie in melius produci, non potuiſſet ius Ciuile in eam dignitatem & amplitudinem creſcere, in qua temporibus Augusti Cæſaris fuit, ſi non maxima iam inde ab initio naſcentis iuris, autoritas Prudentum fuiſſet. Sic igitur accipi debet quod Iuſtinianus ſcribit, vt ab Auguſto longè maior autoritas, quàm anteà eſſet, Prudentum reſponſis acceſſerit; inducto eo, vt non tam ex cauſa propria & priſtina, quàm ex ipſius Cæſaris autoritate de iure reſponderent; teſte eodem Pompon. *in d. l. 2. §. penult. verſ. primus Diuus Auguſtus.* Vnde illud quoque fieri & conſtitui neceſſe fuit, vt ab eorum reſponſis, quæ ſcilicet Imperatoriam autoritatem præ ſe ferebant, recedere iudicibus non liceret.

ILLATIO I.

De iis quæ iure ciuili recepta ſunt ex Prudentum interpretatione.

EX hoc Principio fit, vt tam multa in iure noſtro habeamus, quæ iuris ciuilis eſſe dicuntur, nec tamen ad populi Romani leges, aut ad plebiſcita, aut ad Senatuſconſulta, vel Principum conſtitutiones referri poſſunt. Omnia enim eiuſmodi referenda ſunt ad Prudentum interpretationem. Quale ius illud eſt, De ſuis hæredibus neceſſariò inſtituendis vel exhæredandis: De ſolennitatibus teſtamentorum, ſiue in ſcriptis, ſiue per nuncupationem: De querela, ni fallor, in officioſi teſtamenti; licèt eam Iacobus Cuiacius acceptam referat legi Gliciæ, ſatis leui argumento, vt ſuo loco dicemus. Denique ea omnia, de quibus neque lex lata extat, neque plebiſcitum, neque Senatuſconſultum, neque conſtitutio Principis, neque edictum Prætoris, aut Ædilis, non ad aliam iuris partem referri poſſunt, quàm ad hanc, quæ vna ſupereſt; quæque conſtat ex Prudentum ad alias iuris ciuilis partes interpretatione. Idque minùs mirabitur, quiſquis conſiderabit quod ex Pomponio proximè diximus, tantæ autoritatis eſſe hanc iuris partem, vt ſola retinuerit generale ac commune nomen *iuris Ciuilis*.

Prudentum interpretatio retinuit nomen generale Iuris Ciuilis.

ILLATIO II.

Prudentes interpretari tantùm poſſe, non ſupplere.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt ſi quando ſupplendum aliquid ſit ſiue in lege, ſiue in Senatuſconſulto, ſiue in edicto, ſiue denique in hominum contractibus, aut vltimis voluntatibus; manca in eo ſit autoritas Prudentum: quibus ſcilicet datum eſt ius duntaxat interpretandi, non etiam ſupplendi. Proinde fuit ſemper illis caſibus neceſſaria autoritas, & conſtitutio Imperatoris, vt in ſpecie *leg. commodiſſimè 10. ff. de lib. & poſt.* inſt. *l. vlt. C. poſt. hered. inſt. leg. 4. De vulg. & pup. ſubſt. leg. vnum ex familia 67. §. vlt. de leg. 2. leg. qui filium 74. ff. ad SC. Treb.* aut Senatus, vt in *leg. ex facto 17. eod. leg. filiusfamilias 114. §. vt quis hæredem, de leg. 1.* Extántque alia innumera in libris noſtris huius rei exempla. Longè namque aliud eſt interpretari, aliud

ſupplere: *l.Gallus* 29. *§. videndum, De lib. & poſt.* Interpretatio naſcitur ex verborum conceptione, *d. leg. Gallus*, §. 1. ſuppletio ex verborum defectu. Interpretatio eſt iuris, ſuppletio facti. De iure autem duntaxat reſpondendi ius datum eſt Iureconſultis, vt ſcripſi *ad Princip. 2.tit. praced. illat. 7.*

ILLATIO III.

De autoritate veterum Prudentum, non etiam Interpretum iuris.

TErtiò ex hoc eodem Principio fit, vt in decidendis iis quæſtionibus, in quibus expreſſam habeamus, aut ſaltem non obſcuram Papiniani, vel alterius cuiuſpiam ex veteribus autoritatem; parum curare debeamus quid Bartol. quid Baldus, aliique minorum gentium Interpretes ſenſerint. Quod enim antiquorum illorum Prudentum reſponſis priuilegium datum eſt, vt ab iis recedere iudici non liceret, tantum abeſt vt aliqua conſtitutione abrogatum ſit, vt è contratio fuerit confirmatum; cùm à cæteris omnibus Imperatorib. qui Auguſtum ſecuti ſunt, tum maximè à Iuſtiniano in conſtitutionibus *De concept. De confirm. Digeſt. & in d. l. vlt. C. de legib.* Hoc etiam expreſſum addito, vt quicquid ex Prudentum reſponſis in Pandectas relatum eſt, pro eo habeatur, ac ſi ex Iuſtiniani ore profectum eſſet. Interpretibus verò, ne mentiar, ſi generaliter dicam Prudentibus noſtri temporis, tale priuilegium nullum vnquam datum eſt. Imo expreſſim prohibitum à Iuſtiniano, ne ſuis commentariis & interpretationibus adeò præclara illa Prudentum veterum reſponſa obſcurent & deforment. In quo ſi boni Imperatoris voluntati paritum fuiſſet, non ea nunc difficultatum & errorum, nedum librorum mole, qua miſerè premitur, ius noſtrum laboraret.

CONFVTATIO I.

De iis, quæ Interpretes prætextu æquitatis contra ius induxerunt.

ITaque peccant contra hoc Principium Interpretes noſtri, quoties aut manifeſta iuris ignoratione, qua nihil apud eos frequentius, aut etiam neſcio cuius æquitatis commentitiæ prætextu, non erubeſcunt reſpondere contrà quàm à veteribus iuris conditoribus reſponſum fuerit; quaſi meliores ant iuris, aut æquitatis magiſtri, & Prudentibus ipſis prudentiores.

CONFVTATIO II.

De iis, quæ paſſim Doctores ſupplent in legibus, contractibus, & teſtamentis interpretandis.

IIdem peccant etiam, quoties ſiue de legum, ſiue de contractuum, aut vltimarum voluntatum interpretatione agitur, tantùm ſibi adrogant, vt audeant ſupplere: nunc inducendo vtilem actionem, vbi vel nullam, vel aliam dant Iureconſulti; vt in ſpecie *leg. ita tamen 27. §. ſi ex Trebelliano*, iunct. *leg. deducta 58. in princ. ff. ad SC. Trebell.* nunc inducendo fideicommiſſum, etiam vbi nulla ſunt verba fideicommiſſi, putà liberis in nuda fideicommiſſi conditione poſitis, præſertim ſi adſint vel minimæ coniecturæ voluntatis; vt tractant illi *ad l. 1. C. de pact.* In quibus omnibus, & aliis ſimilibus agunt ſanè Principes & Imperatores, potiùs quam Interpretes iuris.

CONFVTATIO III.

De iudicibus, qui pro communi opinione contra leges iudicant.

SEd peccant etiam, & multò periculoſiùs iudices illi, qui eò vſque deuenerunt vel dementiæ, vel ignorantiæ, vt Prudentum reſponſa in iudicando & conſulendo non magis curent, quàm ſi nulla extarent, inque vno eo labore, vt quænam hodie apud Interpretes receptior opinio ſit, inueſtigent; eámque paſſim ſine delectu iudicio vllo ſequantur, quaſi & ipſi iudicio careant; nec vlla vel iuris ratione, vel Prudentum autoritate reuocari poſſunt, ac perſuaderi vt iudicent, vel conſulant ex iuris arte.

PRINCIPIVM X.

De iure prætorio.

IVS prætorium eſt, quod Prætores introduxerunt, adiuuandi, vel ſupplendi, vel corrigendi iuris ciuilis gratia propter publicam vtilitatem: quod & honorarium dicitur, ab honore, & ad honorem Prætorum ſic nominatum: Cuius & portio quædam eſt Ædilitium edictum. Ita Papinianus *in leg. ius autem 7. §. ius prætorium, De iuſtit. & iur.* & poſt eum Iuſtinianus in *§. prætorium.* Dicimus autem poſtremo loco de iure prætorio, quia licèt fuerit anterius Principum conſtitutionibus, de quibus iam diximus, nec minùs ad edictum Prætoris, quàm ad alias iuris noſtri partes, accommodata & neceſſaria fuerit interpretatio Prudentum; ſequimur tamen libenter Papinianum, qui in *dict. l. ius autem*, non enumerat ius Prætorium inter cæteras partes iuris ciuilis, ſed de eo ſeparatim tractat, quaſi diuerſum quidpiam ſit, iuris ciuilis adiuuandi, vel ſupplendi, vel corrigendi potiùs, quàm conſtituendi gratia introductum; licèt Iuſtinianus ſumpto largiùs iuris ciuilis nomine, ius hoc Prætorium faciat partem iuris ciuilis, vt diximus *Princip. 6. ſupr. eod. verſic. in ſuperioribus.* Obſeruandum autem eſt ſic loqui Iuſtinianum, vt dicat, Prætorum edicta non minimam obtinere iuris autoritatem, quaſi non tam ius verè faciant, quàm iuris poteſtate & autoritate cenſeantur, in eóque differant à Senatuſconſultis. Non enim ambigitur Senatum ius facere poſſe; *l. non ambigitur 9. ff. de legib.* Huiúſque inter Senatuſconſulta, & Prætorum edicta diſſimilitudinis ratio duplex fuiſſe videtur. Vna, quod quamuis ſolius populi eſſet legem facere, Senatus tamen vice populi conſulebatur, tanquam populi vices gerens. Itaque nihil prohibeat, quominùs ſalua populi maieſtate

l. ius autem 7. §. ius prætorium, ff. de iuſt. & iur. § prætorium, hoc tit.

Cur minoris poteſtatis fuerint edicta prætorum quàm ſenatuſconſulta.

maieſtate vim legis obtinere quicquid à Senatu decretum eſſet. Prætor autem quamuis eſſet magiſtratus populi Romani, nulla tamen lege poteſtatem habebat à populo iuris conſtituendi, neque in reddendo iure vice populi fungebatur, ſed tantum iure magiſtratus & propter vim imperij ſui, vt loquitur Paulus in *l. cùm prætor.* 12. §. 1. *ff. de iudic.* more denique, vt eadem lex ait, potiùs quàm iure proponebat edictum, cui nihil erat quod auctoritatem præſtaret præter honorem ipſum prætoris. Vnde & honorarium appellatum hoc ius fuiſſe ait Iuſtinianus, *quod*, inquit, *qui honores gerunt, id eſt magiſtratus auctoritatem huic iuri dederunt.* Quod perinde eſt ac ſi diceret honorarium appellatum ab honore magiſtratuum, licèt Papinianus paulo aliter, dictum ſic velit ad honorem prætorum. Altera ratio fuit, quod ſicut prætores aliique Romani magiſtratus erant ab initio annui, ita & eorum edicta annua, vnde & annales actiones omnes prætoriæ, annalia item interdicta omnia, tanquam quæ ex prætoris edicto annuo proficiſcerentur. Propter quam cauſam in omnibus ferè edicti partibus videas adiecta illa verba *intra annum*, ad differentias actionum ciuilium quæ ex legibus & Senatuſconſultis competentes, erant vt plurimum perpetuæ, non annales, ante conſtitutiones poſteriorum Imperatorum, quæ ex perpetuis fecerunt tricenarias vel quadragenarias, vt dicemus ad *tit. De perpet.& tempor. action.* Populus enim fuit perpetuus, itémque Senatus, licèt compoſitus ex indiuiduis non perpetuis, vt eleganter, & ſubtiliter philoſophatur Iurec. *in l. proponebatur 76 ff. de iudic.* Adeò autem iura quæ prætores reddebant, erant annua, vt etiam factis perpetuis magiſtratibus, compoſitóque per Saluium Iulianum edicto perpetuo, temporibus iuſſúque Diui Hadriani, nihilominùs manſerint annales actiones prætoriæ, & annalia interdicta. Atqui ex natura iuris eſt vt ſui natura ſit perpetuum, & quod ſemel ius fuit, nunquam ius eſſe deſinat, quovſque ſaltem iure aliquo contrario fuerit abrogatum. Iura enim generaliter conſtituenda ſunt: *l. iura* 8. *ff. de leg.* Generaliter, inquam, non ſolùm ratione perſonarum, id eſt, ita vt non in ſingulas perſonas conſtituantur, ſed etiam ratione temporis, id eſt vt nullo certo tempore concludantur. Tempus enim ſicut non eſt modus tollendæ obligationis, *l. obligationum ferè* 44. §. *placet, De obl. & act.* ita nec tollendi iuris. Alioqui cùm obligatio ſit iuris vinculum, §. 1. *inf. eod. ti.* tempus tolleret obligationem, ſi ius tollere poſſet; nec alia ratio eſt propter quam non ſit modus tollendæ obligationis, quàm quia ius tollere non poſſit. Hodie ſanè facto perpetuo edicto Prætoris, non eſt dubitandum quin edictum ius faciat verè, tanquam quod auctoritatem iam habeat, non ab honore Prætoris, ſed ab auctoritate Imperatoris Hadriani, itémque Iuſtiniani, qui corpus hoc iuris ciuilis, quod in Pandectas retulit, conſtare maxima ex parte voluit edicto illo perpetuo Prætoris, Prudentúmque ad illud interpretatione. Nam & ante Hadrianum, licèt potiſſima iuris honorarij auctoritas ex Prætoris honore deſcenderet, vt tamen is honor edicto Prætoris tribueretur, non tantùm ex Magiſtratus dignitate proficiſcebatur. (Ædilium enim dignitas erat perexigua, teſte Cicerone in illo loco, *Ego factus ſum Ædilis*, id eſt paulo plus quàm priuatus: & tamen ius Ædilitium, pars erat iuris honorarij) ſed ex illo etiam maximè, quòd in edictis illis proponendis ad ius Ciuile vel adiuuandum, vel ſupplendum, vel corrigendum, Prætores nihil aliud quàm naturalem æquitatem, publicámque vtilitatem præ oculis habebant, vt ex continua edicti ſerie perſpici facilè poteſt. Erant enim, & quotidie occurrebant innumera, in quibus mera ratio, rigórque iuris pugnabat cum naturali æquitate, aut in quibus æquitas perεuidens ratione iuris deſtituebatur. Quod cùm eueniebat; alterutrum fieri neceſſe erat, vt vel ſupplendum, aut corrigendum, aut adiuuandum eſſet ius ciuile, vel ſummum ius ſumma fieret iniuria: quod poſtremum à Prætoris, qui iuri dicundo præerat, dignitate alienum videbatur, cùm eſſet ille viua vox iuris ciuilis, vt Pap. ait *in l. nam & ipſum* 8. *de iuſt. & iur.* Illa verò naturalis æquitas, publicáque vtilitas, tùm etiam cùm Prætores erant annui, perpetua tamen erat. Ergo cùm ius omne ex ratione ſemper æſtimandum ſit, vt in ſuperioribus toties diximus, æquum fuit & conueniens, perpetuum ius fieri, quod ſuam ac perpetuam haberet rationem. Tantóque magis hanc auctoritatem iuris ciuilis adiuuandi, vel ſupplendi, vel corrigendi habere Prætores decuit, quòd ea non erat Prudentibus conceſſa, quibus nimirum hoc vnum conceſſum erat, quemadmodum *ad Princip. præcedens* diximus, vt ius ciuile interpretari duntaxat poſſent, non etiam vel corrigere, vel ſupplere. Planè adiuuare potuerunt quantum id fieri poſſet per interpretationem, citra ſuppletionem.

Edicta prætorum annua. (margin)

Ius perpetuum eſt. (margin)

l. obligationũ ferè, 44. § placet, de oblig. & act. (margin)

ILLATIO I.

Prætores neque legem facere potuiſſe, neque ius, quod haberet poteſtatem legis.

EX hoc Principio fit, vt Prætores neque legem facere potuerint, neque tale ius quod legis poteſtatem haberet, quomodo Senatus potuit, quomodo plebs, quomodo ipſi denique Principes, quoniam nihil iuris in eam rem habuerunt à populo, cuius ſolius erat legem condere, aut eam poteſtatem in alium transferre, vel alij communicare. Neque verò neceſſe erat tantam auctoritatem Prætoribus indulgeri (cùm in vrbe eſſet Senatus qui vice populi multò commodiùs, pro P. R. maieſtate honorificentiùs conſuli poſſet) imò nec poſſibile, cùm eſſent illi annui; legem verò, vt diximus perpetuam eſſe oporteret. Inde eſt quod Prætor hæredem facere non potuit: *§. quos autem, Inſtit. de bonor. poſſ.* quia nec dominium, propterea quòd legis poteſtas illa fuit, vt dominium transferre poſſet, quemadmodum docuimus, *ad Princip. 7. illat. 1. ſupr. eod.*

§. quos autem, De bon. poſſ. (margin)

ILLATIO II.

Prætores neque legem, neque ius ciuile tollere potuiſſe.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt Prætores non potuerint legem tollere, aut ius ciuile. Eius ſiquidem eſt tollere, cuius & condere: *l. vlt. C. de legib.* Prætores autem, vt dixi, neque legem, neque ius ciuile condere potuerunt.

l. ius autem, 7 § ius prætorium, De iuſt & iur. (margin)

Digitized by Google

Nec eſt contrarium quod ex Papiniano admiſimus, Prætoribus corrigere ius ciuile licuiſſe: Aliud enim eſt corrigere, aliud tollere. Tollit, qui facit ne ius ſit, quod anteà fuit. Corrigit verò etiam ille, qui ſaluo priſtino iure facit vt ius nouum ſit, quod anteà non fuit. Exempli cauſa; Vocat lex duodecim Tabularum ſuos hæredes duntaxat ad hæreditatem paternam ab inteſtato. De emancipatis nihil dicit; quod ſufficit, ne poſſint illi ſuccedere iure ciuili; cùm non alij ſuccedendi ius habeant, quàm qui habent ex lege. Prætor tamen naturalem æquitatem ſecutus, & ad id reſpiciens, quod emancipati liberi non minùs liberi ſunt natura, quàm ſui hæredes; vocat eos ad bonorum poſſeſſionem ex capite edicti, *ſi tabul. teſtam. null. extab. Vnd. liber.* An idcirco tollit ius ciuile? Minimè; quia non facit vt iure ciuili ſuccedant emancipati. Quid ergo? Corrigit ius ciuile, cùm facit vt qui iure ciuili hæredes eſſe nullomodo poſſunt, iure tamen prætorio fieri poſſint bonorum poſſeſſores. Sic dicimus ſuum hæredem, etiam poſtquàm ſe abſtinuit paterna hæreditate, nihilominùs hæredem remanere: Et tamen dat ei Prætor beneficium abſtentionis. An ergo tollit ius ciuile? Minimè, ſed illud corrigit, vt quamuis ſuus hæres poſt abſtentionem quoque hæres ſit, *l. cùm quaſi* 30. *§. ſed etſi ſuus, de fideic. libert.* effectu tamen ipſo & à Prætore hæredis loco
l. ſi filius 12. *De interr. in iur. fac. l. neceſſariis* 57. *ff. de acq. hær.* — non habetur: *leg. ſi filius* 12. *De interrog. in iur. fac. l. neceſſariis* 57. *De acq. hær.* Denique Prætor nihil fecit, neque facere potuit contra legem, ſed omnia vel cum lege, vel præter legem: *arg. l. iuris gentium* 7. *§. ait prætor, ff. de pact. leg. necnon* 28. *§. quoad eius ff. ex quib. cauſ. maior.* Longè enim aliud eſt, vt alibi ſcripſimus, ſi quid fiat lege non permittente, aliud ſi ea prohibente: *dict. §. quoad eius, l. 1. ff. de manumiſſ.* Nulla autem edicti pars eſt, ex qua ſumi poſſint plura & apertiora exempla eius, quod dicimus, ius Prætorium introductum eſſe adiuuandi, vel ſupplendi, vel corrigendi iuris ciuilis gratia, quàm illa,
Edictū Prætoris De bonor. poſſ. — quæ eſt, *De bonorum poſſeſſionibus.* Nam cùm omnes bonorum poſſeſſiones ſint prætoriæ, ex iis tamen quædam pertinent ad ius ciuile adiuuandum; qualis illa eſt, quæ ritè ſcriptis hæredibus datur *ſecundum tabulas*, aut quæ ſuis hæredibus ab inteſtato, ex capite *Vnde liberi.* Item illaſquæ ex tit. *Vt ex leg. & ſenatuſc.* Quædam ad ius ciuile ſupplendum, vt illa, *Vnde decem perſonæ:* Item, *Vnde vir & vxor.* Aliæ denique ad ius ciuile corrigendum & emendandum, vt quæ liberis emancipatis præteritis contra tabulas accommodatur, aut iiſdem ab inteſtato *Vnde liberi*, & aliæ pleræque, de quibus omnibus ſuo loco & tempore dicemus.

ILLATIO III.

De actionibus in factum prætoriis & ſubſidiariis.

TErtiò ex hoc eodem Principio fit, vt actiones pleraſque in factum, & ſubſidiarias Prætores introduxerint; iis nimirum caſibus, quibus actionem dari æquum erat: neque tamen ciuilis aliqua competebat, ſiue quæ proprium nomen haberet, ſiue quæ carens nomine præſcriptis verbis, & in factum ciuilis dici poſſet: *d. l. iuris gentium* 7. *§. 1. verſ. & ideo puto, De pact.* iunct. *l. naturalis* 5. *§. at cùm do. & tot. tit. ff. de præſcript. verb. l. pater* 10. *§. vlt. de capt. & poſtlim.* Sic enim adiuuandi & ſupplendi iuris ciuilis gratia fieri neceſſe fuit. Quamquam ſunt etiam actiones quædam in factum prætoriæ, ipſi quoque prætorio iuri ſubſidiariæ, qualis illa eſt quæ liberis, aut libertis; à parente, aut patrono deceptis accommodatur, in locum actionis De dolo: *l. non debet* 11. *in fin. D. de dolo: l. ſi ſuperſtite* 5. *C. eod.* nam & actio ipſa de dolo prætoria eſt, *l. 1. eod. ff.* aut in locum interdicti, quod atrocitatem facinoris in ſe habeat, vt in *l. 1. §. interdictum hoc* 43. *De vi & vi armat.* licèt nulla interdicta ſint famoſa, *l. ceſſat* 36. *de oblig. l. neque* 13. *& vi & vi arm.*

ILLATIO IV.

Ius prætorium viuam eſſe vocem iuris ciuilis.

QVartò ex eodem Principio fit, vt ius honorarium dicatur viua vox iuris ciuilis, *l. nam & ipſum* 8. *de inſt. & iur.* Nam cum omne ius — *L. nam & ipſum* 8. *De inſtit. & iur.*
hoc eò ſpectet, vt ius ciuile vel adiuuet, vel ſuppleat vel emendet, idque propter publicam vtilitatem, vt ait Papinianus *in d. l. ius autem* 7. *§. 1. eod.* credibile eſt non aliud Prætorem facere, quàm quod ius ipſum ciuile faceret, ſi loqui poſſet, cùm nihil niſi publicam vtilitatem intueatur. Æſtimatur enim ius ciuile, vt diximus; ex ciuili ratione; ciuilis autem ratio ex populi vtilitate, propter quam ſolam iura omnia ciuilia in vnaquaque ciuitate & Republica condita reperiuntur.

ILLATIO V.

De æquitate qua perpetuò nititur edictum Prætoris.

DEnique ex eodem Principio fit, vt edicta omnia Prætoris æquitate potiſſimùm nitantur, quia non poſſet publicè vtile videri, quod eſſet iniquum. Præſertim cùm illud quoque verùm ſit, quod iam ſæpius monuimus, Legiſlatorem ciuiſem æſtimare æquitatem ex publica vtilitate, vt id duntaxat æquum putet, quod populo vtile & commodum eſſe videatur, etſi paullo pinguiùs æquitatem Prætor conſiderat, eamque æſtimat ex naturali etiam ratione, cum hoc tamen temperamento, ne aliena ſit, à publica vtilitate. Neque enim nouum eſt, vt pro temporum varietate, quod aliquando vtile fuit, poſteà inutile exiſtimetur. Nec rurſus, vt hic Legiſlator à publica vtilitate alienum putet, quod alius vtiliſſimum eſſe putauerit.

Æquitatem Prætor æſtimat ex publica vtilitate, ſicut & ciuilis Legiſlator; ſed paullò pinguius, habito etiam reſpectu ad naturalem rationem.

PRINCIPIVM XI.

De iure non ſcripto.

IVs non ſcriptum eſt, quod in iis, de quibus ſcriptum ius nullum extat, ſolo vſu approbatum, populique moribus veluti tacito quodam ciuium conſenſu introductum fuit. Ita Iuſtinianus in *§. ſine ſcripto, hoc tit.* — *§. ſine ſcripto, hoc tit.*
Dixi *in iis, de quibus ſcriptum ius nullum extat*, poſt Vlpianum in *l. diuturna* 33. *De legib.* vbi ait diuturnam conſuetudinem pro iure & lege obſeruari ſolere

ſolere

ſolere in his demum, quæ non ex ſcripto deſcendunt. Cui ſimiliter Iulianus in *l. de quibus* 32. *eod.* De quibus cauſis, inquit, ſcriptis legibus non vtimur, id cuſtodiri oportet, quod moribus & conſuetudine inductum eſt; vt intelligamus è contrario, in quibus cauſis iure ſcripto vtimur, de moribus & conſuetudine parum aut nihil curandum eſſe; niſi ſcilicet ius ſcriptum tale ſit, quod interpretationem aliquam poſtulet, aut admittat. Quoties enim de interpretatione legis quæritur, in primis inſpiciendum eſt, quo iure ciuitas in eiuſmodi caſibus retro vſa fuerit, *l. ſi de interpretatione* 37. *eod.* vbi additur, *optima enim legum interpres eſt conſuetudo.* Quod & ab Imperatore Seuero reſcriptum fuiſſe refert Calliſtratus in *l. nam Imperator, ſequ.* In ambiguitatibus nimirum, quæ ex legibus proficiſcuntur, conſuetudinem, aut rerum perpetuò ſimiliter iudicatarum autoritatem, vim legis obtinere debere. Sed in iis quæ per ſcriptam legem tam apertè definita ſunt, vt nullus interpretationi locus relinquatur, nulla poteſt vis eſſe conſuetudinis contra legem. Idque eſt quod ait *l. 2. C. quæ ſit long. conſ.* Conſuetudinis, vſúſque longæui non vilem eſſe autoritatem, ſed non vſque adeò ſui valituram momento, vt aut rationem vincat, aut legem. Dixi *ſolo vſu approbatum*, quia licet plerumque contingat, vt ius hoc moris & conſuetudinis in ſcriptura redigatur, quomodo in Gallia ſcriptas legimus conſuetudines Pariſienſes, Burdegalenſes, Borbonienſes, & alias non paucas, & apud nos Auguſtanas; non idem tamen ius ex ſcriptura æſtimatur, ſed ex ſolo vſu. Ideóque perinde ius non ſcriptum rectè dicitur, ac ſi nulla de eo ſcriptura extaret, quia non niſi facilioris probationis gratia ſcriptum intelligitur. Ne alioqui litibus & ſumptibus prouinciales aſſiduè vexari neceſſe eſſet, ſi per teſtes probari oporteret quid eſſet in more & conſuetudine: quomodo apud nos quotidiè vſu venire cernimus, vt ob non ſcriptas conſuetudines, quæ *De tallsabilium*, quos vocant, *ſucceſſionibus*, pro locorum diuerſitate, aliæ atque aliæ ſunt; teſtium fidei rem committi neceſſe ſit, maximóſque in eam rem ſumptus fieri, & quod eſt indignius, aliter atque aliter in iiſdem etiam quæſtionibus per eoſdem iudices iudicari. Deficientibus nimirum in vna lite probationibus, quæ in alia, & inter alias partes, quamuis circa eandem quæſtionem, pleniſſimæ fuerint & exquiſitæ: Iſque ordinarius, & vt ita dicam naturalis ſcripturæ effectus eſt, vt ad probationem: futurámque rei memoriam proſit, adeóque neceſſaria eſſe exiſtimetur: *l. 4. D. de pignor. l. 4. D. de fid. inſtrum.* Diximus ſuprà *ad Princip. tit. 1. poſt illat. vlt. verſ. contra hoc Principium*, vbi tractauimus de æquitate ſcripta, & non ſcripta. In ſumma, ius hoc non ſcriptum, ſi quando ſcriptum ſit, non ideo ius eſt, quia ita ſcriptum eſt; ſed ex contrario ita ſcriptum eſt, quia priùs etiam quàm ſcriberetur, tale ius fuit, neque vnquam ex ſcripto æſtimatur, quomodo ius, quod ſcriptum eſt: *l. proſpexit 12. D. qui, & à quib. manum.* Atque ita accipi debet quod Paulus ſcribit in *l. imò magna 36. De legib.* quantæ autoritatis ſit hoc ius non ſcriptum, ex eo apparere, quod in tantum probatum eſt, vt non fuerit neceſſe ſcripto id comprehendere. Ita ſignificans. Non eſſe neceſſariam ſcripturam ad ius conſtituendum, quamuis poſſit eſſe vtilis & neceſſaria ad probandum faciliùs, quodnam, & quale ius fuerit vſu & conſuetudine receptum.

L. ſi de interpretatione 37. eod.

L. nam Imperator 38. eod.

... nam & ...ſum 8. De ...ſtit. & iur.

Ius non ſcriptum dicitur etiam, poſtquam ſcriptū fuit.

Æquitatem ...rator ...at ex publi... vtilitate, ...icut & ciui... Legiſlator ...d paulò ...unquam, ho... etiam ...ctu ad na... turalem ra... tionem.

... non ſcri... hoc tit.

Quod tamen dicimus *ſolo vſu approbatum*, caue ne ſic intelligas, vt ad hoc ius inducendum ſolus vſus ſufficiat. Nam illud etiam neceſſe eſt, vt vſui & conſuetudini ratio aliqua cauſam dederit: *l. 1. verſ. nam & conſuetudo præcedens, & ratio quæ conſuetudinem ſuaſit, cuſtodienda eſt: Cod. quæ ſit long. conſuet.* Cùm enim ius omne ex ratione æſtimetur vt diximus ad *Princip. 1. tit. præced.* non magis fieri poteſt, vt ius non ſcriptum ſit ſine ratione, quàm quod ſcriptum eſt, cùm æquè ius ſit. Imò hoc plus eſt in iure non ſcripto, quod cùm ſcripturam nullam habeat, ex qua poſſit autoritatem accipere, neceſſe omnino eſt, vt autoritatem accipiat ex ratione. Et ſanè vix, at ne vix quidem reperias ius aliquod non ſcriptum & conſuetudinarium, cuius non aliqua probabilis ratio reddi poſſit; niſi proponas, quod euenit aliquando, errore aliquo inductam conſuetudinem fuiſſe: quo caſu ne ius quidem dicendum eſt; & quamuis obtinuerit in caſibus præteritis, in futurum tamen obtinere non debet, ideſt, ne quidem in ſimilibus cauſis; vt Celſus ſcribit in *leg. quod non ratione 39. De legib.* Nempe quia ius non facit. Quod in iure ſcripto diuerſum eſt. Habet enim ſcripturam, ex qua poteſt autoritatem accipere, tùm etiam cùm nulla probabilis eius ratio adferri poteſt. Itaque ad ius ſcriptum duntaxat, non etiam ad non ſcriptum pertinet: quod ait Iulianus in *l. non omnium 20. D. eod. Non omnium quæ à Maioribus conſtituta fuerunt, rationem reddi poſſe.* Ius enim conſtitutum, illud eſt, quod ſcriptum eſt; quod non ſcriptum eſt, non conſtitutum eſt, receptum eſt & introductum. Eóque reſpexit Conſtantinus in *d. leg. 2. C. quæ ſit long. conſ.* iis verbis, *vt aut rationem vincat, aut legem.* Duo enim tantùm ſunt, quæ conſuetudini opponi poſſint, *lex & ratio.* Lex, in his quæ ex legibus deſcendunt, aut ex alia iuris ſcripti parte quæ legum poteſtate & autoritate cenſeatur. Ratio, in his de quibus ius ſcriptum nullum eſt. Proinde ita demum valere poteſt conſuetudo, & ius facere, ſi neque iuri ſcripto repugnet, neque rationi. Propter quam etiam cauſam videtur Tertull. *in libr. De coron. milit.* ſcripſiſſe, conſuetudinem dici interpretem rationis; vt oſtenderet neque ſine ratione conſuetudinem eſſe poſſe, neque rationem deſuetudine vlla abrogari.

L. quod non ratione 39. D. de legib.

L. non omnium 20. eod.

Sequitur in Principio noſtro, *populi moribus*, quoniam in conſuetudine inducenda, non huius, & illius, vel hominis, vel etiam ordinis morem inſpicere debemus, ſed totius populi vſum, eúmque colligere ex illis, quæ non ſemel aut bis, ſi ſæpius caſus euenerit, ſed quæ frequenter circa eandem rem & controuerſiam obſeruata ſunt: *d. l. 1. C. quæ ſit long. conſuet.* Sed nec frequenter idem obſeruatum fuiſſe ſatis eſt, ſi non etiam tenaciter, vt ait *l. vlt. eod.* ideſt perpetuò ſimiliter: quomodo nec rerum in eadem controuerſia iudicatarum autoritas vlla eſſe poteſt, niſi perpetuò ſimiliter iudicatæ ſint: *l. non Imperator 38. D. de legibus.* Siue quod cùm idem populus nunc ſit, qui fuit ante mille annos, non poſſent videri eiuſdem populi iidem mores, qui hodie diuerſi eſſent ab antiquioribus. *l. proponebatur 76. ff. de iudic.* Siue quòd ea diuerſitas impediat, ne in vllum ius certum conſenſiſſe ciues intelligantur, ex quo tamen tacito ciuium omnium conſenſu totam vim ſuam accipit ius illud, quod nos *non ſcriptum* appellamus, vt mox dicemus. Et in eo errant vulgo ex

L. nam Imperator 38. D. de legib.

Pragmaticis plerique, Conſuetudinem cum præſcriptione iurium confundentes. Alia enim ſunt iura Præſcriptionis, alia Conſuetudinis. *Aliud eſt Conſuetudo. Aliud præſcriptio* Præſcriptio nullum ius acquirit niſi præſcribenti, & in eos duntaxat contra quos præſcriptum fuit, & in tantùm, in quantum poſſedit, vel quaſi. Ideóque ex vno etiam, vel altero actu, ius acquiritur per præſcriptionem, ſi præſcriptionis caſus ſemel tantùm, aut bis euenerit: Conſuetudo verò acquirit ius in vniuerſum omnibus, & contra omnes, in ſuo caſu; quia cùm ſit lex quædam tacita, legem imitatur: *d. l. vlt. C. quæ ſit long. conſ.* lex autem generalis eſſe debet, vt diximus *ad Princip. 7. illat. 4.* quare nec ex vno, vel altero actu conſuetudo conſtituitur; quia nec de iis quæ rarò accidunt, lex fieri ſolet, ſed de iis quæ frequentet: *l. 1. eod* iunct. *l. 3. 4. 5. & 6. ff. de legib.*

Addimus poſtremo loco, *veluti tacito ciuium conſenſu*, quia conſenſus ille tacitus ſolus eſt, qui iuri non ſcripto tantam tribuit autoritatem, vt eleganter Iulianus tractat, *d. l. de quibus 32. §. 1.* *L. de quibus 32. §. 1. D. de legib.* Vbi poſtquàm dixit, inueteratam conſuetudinem pro lege non immeritò cuſtodiri, ídque eſſe ius quod dicitur moribus conſtitutum; rationem ſubiicit in hæc verba: *Nam cùm ipſæ leges non ex alia cauſa nos teneant, quam quòd iudicio populi receptæ ſint, meritò & ea quæ ſine vllo ſcripto populus probauit, tenebunt omnes. Quid enim intereſt*, inquit, *verum ſuffragio populus voluntatem ſuam declarauerit, an rebus ipſis & factis?* Ex quo illud etiam infert, rectiſſimè id quoque receptum eſſe, vt leges non ſolùm ſuffragio Legiſlatoris, ſed etiam tacito conſenſu omnium per deſuetudinem abrogentur. Sic & Hermogenianus in *L. ſed & ea 35. eod.* *l. ſed & ea 35. eod. tit.* ſcribit, ea, quæ longa conſuetudine comprobata ſunt ac per annos plurimos obſeruata, *velut tacitam ciuium conuentionem*, non minùs quàm ea, quæ ſcripta ſunt iura ſeruari. Denique conſenſus ille tacitus cauſa proxima eſt & immediata iuris non ſcripti. Conſuetudo autem quæ non tantùm ex tacito huiuſmodi conſenſu, ſed etiam ex temporis longinquitate, & antiquitate æſtimatur, non tam inducit ius non ſcriptum, quàm illud firmat; vt Modeſtinus loquitur in *l. penult. eod. tit.* illis verb. *aut firmauit conſuetudo.*

ILLATIO I.

De conſuetudine, pro qua nunquam, aut contra quam aliquando iudicatum fuit.

EX hoc Principio fit, vt cùm de inducta conſuetudine probanda quæritur, non ſit neceſſe probare, quòd fuerit illa obſeruata in iudicio contradictorio. Quid enim tantopere certũ ius fuerit, vt de eo nunquam apud iudicem fuerit dubitatum? Quidni maioris autoritatis habebitur conſuetudo, quam in contradictorio iudicio approbata fuiſſet? *arg. d. l. imò magnæ 36. de leg.* Cùm enim verum ſit quòd diximus, hoc ius non ſcriptum ex ſolo populi conſenſu tacito induci; quid cum illo conſenſu habet commune, quòd non etiam interuenerit res iudicata? Et verò alia eſt autoritas conſuetudinis, alia autoritas rerum iudicatarum. Et ponuntur iſta tamquam diuerſa in *d. l. nam imperator 38. eod* Planè ſi de conſuetudine dubitari aliquando contigerit, & ſententiam reddi, plurimùm confert ad firmandam, probandámque conſuetudinem, quod pro ea ſemper, dummodò nunquam contra eam ſit iudicatum; quia non poteſt videri vniuerſus populus eo iure vſus, quod iudices, aliíve Magiſtratus, quorum munus publicum eſt, & autoritas à populo, non putauerint admittendum. Eáque ſententia eſt Vlpiani in *l. cùm de conſuetudine 34. eo.* Neque hîc poteſt illud obiici quod vulgo iactari ſolet, non exemplis iudicandum eſſe, ſed legibus: *l. nemo iudex 13. C. de ſent. & interl. omn. iud. l. ſed licèt 12. ff. de off. præſid. §. vltim. Inſt. de ſatiſd.* Id enim non alio caſu locum habere poteſt, quàm quo lex certa ſit, ſecundum quam iudex iubetur iudicare. Certa autem eſſe non poteſt, niſi vel ſcripta ſit, vel per certam conſuetudinem inducta, quam conſuetudinem vtique probatam eſſe oportet, priùs quàm tacitæ legis autoritate cenſeatur: Nos autem de ea conſuetudine tractamus, de qua dubitari poſſit, an conſuetudo dici debeat, & haberi pro iam recepta: Eóque nimirum caſu, dicimus non indigere quidem conſuetudinem auxilio rerum iudicatarum, ſed tamen multùm ei obſtare, ſi contrà, rerum perpetuò ſimiliter iudicatarum autoritate debilitetur.

ILLATIO II.

De extenſione iuris non ſcripti ad caſus ſimiles.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt ſi qua in re deficiat ius non ſcriptum (ſiquidem non magis conſuetudine, quàm expreſſa lege caſus omnes comprehendi poſſunt) tunc quod proximum & conſequens ei eſt, id accipi debeat, & ſeruari: *d. l. de quibus, in princ.* Nam & idem in lege expreſſa eueniret, vt ad illos etiam caſus, de *l. de quibus 32. ff. de leg.* quibus nullo modo locuta eſſet, ſi tamen expreſſis ſimiles, eandémque rationem habentes proponerentur, ad eos quoque per interpretationem porrigi legem oporteret: *l. & ideò 12. cum duab. ſeqq. ff. de leg.* Planè ſi ne id quidem *l. & ideò 12. cum duab. ſeqq. eod.* appar[illegible]t, quod iuri non ſcripto proximum & conſequens videatur, tunc ius quo vrbs Roma vtitur, ſeruandum erit, inquit Iulianus in *d. leg. de quibus*: nimirum quia ius Romanorum, ius commune eſt populorum omnium qui ſub Romano imperio degunt, niſi quatenus vnaquæque ciuitas proprium aliquod ius ſibi conſtituit, quod dici poſſit ius ciuile proprium ipſius ciuitatis: *§. 1. hoc tit. & l. omnes populi 9. ff. eod.*

De ſtatutis eorúmque poteſtate ac interpretatione.

COnſuetudini comparant vulgo Interpretes ius ſtatutarium, indéque tractant ea demum poſſe induci per ſtatutum quæ & per conſuetudinem, ac contrà. Sed non video cur potiùs lex ſcripta dici ſtatutum non debeat, ſiue à populo factum ſit, qui nulli Principi ſubiectus liberam habeat condendæ legis poteſtatem, ſiue ab eo qui ſit quidem ſub Principe, ſed qui Principe permittente ſtatutum fecerit, aut præcedente permiſſione, aut ſubſecuta, vt plerumque fit, approbatione. In quo igitur differet ſtatutum alicuius ciuitatis à iure ciuili Romanorum? In hoc vno, quod ſtatutum, vt dixi, ius ciuile proprium eſt illius ciuitatis, cuius eſt ſtatutum: Ius autem ciuile Romanorum, ius commune eſt omnium gentium Romano imperio ſubiectárum,

Digitized by Google

rum. Porrò ius proprium cuiuſque ciuitatis potentius eſt quàm ius commune: *leg. prohibere 3. §. planè, ff. quod vi aut clam. leg. vt gradatim. 11. §. etſi lege, De muner. & honor. leg. item eorum 6. in princ. ff. quod cuiuſque vniverſ. nomin.* in eo ſcilicet, in quo ſpecialiter & expreſſim diſponit contra ius commune. Alioqui fauorabilius cenſetur ius commune, vt in dubio, & extra quàm ſtatuti verbis diſertè comprehenſum ſit; non videatur receſſum à iure communi. Sed & in verbis ſtatutorum interpretandis, placet eam ſemper interpretationem capiendam eſſe, quæ à iure communi minùs abhorreat, vt iuri communi quàm minimum fieri poteſt derogetur. Nam & in iis in quibus municipale ius & ſtatutarium conuenit cum communi, placet potiorem eſſe cauſam iuris communis; vt puta ſi, quod in Italia frequentiſſimum eſt, excludantur fœminæ à paterna ſucceſſione propter maſculos: potior quidem erit cauſa iuris municipalis in eo, quod contra ius commune diſponit, vt fœminæ excludantur: ſed tamen non eò minùs eueniet, vt ex iure communi ſuccedant maſculi, fœminis excluſis; quia quod ad maſculos, non eſt iis ablatum ius ſuccedendi ab inteſtato, ex lege duodecim Tabularum, ex qua etiam, vt ſuprà dictum eſt, inducta ſunt iura omnia hæreditatum & ſucceſſionum; idque ita eſſe apparet etiam ex eo, quod illa fœminarum excluſio ſtatutaria, neceſſariam habet tacitam hanc conditionem, *ſi hæreditas iis deferetur*: cùm alioqui fieri nullo modo poſſit vt excludantur, vt tractant noſtri ad *leg. qui ſuperſtitis 94. De acqu. hær.* Ergo ſtatutum non impedit, quominus ex iure communi hæreditas deferatur etiam fœminis, quas excludit. Cur igitur faciet, quominus ex eodem iure communi ſuccedere poſſint maſculi, quorum fauore fœminas excludit? Sed de tota illa quæſtione ſcripſimus commodiùs *in Hemiebolsade, De Error. pragm.* Hæc de iuris tam conſuetudinarij, quàm ſtatutarij poteſtate breuiter dixiſſe ſufficiat; ſi priùs monuerimus vtrumque ius, & ſtatutarium, & conſuetudinarium, municipalis appellatione contineri; tam ſcilicet quod ſcriptum eſt, quàm quod non ſcriptum.

Ius municipale & ſtatutarium potentius eſt cõmuni: ſed commune fauorabilius. Ius ſtatutarium recipit interpretationem ex communi.

l. de quibus 32. ff. de leg.

& ideò 11. in duab. 19. eod.

PRINCIPIVM XII.

De iure non niſi hominum gratia comparato

IVs omne hominum duntaxat gratia comparatum & conſtitutum eſt: *§. vlt. hoc tit. l. 2. ff. de ſtat. hom.* Nam cùm omne ius quo vtimur, vel ad perſonas pertineat, vel ad res, vel ad actiones, *leg. 1. eod. illo tit.* certum eſt, res omnes quæ ſub cœlo ſunt, hominum cauſa eſſe comparatas: *leg. in pecudum 18. in fin. ff. de vſur. leg. vetus quæſtio 68. De vſufr. §. in pecudum 37. infr. De rer. diuiſ.* itémque actiones, quibus ſcilicet inter ſe diſceptarent, inquit *l. 2. §. deinde ex his legibus, De orig. iur.* imò & ipſas perſonas, cùm hominem beneficio affici interſit hominis: *leg. ſi venditor 6. §. 1. De ſer. expert.*

l. 1. ff de ſtat. hom. §. vlt. hoc tit.

ILLATIO I.

EX hoc Principio nata eſt lex illa 12. Tab. *Salus populi ſuprema lex eſto.*

Salus populi ſuprema lex.

ILLATIO II.

INde etiam fit, vt nobilior ſit, ideóque præcedere debeat tractatus De perſonis, quàm de rebus, & actionibus: *d. §. vlt. & d. leg. 2.* ex axiomate illo Philoſophorum, *Propter quod vnumquodque tale, & illud magis.*

ILLATIO III.

INde denique, quod ex conditione perſonarum mutatur conditio bonorum: *leg. per curatorem 90. §. 2. De acq. hær. leg. vlt. Cod. de inoff. teſtam.*

TITVLVS

TITVLVS TERTIVS.

De iure Perſonarum.

PRINCIPIVM I.

Diuiſio ſumma de iure Perſonarum.

l. 3. ff. de ſtat. homin.

SVMMA *de iure perſonarum diuiſio hæc eſt, quòd omnes homines aut liberi ſunt, aut ſerui: l. 3. de ſtat. hom.* & apud Iuſt. *hoc tit.* vbi addit liberos homines dici à libertate. Et conſequenter ſeruos à ſeruitute. Seruitutem verò dictam puto à *ſeruiendo.* Seruire namque, & inſeruire Latinis idem eſt quod prodeſſe; vnde & ſeruitia in *leg. 3. C. de tab. lib. 10. ti. 69.* ſeruire dici poteſt is etiam, qui ſeruus non eſt; quia ſeruire, facti eſt; ſeruum eſſe, iuris: *l. 4. §. Stichus ſi Titio*, vbi Gothof. *De ſtatulib. l. lex quæ tutores 22. verſ. & tolerabilius, C. de adm. tut.* Certum autem eſt iure gentium inductas ſeruitutes, vt hunc victoriæ ſuæ fructum, hanc vtilitatem haberent illi, qui victores remanſiſſent. Etſi non ignoro Florentinum Iurec. *in l. libertas 4. ver. ſerui, eo tit. De ſtat. ho.* putare ſeruos dictos à *ſeruando*, quod Imperatores vendere captiuos, & propter hoc eos ſeruare, nec occidere ſolerent: quod & Iuſt. *in hoc tit.* probat. Sed ne probare poſſim illud facit, quod ſecundum hanc ſententiam dicendum eſſet ſeruitutem à ſeruis appellatam eſſe, non ſeruos à ſeruitute; quod eſſet præpoſterum. Concreta namque dicta ſunt ab abſtractis, non abſtracta à concretis, vt diximus *ad Princ. 1. tit. De iuſt. & iur.* Deinde quis credat Imperatores non aliam ex captiuis vtilitatem ab initio cepiſſe, quàm vt eos venderent? Quid enim ſi vendere nollent, ſed iis vti, ſibique eos habere mallent? Etſi hoc quoque ſenſu poterant à ſeruando ſerui dici, quia perinde ſeruandi erant, non occidendi ij, quibus victor tanquam ſuis vti vellet. Cæterùm illo etiam caſu quo eos vendere victor mallet, non eo minùs à *ſeruiendo*, ſeruorum nomen retinere poterant, quia qui pretio ſerui fruitur, non minùs eum habere intelligitur, quàm ſi eo ipſo frueretur: *leg. quia qui pretio 39. ff. de vſuf. l. 22. in fi. l. filiusfamilias 34. §. 1. cum leg. ſeq. ff. de pe. her. leg. ſed ſi quis 33. & ſeq. ff. de pecul.*

Serui à ſeruando, an à ſeruiendo dicti ſint.

Mancipia.

Mancipia ſanè ex eo dicta eſſe conſtat, quòd manu capta eſſent, in eóque cum Florentino & Iuſtiniano ſentio.

Nullam hominum differentiam eſſe iure naturali, vel ciuili, ſed tantùm iure gentium.

OBſeruandum autem eſt, hanc de iure Perſonarum diuiſionem ad ſolum ius gentium pertinere, non etiam ad ius naturale, aut ciuile. Nam ſi naturam inſpicias, vnum duntaxat genus eſt hominum, ſcilicet liberorum, cùm naturaliter omnes liberi naſcantur: *l. manumiſſiones 4. ff. de iuſt. & iur.* & vno communi nomine omnes *homines* appellentur, vt Iuſt. ſcribit in princ. *tit. De libert.* Si ius ciuile; æquè vnum hominum genus eſt, & quidem liberorum, quia ius ciuile non alios homines agnoſcit, quàm qui ſint ciues. Quiſquis autem liber non eſt, is nec ciuis eſſe poteſt. Nam qui dicit ciuitatem, dicit libertatem in neceſſarium antecedens; licèt non ſimiliter è contrario, qui dicit libertatem, dicat etiam ciuitatem, quando nihil prohibeat liberum eſſe illum quoque qui ciuis non ſit. Vnde eſt, quod qui amittit libertatem, amittit etiam ciuitatem: qui verò amittit ciuitatem, non continuò amittit libertatem: *l. vlt. D. de capit. minut.* Hinc fit, vt quod ad ius ciuile attinet, ſerui pro nullis magis quàm pro mortuis habeantur: *l. quod attinet 32. De reg. iur.* imò etiam apud Prætorem, *l. 1. De iur. delib.* quamuis ſoleant Prætores maximam & potiſſimam habere rationem iuris naturalis, vt diximus *ad Princip. 10. ſup. tit. prox.* Denique quadrupedibus comparantur, *l. 2. in princ. & §. 1. D. ad leg. Aquil.* Quidni enim comparentur, ſi pro hominibus non habeantur? Aut quomodo homines videri poſſunt, qui caput nullum in ciuitate habent, & conſequenter nec ſtatum; quia fieri non poteſt vt ſtet homo qui caput non habet: *l. 3. §. vlt. & l. 4. D. de capit. minut.* Hinc eſt quod nulla iis iniuria fieri intelligitur, ſed per eos dominis, in quorum ſunt poteſtate: *§. ſeruis autem, Inſt. De iniur.* ſicut nec ipſi iniuriam facere dicuntur, ſed noxiam, aut noxam: *tot. tit. De noxal. action.* non magis quàm quadrupedes; quæ tamen non noxam, ſed pauperiem facere dicuntur: *tot. tit. Si quadrup. pauper. feciſſ. dicat.* Iniuriæ enim nomen, cùm nihil aliud ſignificet niſi id, quod contra ius eſt; oſtendit ſatis non poſſe iniuriam eſſe, niſi vbi etiam ius eſſe poteſt. Vt diximus *ad Princip. 1. illat. 3. Tit. de iuſtit. & iur. ex l. 5. §. 1. D. ad leg. Aquil.* Ius autem in eam perſonam, quæ nulla ſit, cadere non poteſt; nec iuris ratio antè, quàm perſona, quærenda eſt: *l. quidam referunt 14. D. de iur. codicill.* Propter quam cauſam, ſcribit Vlp. in *leg. in perſonam 22. De reg. iu.* in perſonam ſeruilem nullam cadere obligationem, ſcilicet ciuilem, & ex contractu. Ex delictis enim conſtat obligari ſeruos vtiliter & ciuiliter, vt legibus publicorum iudiciorum, cæteriſque, puniantur perinde ac liberi; imò & ſeueriùs quàm liberi: *l. ſerui. 14. D. de oblig. & act. l. capitalium 28. §. vlt. D. de pœn.* quia delictorum coërcitio eſt ex iure gentium, vt diſputauimus *ad Princip. 4. illat. 7. ſup. tit. prox.* Sicut & obligantur ſerui naturaliter etiam ex contractu, quia obligatio naturalis, aut ex iure naturali æſtimanda eſt, aut ex facto ipſo. Natura autem agnoſcit ſeruos: *d. l. quod attinet.* ſcilicet non tamquam ſeruos, ſed tamquam homines. Quin & ius ciuile, quia non habet illos pro nullis in his quæ facti ſunt; ſed in iis tantùm quæ iuris: *l. qui heredi 44. De cond. & demonſt.* iunct. *leg. ſerui*, in quorum numero ciuilis

l. vlt. De de capit. minu.

L. quod attinet, De reg. iur.

L. in perſonam 22. De reg. iur.

ciulis obligatio eſt, cùm nihil aliud ſit obligatio, quàm iuris vinculum, quo neceſſitate quis adſtringitur ad dandum aliquid, vel faciendum, ſecundum Romanæ ciuitatis iura, vt Iuſtin. definit *in princ. tit. de oblig.* Inde etiam eſt quod pro vindicanda Senatoris vnius morte, quingentos ſeruos olim Romæ à Senatu ad mortem damnatos legimus apud Cornelium Tacitum, ex ſententia inhumana ſanè Caſſii, cuius in hanc rem ſolenne verbum illud fuit, *Omne magnum exemplum habet aliquid ex iniquo, quod publica vtilitate compenſatur.* Quis enim credat tam impiam & crudelem ſententiam apud æquos iudices, quantæcunque vtilitatis prætextu, obtinere debuiſſe, ſi non ſeruos omnes quotquot erant, quadrupedum loco Senatus habuiſſet? Adde quæ Gothofr. notat ad *d. l. quod attinet*, quale illud eſt, Ad ſolennia teſtamenti ſeruos non adhiberi, *leg. qui teſtamento 20. §. ſeruus, D. qui teſtam. fac. poſſ.* vbi rationem Vlp. reddit, quod iuris ciuilis communionem ſeruus non habeat in totum, id eſt quòd nullam prorſus habeat, ne prætorij quidem edicti. Amplius dicit Marcianus in *leg. nullo modo 7. De falſ.* ſeruos non ſolùm neque ciuili, neque prætorio iure, ſed neque extra ordinem computari: vt intelligamus extra ius naturale, & gentium, perpetuò eos pro nullis haberi. Multa enim ſunt, quæ cùm neque ciuili, neque prætorio iure fiant, tamen extra ordinem fiunt. Indéque infert Marcianus, nullo modo poſſe eos cum dominis conſiſtere, ſcilicet in iudicio. Præterquàm, inquit, quòd fauorabiliter Diui Marcus & Commodus reſcripſerunt, cùm ſeruus quereretur quòd tabulæ teſtamenti, quibus data ei erat libertas, ſupprimerentur, admittendum illum ad ſuppreſſi teſtamenti accuſationem: Quod & aliis nonnullis caſibus receptum eſt, quos Hermog. commemorat in *leg. vix certis ex cauſis 53. ff. de iudic.* Maximè verò cùm habet ſeruus ſpem libertatis. Habet namque hic per ſe aditum ad Prætorem: *leg. mulier. 22. §. non eſt dubitandum, l. ſi res aliena 52. §. 1. ff. ad SC. Trebell.* Habent enim ciuilis Legiſlator, & Prætor, rationem non ſolùm eorum omnium, qui iam ciues Romani ſunt; ſed etiam illorum, qui ciues Romani eſſe poſſunt, ex præſenti ſpe probabili nanciſcendæ quandoque libertatis: Alioqui nec partum liberæ mulieris curarent, quippe qui non niſi propter ſpem naſcendi, habetur pro nato: *l. qui in vtero 7. l. 26. ff. de ſtat. hom. leg. 2. in prin. §. toties, §. filius ab hoſtibus, §. & generaliter*, & paſſim, *De ventr. in poſſ. mit. l. 5. §. an autem, ff. de Carbon. edic.* Sed qui in eo ſunt, vt ſpem habeant conſequendæ libertatis, ſpeciali nomine ſtatuliberi appellantur; de quibus poſt hæc ſuo ordine dicemus. Nos agimus hîc de meris ſeruis, eóſque dicimus tam prætorio, quàm ciuili iure pro nullis haberi. Vnde etiam fit, vt teſtamenti factionem non habeant, nec actiuam, nec paſſiuam ex ſua perſona; ex perſona autem dominorum, ſolam paſſiuam habeant; quæ teſtamenti factio vtraque iuris ciuilis eſt: vt diximus *ad Princ. 5. ſup. tit. prox. illat. 1.* facit *l. non minus 31. ff. de hære. inſt.* Denique nec tabularij poſſunt eſſe ſerui, *l. generali 3. C. de tab. lib. 10. tit 69.* vbi ratio redditur, ne publicis actibus priuata ſeruitia naſcantur. Vnde & multò magis dignitatum incapaces ſunt ſerui: *l. 3. de off. præt.*

l. vix certis ex cauſis 53. ff. de ind.

l. non minus 31. ff de hæred. inſt.

l. 3. de offic. prætor.

Seruos pro nullis, non pro mortuis habendos eſſe.

Svnt qui addant, & ita vulgò creditur, ſeruos non ſolùm pro nullis, ſed etiam pro mortuis habendos eſſe, ex eo quod in pleriſque iuris noſtri locis ſcriptum eſt, ſeruitutem morti aſſimilari; vt in *l. intercidit. 59. in fin. De condit. & demonſt. leg. ſeruitutem 209. De regul. iur.* Sed malè. Aliud enim eſt haberi pro nullis, aliud haberi pro mortuis. Peior & deterior conditio eſt eius qui mortuus, quàm eius qui nullus eſt? qui ideo nullus eſt, quòd nunquam fuerit, quòd caput & ſtatum in ciuitate nunquam habuerit, eſſe aliquando poteſt, & incipere ſtatum & caput habere: at qui iam mortuus eſt, renaſci per rerum naturam nullo modo, nullóque tempore poteſt; non illa tantùm ratione quòd à priuatione ad habitum regreſſus non fit, *l. ſi pro patre 10. §. penult. ff. de in rem verſ. l. qui res 98. §. aream, de ſolut. leg. deducta 58. in princip. ff. ad SC. Trebell.* ſed illa etiam quòd ſi renaſceretur, alius homo eſſe intelligeretur, non is ipſe numero qui anteà fuiſſet: *l. ſeruus legatus 27. in fin. De adimend. legat. leg. ſi vſusfructus 6. ff. de vſu & vſufr. leg.* Atqui ſeruus, quandiu ſeruus eſt, poteſt fieri ſtatuliber adeóque liber: Ergo in eo ſtatu ſeruitutis, pro nullo habendus eſt, non pro mortuo. Nec quòd ſeruitus morti aſſimiletur, ad rem facit: Id enim eò pertinet, vt qui ex ciue Romano fit ſeruus, pro mortuo exinde habeatur, ſi quandoque poſteà decedat apud hoſtes; ſiue ex fictione legis Corneliæ *De captiuis*, quæ iungit inſtans mortis cum primo inſtanti captiuitatis, vt videatur deceſſiſſe ciuis qui reuera deceſſit ſeruus, & in hoſtium poteſtate: *l. iuſto 44. §. vlt. ff. de vſucap.* ſiue quòd in rei veritate, ex eo primo captiuitatis inſtanti deſinat habere caput in ciuitate, incipiátque pro nullo haberi, tanquam qui reuera ſit ſeruus. Nam qui aliquando fuit, non poteſt incipere haberi pro nullo, quin hoc ipſo habeatur etiam pro mortuo. At is qui nunquam fuit, nec in ciuitate caput vnquam habuit, pro mortuo haberi, vt dixi, nullomodo poteſt: pro nullo haberi & poteſt & debet. Eiuſmodi eſt, non is qui ex ciue Romano factus eſt ſeruus hoſtium, ſed is demum qui ex hoſte factus eſt ſeruus ciuis Romani. Planè poteſt vno caſu ciuis Romani ſeruus haberi prò mortuo, ſed in ſenſu longè alio & magis miro, nempe ſi à domino manumittatur, vt eleganter Pompon. ait in *l. ſi mihi alienum 92. ff. de ſol. leg. 1. §. vlt. ne de ſtat. def. l. 6. qui & à quib. man. l. 1. §. 1. quand act. de pec. eſt annal. l. inter omnes 46. ff. de furt.* Atqui inquies, tunc incipit habere caput & ſtatum in ciuitate? Ita (inquam) eſt, & ob id nimirum intelligitur mori, non tanquam homo, ſed tanquam ſeruus; quia perinde ſeruus eſſe deſinit per manumiſſionem, atque deſineret per mortem: ita vt ſi rurſus fiat ſeruus, alius homo fit, nec eo magis debeatur ab illo, qui hunc ipſum eo tempore promiſerat, quo ſeruus alienus erat: *d. l. 27. De adim. legat. d. §. aream, verſ. & ſi ſeruus, d. leg. 98. De ſolut.* Sed ſeruum ciuis Romani, quandiu ſeruus manet, habendum eſſe pro mortuo, nullo iuris loco ſcriptum eſt.

l. intercidit 59. De cond. & demon. l. ſeruitutem 209. De reg. iur.

l. ſeruus legatus 27. ff. de adim. leg.

Concludamus igitur quod obſeruandum eſſe diximus, hanc hominum diuiſionem, vt quidam ſint liberi, quidam ſerui, non magis ad ciuile quàm ad naturale ius pertinere: ac proinde ad ſolum ius gentium accommodandam eſſe.

Nam

Nam iure gentium inducta ad ſocietatem humanam conſeruandam dominiorum diſtinctione, tum ex dominiorum diſtinctione, conflatis bellis; ex bellis, captiuitatibus; ex captiuitatibus denique, ſeruitutibus; cœperunt etiam hominum duo eſſe genera, vnum liberorum, aliud ſeruorum. Dicitúrque hæc ſumma diuiſio, id eſt plena & abſoluta, ac cui nihil deeſſe poteſt: quia cùm ſeruitus in ſumma nihil aliud ſit, quàm priuatio libertatis; perinde eſt, ac ſi quis diceret. Omnes homines aut liberos eſſe, aut non liberos: inter quæ duo, cùm ſint non tam contraria, quàm contradictoria, medium & tertium nihil eſſe poteſt. Nec eſt contrarium quod Iuſtin. noſter ſcribit in *tit. De libertin. in princip.* cùm iure naturali vno communi nomine omnes *homines* appellarentur, cœpiſſe poſt inductas iure gentium ſeruitutes, & manumiſſiones, tria eſſe hominum genera, liberorum, ſeruorum, & libertinorum. Tertium namque genus illud libertinorum, non tam ad ſummam Perſonarum diuiſionem pertinet, quàm ad ſubdiuiſionem hominum liberorum. Ex iis enim qui liberi ſunt, alij nunquam fuerunt ſerui, & hi non ſolùm liberi, ſed etiam ingenui appellantur: alij fuerunt aliquando ſerui, ſed ex manumiſſione iuſtam libertatem adepti ſunt, & hi dicuntur libertini, vt Iuſtinianus noſter tractat *in hoc tit.* poſt Marcianum in *l. & ſeruorum* 5. *De ſta. ho.* Rurſus ei quod diximus, ſeruos iure ciuili vſque adeò incognitos eſſe, vt pro nullis habeantur, non eſt contrarium quod ex eodem Marciano *in d. l.* 5. Iuſtinianus noſter ſubiicit, Seruos fieri non tantùm iure gentium, ſed etiam iure ciuili; putà ſi quis liber homo maior annis viginti, paſſus ſit ſe tanquam ſeruum venundari ad pretium participandum. Non enim eo ſenſu dicimus ſeruos iuri ciuili eſſe incognitos, quaſi ius ciuile neſciat, aut nolit hominum quoſdam eſſe ſeruos: ſed illud ſignificamus, eos quos ius ciuile ſeruos eſſe videt, ſiue ſerui nati ſint, ſiue iure gentium, aut ciuili, tales effecti, nullam cum iure ciuili communionem habere, vt Vlp. loquitur in *d. l. qui teſtamento* 10. *§. ſeruus D. qui teſta. facer. poſſ.* ſed pro nullis computari, *d. l.* 7. *ad leg. Cornel. de falſ. d. leg. quod attinet* 32. *De reg. iur.* perinde ac ſi homines quidem eſſent, in iis ſcilicet quæ ſunt iuris ciuilis, non iuris gentium; & in iis quæ ſunt iuris, non facti, quemadmodum explicauimus. Denique nec eum, qui participandi pretij cauſa venundari ſe patitur, ius ciuile faceret ſeruum, ſi non eſſent iure gentium introductæ ſeruitutes. Huius enim ſeruitutis inducendæ, quamuis ex iure ciuili non alia ratio fuit, quàm ne liberi hominis dolo impunè deciperetur is, qui eum hominem emere ſe putaret, qui iure gentium ſeruus, & in hominum commercio eſſet; nec de vlla re minùs quàm de homine libero contra leges emendo cogitaret: *l.* 4. *ff. quib. ad libert. procl. non licet.* Planè hunc qui iure ciuili ſeruus fit, cùm ciuis anteà fuerit, fateor exinde non ſolùm pro nullo haberi, ſed etiam pro mortuo, quia & ciuis & liber eſſe deſiit: Non etiam cæteros ſeruos, qui cùm inter viuos nunquam computati ſint, nec pro mortuis computari vnquam poſſunt.

Tit. De libertin. in princip.

L. 4. D. quib. ad libert proclam. non licet.

Seruorum vnam conditionem eſſe, liberorum verò multiplicem.

APparet autem ex his quæ modò diximus, quo ſenſu accipiendum ſit quod Iuſtinianus ſcribit in *§. vlt. huius tit.* In ſeruorum conditione nullam eſſe differentiam: aut, vt Marcianus loquitur in *d. leg.* 5. *de ſtat. hom.* ſeruorum omnium vnam eſſe conditionem. Nimirum, non ita vt ſeruorum nulla diſtinctio ſit, cùm alij naſcantur, alij fiant; rurſúmque ex iis qui fiunt alij iure gentium, alij iure ciuili fiant, vt ex vtroque illo loco apparet; ſed ita vt æquè omnes ſerui ſint, nec magis hi quàm illi, omnes denique pro nullis habeantur: ad differentiam liberorum, qui licèt omnes liberi ſint, ex iis tamen quidam pleniorem habent libertatem; id eſt ingenui, quia ſemper liberi fuerunt: quidam minùs plenam, id eſt, libertini, in quibus quoniam aliquando ſerui fuerunt, remanent veſtigia quædam & monimenta ſeruitutis, & priſtinæ conditionis, adeò vt patrono debeant operas: *tot. tit. De oper. libert.* obſequia, *Tit. de obſeq. parent. & patr. praſt.* partem bonorum ſi ſine liberis deceſſerint, *Tit. de bon. libert.* poſſitque patronus non ſolùm ea quæ in fraudem ſuam alienata ſint, reuocare per Fauianam, aut Caluiſianam; *Tit. ſi quid in fraud. patr.* ſed ipſum etiam libertum, ſi ingratus ſit, in priſtinam ſeruitutem vindicare: *l.* 2. 3. *&* 4 *C. de libert. & eor. lib.* Vt taceam cætera quæ pendent ex iure patronatus; de quibus in *tit. de iur. patron.* Ita vt lex dicat parum intereſſe, an ſeruum ſuum quis, an libertum contendat; *l. circa* 14. *de probat.* Huius autem inter liberorum & ſeruorum conditionem differentiæ ratio pendet ex eo, quod diximus libertatem eſſe qualitatem naturalem: Seruitutem verò nihil niſi priuationem quandam libertatis. Priuatio enim cùm nihil ſit, nullas diſtinctiones poteſt admittere, quas facile admittit libertas, quæ naturale quid eſt & poſitiuum. Videtur tamen etiam differentia aliqua eſſe ſeruitutum. Eſt enim quædam ſeruitus ſimplex, id eſt quæ libertatem poteſt admittere: quædam perpetua, quæ impedit ne qui ſeruus eſt, liber fieri vnquam poſſit, nec per manumiſſionem: *leg.* 40. *De liber. cauſ. l.* 1. *C. qui non poſſ. ad libert. peruen.* De qua poſtrema ſpecie ſeruitutis dicemus latiùs *infr. ad tit. De ingen.* Sed tamen ſemper verum eſt, non magis vno, quàm alio caſu ſeruum eſſe eum qui ſeruus eſt.

Veſtigia ſeruitutis in libertinis.

ILLATIO I.

De ſtatulibero, qui interim ſeruus eſt.

EX hoc Principio illud fit, vt ſtatuliber, id eſt is, qui ſtatutam & deſtinatam in tempus, vel conditionem, libertatem habet; quomodo diffinit Paulus in *l.* 1. *D. de ſtatulib.* antequàm dies, aut conditio venerit, cùm liber dici non poſſit, neceſſariò dici debeat ſeruus. Vt enim vel liber, vel ſeruus ſit, neceſſarium eſt; nec medium, aut tertium quicquam eſſe poteſt; vt diximus: *l. ſtatuliberum* 9. *in princ. l.* 25. *eo. l. ſtatuliberum* 15. *de legat.* 2. ſicut nec illud fieri poteſt, vt eodem inſtanti idem homo ſit & liber, & ſeruus: *l.* 1. *in fin. principij, C. de latin. liber. toll.* aut quod idem eſt, libertus, & ſeruus; nam qui dicit libertum, dicit liberum: *Tit. de liberti. infr.* Nec pugnat, quod ſtatuliber in delicto repertus, non vt ſeruus ob ambiguum conditionis, ſed vt liber puniendus eſt, ex reſcripto Diui Pij ad Saluium Marcianum, *l. moris* 9. *§. vlt. D. de pœn.* Cùm tamen quoties de delicto quæritur, placeat non eam pœnam ſubire quem debere, quam conditio eius admittit eo tempore, quo ſententia

L. ſi debitor 45 *§. vlt. De fideic. libert.*

Digitized by Google

tia;ſed eam, quam ſuſtineret, ſi eo tempore ſententiam paſſus eſſet, quo deliquiſſet: *l. 1. eod.* Id enim ſpeciale eſt in ſtatulibero, propter ſpetandæ libertatis prærogatiuam, vt ait *l. ſtatuliber 14. D. de quæſtion.* & quidem in priuatis delictis tantùm. Nam in publicis, quoniam grauiora ſunt, eaſdem patiuntur pœnas, quas ſerui cæteri: *l. ſtatuliberi 29. D. de ſtatulib.* Scripſi *ad l. pen. D. ſi ex noxal. cauſ. agat. in Rational.* Qua eadem ratione iam diximus, poſſe ſtatuliberum per ſe aditum habere ad Prætorem: *d. l. mulier 22 §. non eſt dubitandum, D. ad SC. Trebell.* ſicut & eum qui nondum natus eſt, propter ſolam ſpem naſcendi: *d. l. 1. in princip. & tot. tit. de ventr. in poſſ. mitt.*

Veſtigia ſeruitutis in libertate.

ILLATIO II.

De capto ab hoſtibus, qui interim verè ſeruus eſt.

SEcundò, ex eodem Principio, fit, vt qui captus eſt ab hoſtibus, licet per fictionem legis Corneliæ *de captiuis*, fingatur mortuus prima hora captiuitatis, ſi apud hoſtes quandocunque deceſſerit, aut ab hoſtibus reuerſus fingatur, nunquam in hoſtium poteſtate fuiſſe, propter ſuſpenſi iuris conſtitutionem, vt loquitur Papin. in *l. pen. De ſuis & legit.* iunct. *l. pater 10. & ſeq. & tot. ti. De cap. & poſtlim.* Interim tamen, quandiu viuit, re vera ſit ſeruus *l. 1. §. 1. De ſuis & legit.* quia non potuit lex vlla ciuilis facere, vt quiſquis ab hoſtibus in bello captus eſſet, in eorum eſſe poteſtate, ſeruúſque factus non videretur. Ideóque nimirum fictiones illas legis Corneliæ, & poſtliminij, induci neceſſe fuit; quæ alioqui neceſſariæ non fuiſſent: *l. filio 27.* vbi Bart. *D. de liber. & poſthum.* Neque obſtat quod ſcriptum eſt in *l. illa inſtitutio 31. §. 1. D. de hered. inſtit.* poſtliminij ius facere, vt illius qui ab hoſtibus captus eſt iura omnia in ſuſpenſo retineantur, non abrumpantur. Aliud enim eſt de iuribus, aliud de ſtatu ipſo captiui quærere: Iura omnia manent in ſuſpenſo propter incertum captiuitatis euentum, quandiu fieri poteſt, vt captiuus redeat, vel apud hoſtes moriatur: Sed præſens captiui ſtatus non eſt incertus; quia certum eſt, captiuum eſſe ſeruum reuera, quandiu apud hoſtes manet: *l. Gallus 19. §. videndum, De lib. & poſth. l. ab hoſtibus 12. l. ius poſtliminij 14. l. liber. 17. C. de poſtlim. reuerſ.* & apertius *in l. hoſtes 24. l. latrones 27. & l. penult. D. eod.* In eòque differentia eſt inter eos qui ab hoſtibus, & eos qui à piratis aut latronibus capti ſunt. Hi enim liberi permanent: *l. poſtliminium 19. in princ. & §. à piratis, eod.* In eâmque rem text. eſt elegans *in § ſi ab hoſtibus, Inſtit. quib. mod. ius patr. poteſt. ſoluit.* vbi Iuſtin. ſcribit, ſi ab hoſtibus captus ſit parens, quamuis ſeruus hoſtium fiat, pendere tamen ius liberorum, propter duplicem illam legis Corneliæ, & poſtliminij fictionem. De quo tamen ſi quis plura ſcire volet, videnda ſunt quæ ſcripſimus ad *l. Gallus, lib. 9. & 10. Coniecturarum.*

L. 1 § De ſuis & legi. l. pen. eod.

l. Gallus 19. §. videndum De liber & poſthum leg ab hoſtibus, &c.

debitor … vlt. De … libert.

*

ILLATIO III.

De iis qui contra formam humani generis conuerſo more naſcuntur.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt ſi quis contra formam humani generis conuerſo more naſcatur, puta monſtroſum aliquid & prodigioſum, is liber dici non poſſit: *l. non ſunt liberi 14. ff. de ſtat ho.* (etſi videtur ea lex intelligenda de filiis, quos generaliori nomine *liberos* appellamus, potius quàm de ſtatu perſonæ) quia nec homo eſt, ſed oſtentum: *leg. oſtentum 38. De verb. ſign. l. 3. C. de poſthum hær. inſt.* Atqui diuiſio hæc ad homines duntaxat pertinet, vt quidam liberi ſint, quidam ſerui. Vnde & dubitandi ratio in ſpecie *l. cùm inter 14. C. de fideic. libert.* An partui nondum edito libertas relinqui poſſet, ſiue directa, ſiue fideicommiſſaria: Neque enim eſt homo, antequam ſit editus; *l. 9. in fin ff. ad leg. falcid.* Sed neque Iuſtin. fecit, aut facere potuit, vt libertatem acciperet niſi cum luce, vt ea lex ait. Nec tamen eo minùs partus ille parentibus prodeſt: *l. quæret aliquis 135. De verb. ſign.* vbi ratio redditur quòd nihil iis poſſit imputari, qui qualiter potuerunt, ſtatutis obtemperauerunt; neque iis nocere debeat, quod fataliter acceſſit. Alia cauſa eſt partus in vtero exiſtentis: licet enim nondum ſit homo, *l. in falcadia 9 ff. de ad l. falcid.* ſed tantum ſpes animantis; *l. 2. de mort. infer.* tamen ſicut pro nato, ita & pro libero habetur, ſi vel minimo inſtanti mater interim fuerit libera; *d. l. 5. §. 2. de ſtat. hom.* Niſi quis dicat id facere duntaxat vt liber naſcatur, non vt ipſius fuerit liber quàm homo. De quo dicemus latius *ad Tit. De ingenuis.* Vbi etiam de ſpuriis, quod ſint ingenui, licet ſint ſine patre.

leg. non ſunt liberi 14. De ſtat homin.

PRINCIPIVM II.

De libertatis definitione.

L*ibertas eſt naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, niſi ſi quid vi, aut iure prohibeatur*: *l. libertas 4. ff. de ſtat. hom* ex quo loco ſumpſit Iuſtin. § 1. *huius tit.* iunct. *l. 4. De inſt. & iur.* Dicitur *naturalis facultas*, non *ius*: quia non in iure, ſed in mera cuiuſque facultate conſiſtit, vt facere poſſit quicquid velit, quoties neque vi, neque lege, id ipſum facere prohibetur. Qui enim dicit *ius aliquid faciendi*, ſignificat eſſe id tale quid, quod alioqui fieri non poſſet, ſi faciendi ius datum non eſſet: Atqui natura omnes homines naſcuntur liberi, nec vllum inſtans dici poteſt, in quo ius libertatis homini acquiratur, quaſi ante illud inſtans non habuerit plenam libertatem: Naturalis ergo facultas non ius eſt: ſiquidem facultatem cum dicimus nudam poteſtatem intelligimus, quæ ex ſola faciendi voluntate cauſam habeat, quaſi ſit *faciendi voluntas*; non ex iure. Itaque vt per fundum tuum eas & ambules, dicimus in facultate tua eſſe poſitum, non iure vt verò per fundum alienum ire poſſis, & ambulare, non eſſe in tua facultate, ſi non id etiam facias iure, conſtituta ſcilicet in eam rem ſeruitute: *ar. l. in re communi 26. & paſſim, de ſerui. vrban. præd.* Additur *quod cuique facere libet*, quia nihil eſt

l. libertas 4. ff. de ſtat. homin §. 1. hoc tit.

quod ingenuo homini tantopere debeatur, quàm vt liberam habeat rerum ſuarum adminiſtrationem: *l.2 ff ſi à parent. quis manum. ſit l.in re mandata 21.C.mandat.l.1.Cod. de ſacroſ.Eccleſ.* Indéque natum eſt ius transferendi per traditionem dominij, *leg.quia ratione 9 §. ha quoque res, ff. de acquir. rer. domin.* itémque contractuum omnium tam ciuili, quàm gentium iure introductorum: in quibus ſcilicet ſiue conſenſu, ſiue re, ſiue verbis, aut literis perficiantur, conſenſus ſemper neceſſarius eſt: *l.1.l.in omnib.57.De obl.& action.l.1.l.inter ſtipulantem 83.§.1.De ver. oblig.* Quid autem prodeſſet adhibitum eſſe conſenſum illius, cui facere quod liberet, non liceret: Fundamentum igitur conſenſus cuiuſlibet ſtat in iſta naturali facultate, ex qua libertatem æſtimamus. Additur etiam *niſi ſi quid vi prohibeatur*; quoniam in iis, quæ facti ſunt, & cum de facienda re aliqua tractatur, plus poteſt vis ad prohibendum ne id fiat, quod alioqui & lex, & ipſa etiam natura fieri permitteret, quàm aut lex aut natura poſſit ad prohibendum ne effectu vis fiat. Vis enim non fit ſine facto, & quidem quod efficacius ſit & potentius, vel hoc ipſo quod prohibere faciliùs eſt quàm facere: *l.Sabinus 28 ff.commun.diu.* Denique vim aliter quàm vi repellere non poſſumus: *l.1.§. vim vi repellere, l.3.§. cum igitur, l.qui poſſeſſionem 17.ff. de vi & vi armat.* Solo legis auxilio non poſſumus, quia facto factum, non ius opponendum eſt. Sicut è contrario, ius non facto, ſed iure eliditur: *leg.ſi vnus 27.§.pactus ne peteret. ff. de pact.* Vnde & illud iactari ſolet, potentiori pares eſſe nos non poſſe: *l.3.in princ.ff.de alien.iudic.mut.cauſ.fact.leg.1.in fin.ff ſi ex noxal cauſ.agat.* Sic tamen hoc accipiendum eſt, vt quæ mihi ab alio vis infertur, non ideo meam minuat libertatem. Nam nec qui vinctus eſt, eo minùs liber eſt: *l.cum hæredes 23.§.vlt.de acquir.poſſ.* ſufficitque ad cauſam retinendæ libertatis, quod facere poſſem quicquid liberet, ſi non vi prohiberer. Libertas ſiquidem ex faciendi facultate, non ex facto ipſo æſtimatur. Vis autem non faciendi naturalem facultatem impedit, aut elidit, ſed factum ipſum: eique ne vnquam factum dici poſſit, occurrit. Proinde exceptio illa *niſi ſi quid vi*, non ad reſtringendam libertatis diffinitionem pertinet, quaſi libertas per oppoſitam vim amittatur, ſed ad reſtringenda proxima illa præcedentia *quod cuique facere libet.* Quemadmodum nec quiſquam dixerit eo minùs liberum quem eſſe, quod iure, & pœnarum comminatione vt Harmenopul. loquitur, prohibeatur ea facere quæ à publica honeſtate ſunt aliena. Tyrannica enim, non iuſta libertas illa eſt, quæ cum matre Neronis ita loquitur, *ſi libet, licet.* Iuſta illa, quæ ſic è contrario, *ſi licet, libet.* Quamquam nec omne quod licet, honeſtum eſt: *l. non omne 144. l. ſemper in coniunction. 197. De reg.iur. l. adeptinus 14. §. ſeruiles, De rit.nup.* Exempla ſunt in *l.ancillarum 27.§. vlt. l.ſi poſſeſſion.52. de pet. hær.* Probéque Papinianus noſter, vt talem tantúmque virum decuit, *in l. filius 15. De cond. inſt. Ea omnia quæ facta lædunt pietatem, exiſtimationem, verecundiam noſtram & vt generaliter dixerim quæ contra bonos mores fiunt, nec facere nos poſſe credendum eſt.* Propter quam cauſam adiecta ſunt in definitione libertatis verba illa, *aut iure.*

l.1.l.in omnibus 57.ff de obl.& action.

l.filius 15.de condit inſtit.

ILLATIO I.

De libera cuique rerum ſuarum alienatione.

EX hoc Principio illud primum fit quod iam dixi, vt in cuiuſque poteſtate ſit res ſuas alienare, & de iis pro arbitrio diſponere, quatenus per leges licet: *d. l. 2. ff. ſi à parent. quis man. d.l. quâ ratione, 9. §. hæ quoque res, de acqu. rer. dom. l. ſicut 4. C. de obl. & act. l. nec emere, 16. C. de iur.delib.* Totum enim ius hoc commerciorum ex naturali illa libertate, & ex dominiorum diſtinctione, quam ius gentium introduxit, tanquam ex fontibus ſuis deriuatur. Dico autem *res ſuas*, non ſolùm quia libertas illa naturalis nullum nobis in alienas res imperium tribuere poſſit, obſtante nimirum regula iuris non modò ciuilis, ſed etiam gentium: de qua *in l. id quod noſtrum 11. de reg.iur.* Verùm & vt ex eo inferam, non eſſe in liberi hominis poteſtate vt libertatem ſuam amittat, séque ſeruum faciat, quemadmodum ſcriptum eſt *in l. nec ſi volens 6. l. interrogatam 24. l. liberos 39. C. de liber. cauſ.* quia nemo ſui ipſius dominus eſſe intelligitur, *l. liber homo 13. ff. ad l. Aqu.* Niſi fortè patiatur ſe venundari ad pretium participandum. Sed eo caſu fit ſeruus non tam ex voluntate ſua, quàm ex legis poteſtate, in pœnam facti improbi contra leges admiſſi: *l. & ſeruorum 5. §. 1. D. de ſtat. hom.* Huc etiam referri poteſt quod ſcriptum eſt *in l.vlt.C. de patr. poteſt.* libertati à Maioribus noſtris tantum impenſum fuiſſe; vt patres, quibus olim vitæ necíſque poteſtas in liberos permiſſa erat, iis tamen eripere libertatem non poſſent. Eſt enim libertas adeò naturalis, vt manente vita non poſſit eripi, quin alius homo effici quodammodo videatur: *l. ſeruus legatus 25. in fi. De adim. leg. l. qui res 98. §. aream, verſ. etſi ſeruus, De ſolut.* Atqui neque lex, neque natura cuiquam permittit, vt nouum hominem faciat, niſi per nouam coniunctionem. Adde quòd longè tolerabilius erat vt poſſent parentes adimere vitam quam dederant, quàm vt libertatem quæ non tam à patre, quàm à natura ipſa liberis acquiſita intelligitur. Natura enim ſine homine vitam dare, hominémque facere non poteſt: Vnde tritum illud verbum Ariſtotelis, *Sol & homo generant hominem.* At vt liber naſcatur, quiſquis homo naſcitur, ſi naturæ ſolius leges, non item ius gentium intuearis, natura ſola facere poteſt, nec in eam rem, patris aut alterius hominis miniſterio factóque vllo indiget. Itaque mirum non eſt, plus poſſe naturam in libertate, quàm in vita ipſa tuenda; & è contrario minorem eſſe patris poteſtatem in libertatem filij; quàm in eius vitam. Deniq́ue grauius eſt, libertatem, quàm vitam amittere: *l.vnic.in fin.principij,C. de Latin. libert. toll.* Nihil autem gratius libertate: *l. Paulus 39.§.1.de fideic. liber.* Cui etiam addere quis illud poſſit, quod manumiſſor, patri æquiparatur: *Nov. 78.ca. 2.* quaſi vitam dediſſe videatur, qui dedit libertatem.

l.2.ſi quis à parent manum.ſit, leg. quâ ratione 9.§.hæ quoque res,ff.de acqu. rer. domin.

***

Digitized by Google

ILLATIO II.

De fauore libertatis.

l. 6. ſi quis à parent. manum. ſit, leg. qua ratione 93. §. 1 ha quoque rei, ff. de acqu. rer. domin.

leg. libertas 122. De reg. iur.

SEcundum ex eodem Principio fit, vt libertas non ſolùm in iure noſtro, ſed apud omnes etiam gentes tam fauorabilis ſit, vt nihil fauorabilius exiſtimetur: quippe quæ non modò ſecundum naturam ſit, ſed tota etiam à natura: *l. 4. De iuſti. & iur. l. libertas 122. De reg. iur.* Quamquam ciuilis Legiſlator, qui omne ius ad populi ſui vtilitatem refert, & ſeruos pro nullis agnoſcit, non tam ob ſeruos ipſos, quàm ob eorum dominos libertatibus fauere videtur; nimirum vt quiſquis ſeruus eſt, tantò diligentior ſit ad obſequendum; cùm ſciat vix fieri poſſe, vt nullo merito ſuo præcedente libertatem à domino conſequatur: Tex. eſt elegans *in l. belle 12. § manumittendo 9. vir. liber erit ſeruus, vſque ad verſic. certè, de captiu. & poſtlim.* etſi locus ille non caret mendo, vt dicemus *ad Princ. 4. in fin. infr. eod.* Quæ res fecit, vt tam multa contra communes iuris regulas fauore libertatis conſtituta paſſim legamus: *§. vlt. inſtit. De donat. l. generaliter 24. §. ſi quis ſeruo, de fideic. libert.* Quale inter cætera illud eſt, vt quæ ſemel competiit libertas, nunquam reuocari poſſit, nec beneficio ætatis minoris, aut pupillaris, quamuis fuerit libertas indebita: *l. ſi ex cauſa 9. §. vlt. ff. de minor. l. 1. & tot. tit. C. ſi aduerſ. liber. l. 2. §. 1. ne de ſtat. defunct.* nec prætextu factæ manumiſſionis accepta pecunia, cùm eſſet res inæſtimabilis: *l. licet accepta 33. C. de liber. cauſ.* iunct. *l. libertas 106. l. non eſt ſingulis 176. §. 1. De reg. iur.* quæque ideò pecunijs nec lui poteſt; nec reparari: *l. ſtatuliberum 9. § illud tractatum, ff. de ſtatulib.* Nec rurſus prætextu impetratæ contra hæreditatis actionem, in integrum reſtitutionis; *leg. 4. §. 1. ff. de fideic. libert. l. ſciendum 32. ff. de teſtam. manum. leg. 3. Cod. eod.* nec reſciſſo per querelam inofficioſi teſtamenti; *l. Papinianus 8. §. vlt. & l. ſeq. l. ſi ſub hac 26. ff de inoff. teſt. l. 4. C. eod. l. cum duobus 13.* nec prætextu non ſoluti vectigalis; *l. 1. C. de vectig. & commiſ.* aut obſequij non præſtiti velamento; *leg. ſolo 30. C. de liber. cauſ.* Imò nec ſi præſtita ſit libertas ex falſa cauſa, *l. 1. C. de vindict. libert.* puta ex falſis codicillis, *l. cum ex falſis 47. ff. de teſt. manum. l. pen. §. 1. De iur. patron. leg. 2. C. de fideic. libert.* Denique perpetuum & generale illud eſt, vt libertas quæ ſemel competiit, aut præſtita fuit, reuocari nullo modo poſſit: *l. pen. §. vlt. C. de Epiſc. & cler. l. 3. C. de iur. dot. l. ſicut ſemel. 20. l. ſicut datam 26. C. de liber. cauſ. l. 4. C. de dolo mal. l. quidam 25. §. ſi quis filium, ff ad SC. Trebell.*

Priuilegia libertatis.

De libertate data ſeruo legato, & de libertate teſtamentaria, cur eius dies non cedat ante aditam hæreditatem.

HInc eſt, quod quamuis ſeruus ſub conditione legatus, interim ſit hæredis pleno iure, ab eo tamen non poteſt manumitti: *l. ſeruum 11. ff. de manumiſſ.* ne alioqui legatario iniuria fieret exiſtentem poſteà conditione; ait Caius *in l. generaliter 29. §. 1. qui, & à quib. manumit.* quia non eo magis libertas reuocaretur, quomodo reuocantur cætera omnia, medio tempore facta per hæredem, quæ ideo interim tenere placuit: *l. is cui via 11. §. 1 quemadm. ſeru. amit. l. ſi fundum 105. De cond. & demon.* Hinc etiam ratio decidendi ad *l. 1. ff. quib. ad liber. proclam. non licet.* Hinc rurſum quod libertatis dies non cedit niſi ab adita hæreditate, quamuis legata ſit purè: licet aliorum legatorum minus fauorabilium purè relictorum dies ſtatim cedat, ex inſtanti mortis teſtatoris: *leg. vnic. §. in nouiſſimo, C. de caduc. tollend. leg. nam cùm 8 ff quand. dies leg. ced.* quoniam cùm diem legati cedere nihil aliud ſit, quam incipere legatum deberi: *l. cedere 213. de verb. ſignif.* ſi ex inſtanti mortis cederet dies libertatis, hoc ipſo competeret, quia non ab homine deberetur, ſed à lege, quæ tam citò præſtare poteſt quòd debet quam debete. Ex quo autem ſemel competiiſſet, reuocari poſteà non poſſet, aut irrita fieri; nec ſi hæreditas repudiata eſſet: atque ita eueniret, vt etiam irrito facto & deſtituto teſtamento libertates competerent; quod eſſet contra omnem iuris rationem: *l. ſi nemo 9. ff de teſt. tut. l. ea quam 14. C. de fideic.* In cæteris legatis aliud eſt; quia non à lege debentur, ſed ab hærede inſtituto: & quamuis deberi cœperint ex die mortis, non prius tamen peti poſſunt, nec proinde legatario acquiri, quàm adita ſit hæreditas, cùm nec priùs quiſquam hæres ſit. Proinde repudiata hæreditate, nihil vetat ea corruere, licèt fuerint debita, cùm etiamſi ſoluta eſſent, poſſent repeti: *l. 2 §. 1. l. 3. & ſeq. De condict. ind.* Nec eſt contrarium, quod rei legatæ dominium dicitur rectà via tranſire à teſtatore in legatarium, *l. legatum 80. de l. 2. l. à Titio 64. de furt.* Id enim fit, quia hæreditas quandocunque adita, ex die mortis adita retrofingitur: *leg. hæres 54. De acqu. hered.* Huius verò fauoris, qui libertati tantùm impenditur, tota ratio illa eſt, quod rerum omnium fauorabiliſſimus, & quodammodo naturalis ſit reditus ad ſtatum ſuum primæuum, & naturalem: *l. ſi vnut 27. §. pactus ne peteret, in fi ff. de pact. l. ſi verò non remunerandi 12. §. idem Papinianus ff. mand. l. filio 23. De liber. & poſth. l. ab hoſtibus 12. C. de poſtlim.* Naturalis autem hominum omnium ſtatus ille eſt, vt ſint liberi non ſerui. Itaque ad hanc eandem cauſam, cætera omnia libertatis priuilegia per totum iuris noſtri corpus ſparſa, referenda ſunt.

ILLATIO III.

Quod libertas, publica res ſit, non priuata.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt libertas non tam priuata, quàm publica res eſſe exiſtimetur: *l. ſi quis rogatus 53. ff. de fideic. libert.* cùm ſit à natura, quæ non modo publica, ſed omnibus etiam hominibus cõmunis eſt. Ideoque ſingulari fauore digna eſt; eo nimirum, quo & iuri publico, & omnibus ad rempublicã ſpectantibus præſtari ſolet. Hactenus præſertim, vt omni pecuniario commodo præferatur, nec damni cauſâ vnquam intercidat: *l. qui graui 11. cum ſeq. ff. de iur. codicill. l. cùm pater 77. §. cum exiſtimaret, de legat. 2. leg. 1. & 1. C. de commun. ſeru. manu.* Imò, & quod magis eſt, anteponitur legitimæ filio debitæ in bonis patris, cuius in cæteris omnibus tantum fauorem eſſe leges voluerunt: *l. Papinianus 8. §. quarta autem, De inoff. teſta.* iunge *l. ſi cognati 2. C. de negot. geſt.*

ILLATIO IV.

De fauore qui debetur etiam pia libertatis cauſa.

QVartò ex eodem Principio fit, vt non tantum libertati iam competenti, aut præſtitæ fauendum ſit; ſed etiam cùm de hoc ipſo quæritur an libertas competat, aut debeatur, nécne. Nam quoties dubia interpretatio eſt, ſecundum libertatem reſpondendum eſt, *l. quoties dubia 20. De reg. iur. l. vlt. §. 1. De vulg. & pup. ſubſt. leg. ſi idem ſeruus 14. de leg. 2. l. 3. in fin. ff. de his quæ in teſta. delent. l. ſi peculium 20. §. 1. ff. de manum. teſta.* Sic dicimus, in obſcura voluntate manumittentis, fauendum eſſe libertati: *l. in obſcura 179. De reg. iur. l. ſeruus 50. ff. de fideic. libert.* Item ſi in cauſa libertatis diſſonantes pares iudicum exiſtant ſententiæ, præualere illam, quæ ſit pro libertate: *l. lege Iunia 24. ff. de manum. l. inter pares 38. ff de recind.* Nec tantùm lex ciuilis fauet libertati, ſed etiam Prætor: *l. 3. §. 1. De alien. iud. mut. cauſ. fact.* & Imperatores, *l. cùm inter 14. C. de fideic. libert.*

ILLATIO V.

De libertate inter pias cauſas connumeranda.

QVintò ex eodem Principio fit, vt libertatis cauſa inter pias cauſas numeretur, quæ fauorem præcipuum merentur: *l. 1. §. pen. C de commun. ſeru. manumiſſ.* Vnde & Interpretes noſtri, quæcunque fauore libertatis ſingulari iure conſtituta ſunt, trahere ſolent ad cæteras pias cauſas. Et ſanè cùm ſeruitus non poſſit eſſe non impia, ſiquidem eſt contra naturam, vt *ſequ. Princ.* dicemus; conſequens eſt vt libertatis cauſa ſit pia, quoniam eſt ſecundum naturam. Ideóque maiores tantùm iudices habet quæſtio ſtatus, *l. non diſtinguemus 32. §. de liberali, ff. de recep. qui arbitr. l. 2. C. de pedan. iud.*

ILLATIO VI.

De indiuiduo iure libertatis, indéque prohibita ſerui pignorati manumiſſione.

SExtò ex eodem principio fit, vt libertas pro parte præſtari non poſſit, aut deberi; ſed vel in totum, vel nulla ex parte: *dict. leg. qui graui 11. cum ſeq. De iur. codicill. d. leg. cùm exiſtimaret, de legat. 2. leg. duobus 30. ff. de liber. cauſ. leg. 1. & 2. de commun. ſeru. manum.* Nempe quia cùm libertas ſit naturalis, certum eſt per rerum naturam fieri non poſſe, vt quis naſcatur pro parte liber, & pro parte ſeruus. Facit *l. alieno 31. §. 2. ff. de fideic. liber. leg. ea quæ 192. De regul. iur.* Vnde etiam fit, vt libertas dari non poſſit ſeruo pignori dato, etiamſi debitor ſit locuples: *l. 3. ff. de manumiſſ. leg. 4. ff. qui, & à quib. manum.* quia non poſſet competere libertas, niſi ſalua cauſa pignoris; ſicut nec alienatio fit, niſi ſaluo iure pignoris: ſiue per venditionem fiat, *leg. ſi conuenerit 18. §. ſi fundus, De pign. act.* ſiue per vſucapionem, *l. 1. §. cùm prædium, ff. de pigner.* manumiſſio autem alienationi comparatur: *l. vſufructu. 9. C. de vſufr. l. 9. §. 1. De autor. tutor. l. vlt. C. de reb. alien. non alienand.* Hoc autem repugnat libertati, vt obligatus maneat qui liber eſt; cùm ius pignoris faciat vt poſſit diſtrahi res obligata: *tot. tit. De diſtr. pignor.* hominis autem liberi diſtractio & venditio nulla eſt, quia ex quo eſt liber, deſinit eſſe in hominum commercio: *leg. 1. §. ſi id quod, ff. de oblig. & act.* Itaque vt poſſit libertas dari, neceſſe eſt ſeruum eſſe manumittentis pleno iure: quod ipſum nec ſemper ſufficit, niſi conſtet ſeruum hunc nunquam in alterius dominium, aut obligationem recidere poſſe, vt in ſpecie *leg. ſeruum 11. ff. de manum. l. generaliter 29. §. 1. qui, & à quib. man.* Hoc tamen quod diximus de prohibita ſerui pignorati manumiſſione, ad libertatem directam pertinet, non ad fideicommiſſariam: *leg. generaliter 29. §. ſi quis ſeruo, De fideic. libert.* ſi tamen is locus Vlpiani eſt, ac non potius Triboniani; vt alibi ſcripſimus: *l. ſi pariter 9. §. vlt. de lib. cauſ. l. iudicata 29. de excep. rei iudic.*

l. qui graui 11. cum ſeqq. ff. de iur. codicill. l. cùm pater 77. §. cùm exiſtimaret, de legat. 2. l. duobus 30. De lib. cauſ. l. 1. & 2. C. de commun. ſeru. man.

ILLATIO VII.

De libertate competente ipſo iure.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt quamuis nemo poſſit ex libero fieri ſeruus, niſi facto aliquo interueniente, quia ſeruitus non naturalem cauſam habet, ſed accidentalem, eámque contra naturam; tamen è contrario fit pleriſque caſibus vt libertas competat, adeóque inuito domino, ſola legis poteſtate, nullóque hominis facto intercedente; vt putà ſi mancipium ita fuerit alienatum, vel donatum, vt manumittatur intra certum tempus, nec ſecuta ſit manumiſſio: *l. 1. & tot. tit. C. ſi mancip. ita fuer. alienat. vt manum.* & aliis caſibus, de quib. *in tit. ff. qui ſin. manum. ad lib. per.* Factum enim hominis, quod in manumiſſione neceſſarium eſt, ſola iuris poteſtate repræſentatur, vt ait *lex vlt. dict. tit. C. ſi mancip. ita fuer. alien.* Imò & quod amplius eſt, tum quoque cùm nulla perſona eſt, quæ poſſit manumittere, idem tamen iuris effectus eſt, ſuppletúrque factum etiam illius perſonæ, quæ nulla eſt; putà ſi & venditor, & emptor, intra præſcriptum tempus ambo ſine hærede deceſſerint: *leg. 1. ill. tit. ff. qui ſin. manumiſſ. ad libert. peruen.* Nec mirum id videri debet, quia ſi lex poteſt transferre dominium, quod ex iure gentium duntaxat ad hunc potiùs, quàm ad illum debeat pertinere; vt ſæpius iam diximus ex Vlp. *tit. 19. de acquiſ. rer.* quantò magis poteſt ſeruo reddere libertatem, quam natura communis mater hominibus omnibus æqualem dedit? Imò & ſilentio interdum libertas confertur: vt *in l. vlt. C. de commun. manumiſſ.*

ILLATIO VIII.

De libertate danda inuito.

OCtauò ex eodem Principio fit, vt etiam inuito ſeruo libertas dari poſſit: *leg. vlt. §. ſin verò quidam, C. de teſtam. manum.* Licèt dici ſoleat inuito beneficium non conferri; *l. inuito 69. de reg. iur.* nec poſſe liberalitatem nolenti acquiri: *leg. hoc iure 19. §. non poteſt. ff. de donat.* quia ſicut in ſerui poteſtate non eſt, ne homo ſit; ita nec aliud, ne talis homo ſit, quales omnes homines naſci natura voluit, cùm libertas ſit

l. vlt. §. ſin verò quidã, C. de teſtam. manumiſſ. l. 5. C. de emancip. liber.

qualitas

qualitas naturalis. Rectéque hoc caſu poteſt vſurpari elegans illud dictum Imp.Leonis *Nou.* 102.Duplex beneficium accipere eum,qui beneficium accipere cogitur. Longéque alia ratio eſt filij, quem dicimus non aliter poſſe à patre emancipari,quam volentem, & conſentientem; *l.5.C. de emancip. lib.* Id enim fit non illa ſolùm ratione,quam tradit Iacob.Cuiac.*ad l.ſeruus vetante 62.De verb. oblig.* quod pleraque ſint commoda ſui hæredis,quæ inuito ei eriperentur, ſi inuitus emanciparetur; ſed etiam quia non poterat emancipatio fieri olim niſi per imaginariam venditionem, quæ filiumfamilias interim ſeruum emptoris faciebat, propter quam cauſam dicebatur filius emancipatus capite minutus;licèt quod ſui iuris factus eſſet,auctus potiùs videretur,vt dicemus *ad Tit.de capit.diminut.* Adde quòd nec qualitas naturalis eſt Emancipatum eſſe,ſed accidentalis;ſicut & illa,Eſſe nobilem;nec proinde in inuitum aut hæc, aut illa conferri poteſt. Planè debitorem non ſolum ignorantem,ſed etiam inuitum liberari poſſe conſtat *l.ſoluendo 39.de negot.geſt.* non quidem ſola & nuda voluntate creditoris, ſed iis modis quibus placuit iure tolli poſſe obligationem, puta vel ſolutione ab alio facta,*dict.l.ſoluendo*,vel alio iudicium accipiente pro debitore,*l.ſolutione 23.D. de ſolut.* vel ſupponendo alium, à quo debitum nouandi cauſa ſtipuleris,ſiue ei poſteà acceptum feras,ſiue non;*l ſi debitor 91.eod.l.ſi Stichum 8. in fin.de nouat.l.& per iuſiurandum 13.§.tutor.De acceptil.* (ſunt enim certi modi & inducendæ & tollendæ obligationis, *l. obligationem ferè 44. §. placet,de oblig.& act.*) An verò hoc ob id ſolum, quod etiam ignorantis & inuiti meliorem conditionem facere poſſimus,licèt non deteriorem? vt Caius ſcribit *in d.l.ſoluendo.* Minimè verò. Id enim non eſt perpetuum,*d l.inuito.*Vnde eſt,quod quamuis legatum ſit donatio,*l. legatum 36.de legat.*2.& conſequenter lucroſum ſemper,damnoſum nunquam;*l. ſi hæreditatem 32. D. mandat.* obſdque acquiratur etiam ignoranti,*l.filiuſfam. 16. in fin.D. qui teſtam. facer. poſſ. d.l.cùm pater 77. §. ſurdo,de legat.*2.non tamen acquiratur inuito, *l. ei qui 13.De condit.inſtit. l. ait Prætor 2. §.Pomponius*,aliàs *l.etſi ſine,in princip.l. ſi minor 33. D. de minor.l.ſi tibi homo 86.§.cum ſeruus.de legat.*1. Verior igitur ratio eſt.quia liberatio à libertate dicta eſt;& ſpecies quædam eſt,vt ita dicam, redditæ plenæ libertatis:Quid enim aliud eſt *liberari*,quàm *liberum fieri*:ſcilicet à vinculo obligationis. Definitur enim obligatio *iuris vinculum: Tit.de obligat.Inſtit.*nihil autem tam contrarium libertati,quàm iuſtum vinculum:vnde eſt, quod fideicommiſſaria libertas ei relicta,quem poſteà vinxit dominus, non debetur. *l. fideicommiſſaria 43.de fideic.libert.* Item quòd debitor etiam hodie dicitur quodammodo ſeruus creditoris,ideóobnoxius ſimpliciter appellatur *in l.vlt. C. de præſcr.30.vel.40.annor.*In memoriam,vt puto,iuris veteris, quo ex *lege 12. Tab.* licebat creditori non ſolùm vincire debitorem,qui ſoluendo non eſſet,eúmque in carceres coniicere;ſed etiam verberare: adeóque ſi plures eſſent creditores, corpus addicti debitoris ſecare, ac inter ſe partiri,vt conſtat ex Valer.Max.*lib.4.cap.*1.Varr.*lib.6. de ling.latin.*Gell.*lib.20.ca.*1.Tit.Liuius *lib.*8.vbi refert latam legem,*ne quis nexum, aut compedibus, ob pecuniam acceptam creditori ſeruiret.*Denique liberum eſſe ab obligatione,qualitas naturalis eſt, non accidētalis. Nemo enim naſcitur obligatus. Itaque mirum non eſt, liberationem perinde ac libertatem acquiri debitori non ſolum ignoranti,verùm etiam inuito.

l. ſoluendo 39. De negot.geſt. l. ſolutione 23. D. de ſolut.

Debitor quodammodo ſeruus eſt creditoris.

. vlt. §. fin verò quidd. . de teſtam. manumiſſ. . 5. C. de mancip. lib. ber.

ILLATIO IX.

De impoſitis onerandæ libertatis cauſa.

NOnò ex eodem Principio fit, vt quæ libertatis onerandæ cauſa impoſita ſunt, ea exigi Prætor non patiatur, *l. 1.§.quæ onerandæ,& l.vlt.in fin.D.quar.rer.act.non dat.l.2.l.is qui onerandæ 32. D.de oper.libert.* Quaſi libertas, quamuis certis legibus data, non tam ex facto & voluntate manumittentis, quàm ab ipſa etiam natura competere vidiatur; idcóque permittendum non ſit, vt pro arbitrio manumiſſoris, eiuſdémque patroni,ſupra modum oneretur. Facit *l.4.C.de oper.libert.*

l. 1. §.quæ onerandæ, l. vlt. D. quar. rer. act. non dat. l. 2. l. is qui onerandæ 32. D. de oper libert. l. 4.C. ibid.

ILLATIO X.

De odio violentiæ,& quæ ex eo ſequuntur.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt Legiſlator ciuilis nihil magis exoſum habeat quàm vim; per quam ſcilicet naturalis hæc libertas infringitur; aut vt melius loquar, impeditur. Imò violentiæ nomen ipſum adeò eſt odioſum, vt ſub vno eo nomine multa facinora contineri intelligantur, inquit *l. quoniam 6 C. ad.leg. Iul. de vi public.* Inde eſt quod violenta poſſeſſio, ne reſcripto quidem Principis confirmari poteſt *l.3.C. vnde vi.*ne inde naſcatur iniuriarum occaſio vnde iura naſcuntur: *l. meminerint 6. eo.* Inde quòd ſpoliatus etiam prædo ante omnia eſt reſtituendus: *l. 2.eo. l. ſi maritus 10.C. de donat. int. vir. & vxor.* adeò vt neque compenſationis exceptio, quæ omnium fauorabiliſſima eſt, ei obiici poſſit: *l. vlt. in fin. C. de compenſ.* Inde quod vim facere dicitur quiſquis id,quod ſuum eſſe,ſibi ve deberi putat, propria autoritate non per iudicem repoſcit, ob idque ius ſuum amittit:*l extat.13.*iunct. *§. vlt l. præced.ff.quod met.cauſ.l.pen.& vlt.D.ad leg.Iul.de vi priuat.* Non enim concedendum eſt ſingulis, quod per Magiſtratum publicè fieri poſſit: *l.non eſt ſingulis 176.De reg.iur.*vbi ratio redditur, *Ne occaſio ſit maioris tumultus faciendi.* Inde quod interdictum *vnde vi*, dicitur habere in ſe atrocitatem facinoris,*l.1.§.interdictum hoc 43. D.de vi & vi armat.* Hinc denique eſt, quod in obligationibus faciendi non agitur præciſè ad factum, ſed in locum facti ſuccedit obligatio eius quod intereſt:*l. ſi quis ab alio 13. §.vlt. ff. de re iudic.l.quoties quis alium 81.de verb.oblig.*Nempe quia non poteſt fieri, vt quis cogatur præciſè ad factum ſine vi & impreſſione, cuius inferendæ ius aut occaſionem præbere non debet lex,quæ factam ab homine vim tam ſeuerè coërcet & reprimit. Sic legimus apud T.Liuium coactos olim Senatores ire in Senatum, ſed pignoribus captis, non præciſè. Item cogi interdum quem venire ad Prætorem, ſed remediis prætoriis: id eſt captis diſtractiſque pignoribus, aut mulcta contra eum dicta:*l.1.§.quid ergo ſi non reſponderit.D.de inſpic.ventr.*

l. quoniam 6. C. ad leg. Iul. de vi public.

Digitized by Google

ILLATIO XI.

De geſtis per vim & metum, & de voluntate coacta.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt non tantùm ſi quid per vim geſtum ſit, ſed etiam ſi per metum, ratum id nullo tempore habeatur: *l. ſi mulier* 21. §. 1. *ff. quod met. cauſ.* maximè ſi metus illatus ſit vel mortis, vel ſeruitutis, & vinculorum: *l.* 4 *cum ſeqq. l.* 7. §. 1. *eod.* Diſtat enim vis à metu, quòd vis eſt maioris rei impetus, qui repelli non poteſt: *l.* 2. *eo.* ſignificatque neceſſitatem impoſitam contrariam voluntati: Metus verò, inſtantis vel futuri periculi cauſa, mentis trepidationem. *l.* 1. *eod.* Itaque tam vis, quàm metus infringit libertatem; quia contraria eſt voluntati, in qua ſola hominis libertas tota conſiſtit: Et quamuis dici ſoleat coactam voluntatem, eſſe voluntatem; *d. l. ſi mulier* §. *ſi metu coactus, leg. ſi patre cogente* 22. *ff. de rit. nupt.* Non tamen ſimpliciter, abſolutè, & præcisè voluntas dici poteſt; ſed vt loquuntur Interpretes cauſatiuè, id eſt ex comparatione eius periculi cuius metus inferebatur, quia metuit ne quid ſibi durius contingeret. Propter quam cauſam ſic loquitur Celſus in *d. leg. ſi patre, maluiſſe hoc videtur*: quaſi dicat *ne hoc quidem volebat, ſed hoc tamen maluit.* Quamquam enim in malis non ſit electio, ſecundum Ariſtotelem, rectiùs loqueretur qui diceret hominem vi, vel metu coactum ad aliquid faciendum, non tam id maluiſſe, quàm minùs noluiſſe. Sicut enim aliud eſt velle, aliud non nolle, aliud nolle, aliud non velle: *leg.* 3. *De reg. iur. l. pater Seuerianam* 101. *D. condit. & demonſtr. l.* 4. *De acquir. hered. l.* 4. *verſ. non enim, ad Treb.* Aliud fateri, aliud non negare; aliud negare, aliud non fateri: *l. qui tacet.* 142. *ff. reg. iur.* ſic longè aliud eſt, *malle*, aliud *minùs nolle.* Qui propriè mauult, vtrumque vult, ſed hoc magis quam illud: Qui verò propriè minùs nolle dicitur, neutrum vult, ſed hoc minùs quàm illud. Inde eſt quod interpoſitas metus cauſa tranſactiones, aliáſve conuentiones, iuris quidem ciuilis rigor validas eſſe patitur, quia voluntatem qualemqualem habent, id eſt ſaltem coactam (ſi enim voluntas nulla eſſet, deficiente conſenſu non poſſet contractus ſubſiſtere, *l. in omnibus* 57. *de obli. & act. l.* 1. *ff. de pact. l.* 1. *de tranſact.*) ſed tamen Prætor ratas non habet, *l. interpoſitas* 13. *C. eod. l. ſi mulier.* §. 1. *& tot. tit. quod met. cauſ.* quia voluntas illa non eſt libera, ideóque reſcinditur contractus per in integrum reſtitutionem, quæ tamen vel ob hoc ipſum neceſſaria eſt, quòd interim contractus tenet: *l.* 2. *l. ſi quidem* 11. *C. de præd. minor.* Quod enim nullum eſſet, reſcindi non poſſet: *l.* 5. *D. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſt.*

L. ſi mulier 21. §. 1. *D. quod met. cauſ.*

Malle, & minus nolle.

ILLATIO XII.

De libertate naturali rerum omnium.

DVodecimò ex hoc eodem Principio fit, vt non homines duntaxat, ſed omnia etiam hominis liberi bona, naturaliter libera eſſe intelligantur, niſi probetur aliqua ſeruitus conſtituta: *l. cum eo* 9. *D. de ſeruit. vrban. præd. l. inter ſeruientes* 15. illis verb. *prohiberi poteſt ſi ſeruitus debeatur. eod. l. altius* 8. *& ſeq. C. de ſeruitut. & aqua.* Neque enim poſſet liber homo de rebus ſuis diſponere quomodo vellet, ſi eſſent illæ obligatæ, non liberæ: quemadmodum videmus non poſſe debitorem diſponere de bonis pignori datis, aut ſeruituris onere affectis in præiudicium creditoris hypothecarij, vel illius, cuius fundo ſeruitus debeatur, adeò vt quantumuis locuples ſit, ſeruum tamen pignori datum manumittere non poſſit: *l.* 3. *ff. de manumiſſ. l.* 4. *ff. qui, & à quib. manum.* Eadem ratio facit, vt nunquam præſumatur res feudalis aut emphyteuticaria. Nam & hæ feudi qualitates, ſunt non naturales vt libertas, ſed accidentales; ideóque probandæ ſunt. Notant noſtri ad *l.* 1. *& vlt. C. de iur. emphy.* Idque prorſus conſequens eſt ei, quod ſupra diximus, & ſeruitutes, & obligationes, ac conuentiones penè omnes, inductas eſſe ex iure gentium, cæteras ex iure ciuili: *l. ex hoc iure* 5. *De inſt. & iur.* Ex eo namque apparet fieri non poſſe, vt fundus aliquis naturaliter dici poſſit, aut ſeruiens, aut feudalis, aut emphyteuticarius, cùm in his omnibus neceſſe ſit præcedere conuentionem: §. *ſi quis velit, Inſt. De ſeruit. præ.* aut teſtamentum, *tot. tit. De ſeruit. leg.* aut conſuetudinem ſeu ſtatutum loci, *l.* 1. §. *vl. leg. vlt. De aqua plu. ar.* aut denique longi temporis præſcriptionem, *l. ſi quis diuturno* 10. *ſi ſeru. vindic.* Etſi non ignoro quod ſcriptum eſt in *d.* §. *vlt. l.* 1. *De aqua plun. arc.* fundum inferiorem naturaliter ſeruire ſuperiori. Sed non eſt illa ſeruitus de qua tractamus; nec quæ faciat quominùs idem fundus naturaliter ſit liber, ſi nulla ſeruitutis lex ei dicta ſit. Eadem enim natura, quæ facit vt aquæ incommodum ex fundo ſuperiore defluat in inferiorem, proſpexit optimè, vt id incommodum cum alio commodo longè maiore compenſaretur. Facit enim vt omnis pinguitudo terræ ad eundem fundum inferiorem decurrat, vt *ibidem* Vlpianus ſcribit.

L. 3. *ff. de manumiſſ. l.* 4. *D. qui & à quib. manum.*

ILLATIO XIII.

De pactis & legatis per quæ libertas infringitur.

DEcimotertiò, ex eodem Principio fit, vt neque pacta valeant, neque legata, per quæ ius libertatis infringitur, putà ſi promiſeris mihi pecuniam, ſi Mæniam vxorem non duces, *l. Titio centum* 71. §. 1. *ff de condit. & demonſt.* aut ſi centum tibi legauero, ita vt à meo monumento non recedas, vel vt in illa ciuitate domicilium habeas: §. 2. *eiuſd. l.* vbi tamen Papin. ſubiicit, quod notandum eſt, in defuncti libertis alio iure nos vti: quod & reſponſum eſt in *l. libertis* 18. §. *vlt. De adimen. leg.* quia cùm libertatem ipſam à patrono acceperint, non eſt iniquum duriore conditione eos cenſeri, quàm ingenuos homines, vt non eorum libertas oneretur, quemadmodum diximus *illat.* 9. ſed vt legatum conſequi non debeant, ſi nolint parêre conditioni; maximè verò ſi conditio illa adiecta ſit in actu ipſo manumiſſionis, ſiue teſtamentariæ, ſiue inter viuos: vt in *l. Mæuia* 44. *De man. teſt.* Qua enim fronte poſſit obſecro libertus patroni ſui voluntati, ex qua nouum lucrum conſequi velit, obiicere libertatem, quam ab eodem patrono acceperit? *l. filio* 7. *ff. vt leg. nom. caueatur, l.* 4. *C. de obſeq. patr. præſt.* Poteſt ſiquidem quilibet in alienatione rei ſuæ quam vult legem dicere, *l. in traditio*

L. Titio centum 71. § 1. *& 2. D. de cond. & dem.*

traditionibus 44. de pact. l. vlt.C. de pact. int. emp. etiam quæ alioquin non valeret, *l. ex fundo 19. ff. de ſeru. l. venditor. 13. commu. præ.* manumiſſio autem alienatio eſt: *l. ſeruus furioſi 3. ff. de man.* vbi hac de cauſa negatur, ſeruum furioſi poſſe manumitti à curatore; quoniam, inquit lex, manumiſſio in patrimonij adminiſtratione non eſt. Quæ ratio etiam facit, vt nec à tutore poſſit manumitti ſeruus pupilli, etiam qui à pupillo ipſo manumitti & potuerit, & debuerit: *l. pen. C. qui manum. non poſſ.*

L. 3. ff. de manumiſſ. l. 4. ff. qui & à qui manum.

ILLATIO XIV.

De libertate teſtandi.

DEcimoquartò, ex eodem Principio fit, vt neque pactione, neque alia qualibet arte poſſit quis liberam teſtamenti factionem ſibi præripere: *l. cum duobus 52.* aliàs *l. ſi fratres, §. idem reſpondit ſocietatem, ff. pro ſocio: l. ſtipulatio hoc modo concepta 61. De verb. obl. l. pactum quod dotali 15. l. vlt. C. de pact.* Eſt enim contra bonos mores quicquid fit, vt ea teſtandi libertas eripiatur: *l. ex eo 4. C. de inutil. ſtipu.* Nec ſolùm contra bonos mores ciuiles, vt Interpretes quidam diſputant, ſed etiam contra naturales, quia libertas illa naturalis eſt. Etſi enim non à natura, ſed à lege habet homo vt teſtari poſſit, vt ſcripſimus *illat. 5. ad Princ. 5. ix. prac.* habet tamen à natura vt teſtari velit, liberúmque habere teſtandi arbitrium: *l. 1. C. de ſacr. Eccl.* vbi ſcriptum eſt nihil eſſe, quod hominibus magis debeatur. Simile quidpiam ſcriptum eſt in *l. ne cum filiofamilias 16. De fur.* ne pater furti agere cum filiofamil. poſſit, non iuris conſtitutionem, ſed naturam impedimento eſſe, quòd inquit, non magis cum iis quos in poteſtate habemus, quàm nobiſcum ipſi agere poſſimus. Senſus enim eſt, Eſſe quidem ex iure ciuili non à natura vt liberos in poteſtate habeamus, *tit. de patr. pot. Inſt.* & conſequenter vt patris & filiifamilias vna perſona eſſe exiſtimetur. Sed tamen ita conſtituto iure ciuili, naturam ipſam rei eſſe impedimento, ne pater cum filiofamilias agere poſſit, quia per rerum naturam fieri nequit vt agat quis cum ſeipſo. Vnde eſt quod inter patrem & filium emancipatum lis eſſe poteſt, ſaltem venia petita: *l. 3. C. de in ius voc.* imò & inter patrem & filiumfamilias de caſtrenſi peculio, *l. 4. ff. de iud.* quoniam in eo peculio filiusfam. patrisfamilias loco eſt: *l. 2. ff. ad SC. Maced.* Et hic ſenſus eſt *d. l. 16.* à paucis fortaſſe bene perceptus. Dices, Eadem ratione futurum, vt inferre quis poſſit, nec de alia re vlla valere hominum conuentiones; cùm eam libertatem eripiant, aut ſaltem reſtringant: ſi quidem dici ſolet, contractus omnes, qui modò vtiles ſint, ab initio eſſe voluntatis, ex poſtfacto neceſſitatis: *l. ſicut 5. C. de obl. & act.* ob eámque cauſam, vt toties diximus, obligatio *iuris vinculum* definitur *tit. de oblıgat. Inſtit.* Ego verò nego conſecutionem. Diuerſitatis enim ratio illa eſt, quod in contractibus omnibus, adeóque pactis, neceſſe eſt plurium conſenſum interuenire, *l. 1. ff. de pact.* Vnde & conuentiones appellantur. Itaque voluntas quæ contractum facit, non eſt huius, vel illius, id eſt alterutrius, ſed vtriuſque contrahentium conſenſus. Nec proinde ratio vlla iuris aut æquitatis patitur, vt ex alterutrius pœnitentia reſoluatur contractus, qui vtriuſque conſenſu perfectus fuit: *l. prout 80. de ſolu. leg. nihil tam naturale 35. De reg. iur.* At vltima cuiuſque voluntas, vnius tantùm hominis eſt, adeò vt neque ex alieno arbitrio pendère debeat: *leg. captatorias 70. & ſeq. leg. captatoria 64. de leg. 1.* Vnde & teſtamentum definitur *iuſta ſententia voluntatis noſtræ*, non alienæ; *l. 1. ff. qui teſta. fac. poſſ.* Fieri ergo non poteſt vt reſtringatur, quin libertas infringatur. Nec enim dicitur vltima voluntas, quòd poſt eam alia nulla ſit: nam eo ſenſu diceretur vltima etiam, quæ eſſet irreuocabilis, ſed quia eſt ambulatoria ad vltimum vſque vitæ exitum: *leg. cùm hic ſtatus 32. §. pœnitentiam, de don. int. vir. & vxor. l. 4. de adimen. leg.* nec eam lex alia de cauſa confirmat, quàm quòd reuocata non ſit, cùm reuocari potuiſſet. Voluntas enim quæ inter viuos valuiſſet, ea confirmatione non indigeret, qua indigent vltimæ voluntates.

l. ex eo 4. C. de inut. ſtip.

l. ne cum filiofamilias 16. ff. de fur. l. ſicut. 5. C. de oblig. & act.

L. Titio centum 71. §. 1. & 2. D. de cond. & dem.

ILLATIO XV.

De permiſſa per Principem libera facultate teſtandi.

DEcimoquintò, ex eodem Principio fit, vt ſi cui libera teſtamenti factio per reſcriptum Principis conceſſa ſit, non aliud conceſſum intelligatur, quàm vt ſecundum leges quis teſtetur: *l. ſi quando 35. in prin. C. de inoff. teſtam.* iunct. *l. 3. §. 1. De bon. lib.* nempe quia nec aliud ſonat nomen ipſum libertatis, vt verba illa definitionis noſtræ demonſtrant, *niſi ſi quid iure prohibetur.*

l. ſi quando 35. C de inoff. teſt l. 3 §. 1. ff. de bon. liber.

ILLATIO XVI.

De iis, quæ iure ac honeſtè fieri non poſſunt.

DEcimoſextò, ex eodem Principio fit, quod in Principij declaratione attigimus, vt quæ honeſtè facere non poſſumus, ea nec facere poſſe exiſtimemur: *d. l. filius 15. De condit. inſtit.* Imò verò quod magis eſt, libertas ipſa facit, vt homini libero non debeat eſſe liberum quicquam facere, quod ſit contra leges, vel contra bonos mores. At vt è contrario iuſtè viuere cogatur, & ex præſcripto legum; ſub quibus naſci eum Deus voluit: *leg. 1. & 2. ff De leg.* iunct. *l. iuſtitia 10. §. 1. De iuſt. & iur.* Vnde inferri poteſt non ineleganter, quod Vlp. ſcribit in *l. iuris gentium 7. §. ſi quis ob maleficium, De pact.* Si quid tibi promiſero ob hoc ſolùm ne maleficium facias, non obligari me hac conuentione, non magis quàm ſi tibi promiſiſſem, vt furtum, vel homicidium faceres: *l. generaliter 26. & ſeq ff. de verb. obl.* Quamquam diuerſa ratione. Hæc enim poſterior promiſſio non valeret tanquam turpis. Prior verò, tanquam facta ſine cauſa, quia cauſa nulla eſt, cur pecuniam habere debeas, ne facias id, quod etiamſi maximè velis, tibi facere liberum non ſit, quia iure prohibeatis. Quod enim lex te facere prohibet, id te non facere cogit etiam inuitum. Et ſanè ſi verum amamus, habet etiam hæc promiſſio admixtam turpitudinem, quia turpe eſt, & ab hominis boni ac boneſti dignitate alienum, bene viuendi pretiũ aliud quærere, quàm quod ex amore virtutis, & honeſtatis, legúmque obſeruatione bonis omnibus propoſitum ſit, & conſtitutum; exemplo eius, quod ex

l filius 15. ff. de cond. inſt.

Digitized by Google

Papiniano ſcribit Inſtin. quamuis in ſpecie diſſimili, in *d.l.ſi quando,§.1. C. de inoff.teſtam.* meritis magis filios ad pateroa obſequia prouocandos eſſe, quàm pactionibus adſtringendos. Planè in pœnam delicti, præſettim quod legibus non puniatur, pecuniam ſtipulari poſſumus: *leg.ex ea 121.§ 1. de verb.obl.*

ILLATIO XVII.

De libertate in vltimum vitæ momentum non conferenda.

DEcimoſeptimò, ex eodem Principio fit, vt libertas non poſſit conferri in vitæ momentum vltimum: *l.libertas 17. D.manum. teſta.* quia cùm reddat hominem naturali ſuo iuri, non poteſt fieri vt incipiat quis eſſe liber eo inſtanti, quo deſinit eſſe homo.

ILLATIO XVIII.

Præſtationem libertatis nunquam fieri dominij tranſlationem.

DEcimooctauò inde fit, ne præſtatio libertatis fieri vnquam poſſit dominij tranſlatio, vt elegãter licèt ſubobſcurè loquitur Tryph. in *leg. in bello 12. §. manumittendo, de captiu. & poſt.* vbi tamen tractat ſpeciem, ex qua, quomodo accipiendum hoc ſit, non obſcurum eſt.

De libertate filiifamilias.

ET ex his reſponderi poteſt ad id, qood fortaſſe quis obiecturus ſit, ſecundum eam, quam propoſuimus libertatis definitionem, fieri, vt filiusfamilias liber non eſſe videatur, cùm non babeat liberam illam facultatem, & voluntatem faciendi quicquid velit, ſiquidem ſi ab aliquo hæres ſit inſtitutus, non poteſt bæreditatem adire, niſi iubente patre: *l. qui in aliena 6. l. ſi quis mihi bona 25. §.iuſſum, ff.de acquir.hær.* Reſpondendum enim eſt id fieri, non quia filiifamilias perſona non ſit libera & integra, ſed quia ius prohibet ne filiusfamilias delatam ſibi hæreditatem inſcio patre adire poſſit. Hoc ipſum verò cur ita? Quoniam alioqui fieret, vt per filij aditionem ignorans & inuitus pater hæreditario æri alieno obligaretur; *d. leg. qui aliena,* quod eſſet iniquum: ſiue ponas oneratam, ſiue opulentiſſimam eſſe hæreditatem (nec enim præſcribi cuiquam debet cur metuat hæreditatem adire, vel cur nolit, cùm variæ ſint hominum voluntates, vt ait *l. 4 ff. ad SC. Treb. leg. ſi in teſtamento 22. ff ſi quis omiſſ. cau teſt.*) Melior namque conditio noſtra fieri poteſt per eos, quos in poteſtate habemus, vt & per alios deterior non poteſt: *l. melior. 133. de reg. iur.* iunct. *l. in perſona 38. ff. de pact. leg. ſeruus meus 19. ff. man. l. ſoluendo 39. De neg. geſt. l. ſeruientes 20 §. pen. vib. præd.* Quæ ratio facit, vt nec in patris poteſtate ſit, repudiando hæreditatem filiofamilias delatam, nocere filio non conſentienti: *l. ſi qui hæres 13.§.vlt. De aequir. hær. l.vl.C.de bon.quæ liber.* Nec tamen idcirco quis dixerit patrisfamilias perſonam, liberam non eſſe. Idémque in perſona domini ſeruum habentis tractari poteſt, non quòd hæreditatem ſeruo datam repudiare non poſſit ſine conſenſu ſerui (poteſt enim, habétque in eo ſeruus minus iuris quàm filiusfamilias, quià cùm non habeat factionem teſtamenti, niſi ex perſona domini, *l. non minùs 31. ff. de hæred. inſt.* hæreditas in qua fuit ſeruus inſtitutus, non ipſi ſeruo, ſed ſoli domino delata intelligitur; ac proinde ſolius domini eſt, eam repudiare:) ſed quia prohibere non poteſt, quominùs ei inuito & vetaoti acquiratur per ſeruum, pene ex omnibus cauſis: *l. ſeruus vetante 62. De ver. obligat. l. etiam inuitis 32. De acqu. rer. dom* vbi adiecta eſt dictio illa *penè*, propter hæreditatem, quam ſeruus adire non poteſt niſi iuſſu domini præcedente. Sed quod ex cæteris cauſis, ſeruus acquirit domino non ſolum ignoranti, verùm etiam inuito, cùm id fiat iure poteſtatis: *l. placet 79. D. acq. hær.* non lædit ius libertatis domini, in cuius ſcilicet remanet poteſtate, non ſolùm vt ſeruum manumittat, vel alienet, ſi per eum ſibi acquiri nolit, ſed etiam vt quod ſibi acquiſitum eſt per ſeruum, à ſe abdicet, & ei, ſi volet, reſtituat à qoo fuit acquiſitum. Difficilius illud videtur, quod non magis filiifamilias, quàm ſerui voluntas vlla eſſe intelligitur; cùm velle non credatur qui obſequitur imperio patris, aut domini; vt eſt in iuris regula: *l. 4. De reg. iur.* Quomodo enim libertatem habere videri poteſt filiusfamilias, ſi non habet voluntatem, ex qua, vt dixi, libertas æſtimatur. Nam & inde eſt quod ſi quid faciat filius non ſolùm cum patre, ſed etiam cum alio, præſente patre, per metum reuerentialẽ id facere intelligatur: quaſi quẽ pudor impediat, ne patri reſiſtere poſſit propter paternam verecundiam: *l. pen. ff. de furt l. 1. §. quæ oneranda, ff. quar. rer. act. non dat.* Nec reſponderi poteſt id fieri iure patriæ poteſtatis, & iure ciuili. Nam vt parentibus noſtris pareamus, non ſolùm ex iure gentium eſt, *l. 2. ff. de inſt. & iur.* ſed etiam ex iure naturali, vt ſcripſimus *ad Princ. 5. Tit. De iur. nat. gent. & ciuil.* Sed reſpondendum eſt, eam patri à liberis debitam obſeruantiam, non facere quin liberi propriam, liberámque habeant voluntatem, *l. fideiuſſor 26. §. 1. ff. de pign. l. ſed quæ patris 12. de ſponſal. l. ſi patre cogente 22. De ritu nup.* Nec proinde quin dici debeant liberi, non ſerui. Alioqui nec emancipati haberent libertatem, cùm eandem, quam ſui hæredes, obſeruantiam parentibus naturaliter debeant: *l. 1. l. 9. l. penul. ff. de obſeq. par. præſt. l. 2. C. qui & aduer. quos in integ. reſt. l. 3. C. de patr. poteſt.* Non enim ius patriæ poteſtatis, ſed ipſius naturæ religio facit, vt ea pietas & obſeruantia parentibus à liberis debeatur: *l. 4. ff. de cura. furio. l. liberi 28. C. de inof. teſt. l. 3. C. de in ius voc.* Propter quam cauſam non dubitatur, quin valeant omnia geſta inter patrem & liberos, ſiue filiosfamilias, ſiue emancipatos, quibus ex cauſis & caſibus placuit inter eos contrahi poſſe, adeò vt nec reſcindi debeant per in integrum reſtitutionem, quaſi per vim aut metum geſta; ſi non ad metum illum, quem vocant reuerentialem, immodica & enormis læſio acceſſerit: *l. ſi ſuperſtite 5. ver. ſanè C. de dolo.* Quid ergo eſt? Dicimus filium & ſeruum non credi velle ea, quæ faciunt vt patris vel domini imperio obſequantur: vt intelligamus dignos eos eſſe venia, etiam ſi quid illicitè fecerint, propter quod alioqui vel infamia notari deberent, vel pœna aliqua, aut actione teneri, quoniam parêre iis neceſſe fuit: *l. non videntur 67. §. 1. l. is damnum dat. 169. De reg iur. l. liberorum 11. §. vl. cum l. ſeq. ff. de his qui not. infam. l. liber homo 37. ff. ad l. Aqu.* Excipienda tamen

l. qui in aliena 6. l. ſi qui mihi bona 25. §. iuſſum, ff de acq. hær.

l. placet 79. de acq hær.

l. 4. De reg. iur.

Digitized by Google

tamen ſunt ea, quæ habent in ſe atrocitatem ſceleris & facinoris; nec enim in iis, patri filius obtemperare debet, at ne quidem domino ſeruus: *l. is qui in puteum 11. §. an ignoſcitur, ff. quod vi aut clam. l. ſeruus non in omnibus 20. De obl. & act.* Fatendum tamen eſt, poſſe dici quodammodo eum fieri libertum, qui eximitur & liberatur patria poteſtate: *l. ſi filius 8. D. de ingrat. liber.*

PRINCIPIVM III.

Definitio ſeruitutis.

l. placet 79. de acq. her.

SEruitus eſt conſtitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam ſubiicitur *l. 4. §. 1. ff. de ſtat. homin. l. 4 & 5. de iuſtit. & iur.* Dicitur *conſtitutio iuris gentium*, quia non poteſt eſſe ex iure naturali, cùm natura homines omnes liberi naſcantur: neque ex iure ciuili, cùm ius ciuile ſeruos non agnoſcat, niſi hactenus vt eos pro nullis habeat, quemadmodum à nobis diſputatum eſt in ſuperioribus. Nec quòd ſeruus quis fieri poteſt, etiam iure ciuili, putà ſi ad pretium participandum ſe venundari paſſus ſit; ad rem facit: Etſi enim modus hic ſeruitutis conſtituendæ eſt ex iure ciuili, ſeruitus tamen ipſa non eo minus eſt ex iure gentium; quia nec aliud facit hìc ius ciuile, niſi vt qui ſe tanquam ſi iure gentium ſeruus eſſet, venundari paſſus eſt dolo malo, vt deciperet emptorem, non impune ferat; nec poſſit implorare auxilium legis prohibentis liberi hominis venditionem, vt diximus *ad Princip. 1. verſ. concludamus in fin. ſup. hoc tit. ex l. 4 ff. quib. ad liber. proclam. non licet.* Dicitur *dominio alieno*, quoniam ſeruus non poteſt intelligi, niſi ex comparatione domini. Neque enim ſibi ipſi ſeruire quis poteſt, imo nec cuiquam res ſua: *l. in re communi 26. ff. de ſeruit. vrban. præd.* Vnde etiam eſt, quod membrorum ſuorum dominus nemo eſſe intelligitur: *l. liber homo 13. in princ. ff. ad leg. Aquil.* Nam inter dominum & ſeruum, neceſſe eſt realem, & vt ita dicam identificam eſſe diſtinctionem. Inducunt etiam verba iſta differentiam manifeſtam inter filiumfamilias, & ſeruum. Filiusfamilias enim alienæ quidem poteſtati ſubiicitur, ſed non alieno dominio, cùm ob eam cauſam ſuus hæres dicatur, id eſt ſuus dominus: (*hæredem* enim, pro domino Veteres dicebant, vt iam ſæpiùs monuimus, *§. vlt. Inſtit. de hæred. qualit. & differ.*) quaſi qui in proprio ſui ipſius dominio ſit, non in alieno. Quid? inquies, An non poteſt ſeruus quis eſſe etiam nullius? Finge ſeruum hæreditarium: *l. 3. ff. de pecu.* Illud enim rebus omnibus hæreditariis commune eſt, vt ante aditam hæreditatem, in nullius bonis eſſe intelligantur: *l. 1. ff. de rer. diuiſ.* Sed id ita accipiendum eſt, vt reuera ſint nullius; quia neque vllus eſt qui iam mortuus eſt, neque adhuc dominus eſſe poteſt, qui nondum hæres eſt: hæreditas autem licet defuncti perſonam repræſentet, non tamen tale quid eſt, quod re ipſa ſubſiſtat; ſed tantum iuris fictione, cùm ſit nomen iuris: *l. hær. 50. ff. de petit. hær. l. 3. §. 1. ff. de bonor. poſſ.* Cæterum fictione iuris, (in dicto nomine & iure hæred. quæ defuncti perſonam repræſentet, ob eas rationes quas attulimus *ad Princip. 5. illat. 3. ſup. tit. prox.* non poteſt dici nullius eſſe ſeruum, qui ſit hæreditatis. Vnde fit, vt ex perſona domini defuncti poſſit inſtitui: *l. non minus 35. §. 1. D. de hæred. inſtit.* Cùmque eo tempore quo hæreditas eſſe deſinit, id eſt, ex inſtanti ſecutæ aditionis, ſuccedat alia iuris fictio, quæ facit vt hæreditas quandocunque adita, iam inde ab inſtanti mortis adita eſſe intelligatur; *l. hæres quandocunque 54. de acq. hæred.* eáque retrofictio aditæ hæreditatis ſecum trahat cætera omnia, quæ pendent ab aditione: *l. omnia 193. de reg. iur.* apparet nullum inſtans dari poſſe, quo videatur nullius fuiſſe ſeruus, quandiu fuit hæreditarius. Adeo autem impoſſibile eſt, vt qui ſeruus eſt, nullius ſit, vt nec libertus quiſquam dici poſſit, quin alicuius libertus ſit. Sunt enim iſta etiam *libertus, & patronus*, correlatiua, ſicut & illa *ſeruus & dominus*. Dices, imo vero eum, qui domini ſui teſtamento manumiſſus eſt, nullius libertum eſſe, quia eum libertatem accipiat à defuncto, qui iam nullus eſt, & accipiat eo tempore quo iam ſit ille mortuus (non enim valent teſtamentariæ manumiſſiones niſi per legem duodecim Tabularum, ex qua parte confirmat ſupremas defunctorum voluntates, vt Vlp. *in Tit.* ſcribit *Tit. 1.*) non poteſt dici libertus hæredis, à quo nihil acceperit: Ergo vel nullius libertus eſt, vel quod idem eſt, ſolius defuncti. Nam & defunctus nullus eſt. Sicut & qui domini necē detexit, de quo *in l. 4. in princ. de bon. lib.* nullius libertus eſſe dicitur. Fit enim liber ex ſenatuſconſulto: *d. l. 4.* aut à Prætore, *l. æris alieni 39 ff. ad l. falcid.* Reſp. imo verò eſſe libertum eius, cuius fuit ſeruus, *l. 3. §. qui necē ff. de ſuis & legit.* Ergo defuncti. Et quia defunctus reuera nullus eſt, placuit dici eum libertum orcinum: *l. 3. §. planè ſi forte. ff. de legit. tutor. l. qui ob necem 5. ff. qui ſin. manum. ad libert. peruen.* aut familiæ defuncti, vt loquitur Papin. in *l. ſi ſocius 48. ff. de teſtam. manumiſſ.* Non alia ratione, quàm quia defuncti libertus eſt, vt probatur non ineleganter ex *l. pen. in princ. de iur. patron.* vbi Tryphoninus ſcribit, ſi filius patris necem inultam reliquerit, quam ſeruus detexit, qui ideò meruit libertatem, non eſſe habendum filium, pro patroni filio, quia indignus eſt. Non ait *non eſſe habendum pro patrono filium*, quia nec ſi patris mortem vindicaſſet, patronus tamen dici poſſet, qui libertatem non dediſſet; ſed *non eſſe habendum pro patroni filio*. Ita innuens è contrario habendum fore illum pro filio patroni, ſi patris mortem vindicaſſet. Atqui nec illo etiam caſu haberi poſſet pro filio patroni, ſi pater ipſe patronus non eſſet. Quamquam, vt ad propoſitum redeamus, multò facilius eſt, vt libertus aliquis ſit ſine patrono, quàm vt ſeruus ſine domino. Libertus enim dicitur habito reſpectu ad id, non quod nunc eſt, ſed quod ante fuit, ſcili. quia fuit anteà ſeruus, & talis eſſe deſiit: Seruus autem dicitur habito reſpectu ad præſentem ſtatum, quia dominum habet. Itaque fieri non poteſt, vt quo inſtāti quis ſeruus eſt, eodem inſtanti non ſit alius dominus. At nihil prohibet, liberum quem fieri eo tempore quo dominus amplius nullus eſt, vt in exemplis quæ attulimus de manumiſſis teſtamento, vel à Prætore, ex ſenatuſconſulto, ob necem domini detectam. Vtroque enim caſu qui fuit dominus quandiu vixit, dominus manſit nec cœpit libertas competere niſi poſt mortem, quo tempore deſiit iam vtique dominus eſſe, qui deſiit eſſe homo: nec eo magis potuit incipere fieri patronus deſinens eſſe dominus, cùm qui mortuus eſt non magis patronus fieri poſſit quàm dominus, licet eo demum inſtanti quo iam mortuus ſit dominus, incipiat libertus fieri is qui ſeruus fuit: quia nec prius liber eſt, nec rurſum prius libertus quàm liber. Vnde nec nouum, quamquam perrarum eſt, vt quis ſui ipſius libertus intelligatur, quemadmodum in

ſpecie

Marginal notes:

4. De reg. iur.

L. 4. D. quib. ad liber. proclam. non licet.

L. in re com. 26. D. de ſeruit. vrb. præd. l. cùm eſſent 33. §. 1. ff. de ſeruit. ruſtic. præd.

l. 4. in prin ff. de bon. libert.

l. pen. in princip. De iur. patron.

Digitized by Google

l. vnic. §. illud etiam 8. C. de Latin. lib. toll. At vt quis ſui ipſius ſeruus ſit, aut eſſe intelligatur, nullo vnquam caſu euenit. Rectè igitur in ſeruitutis definitione adiecta ſunt verba illa *dominio alieno*. Sequitur *contra naturã*, non quaſi aliquo caſu fieri poſſit, vt quis alieno dominio ſecundum naturam ſubiiciatur; ſed quia ſemper & omnimodo contra naturam eſt, vt homo ſubiectus ſit dominio alieno, cùm natura omnes homines æquales naſci, viuere, & mori voluerit: *l. quod attinet 32. De reg. iur.* Non tamẽ omnis ſubiectio eſt contra naturam, ſed illa tantùm quæ ad dominij cauſam pertinet. Alioqui vt filius parẽtibus, & ciuis quilibet Magiſtratui & legibus ſubiectus ſit, vt ideo parere habeat neceſſe, ſecundum naturam & nõ cõtra naturã: *l. 2. De inſt. & iur. l. 1. & 2. ff. de legib. l. non videntur 67. §. 1. l. 199. De reg. iur. l. 3. verſ. ſed vim, ff. quod met. cauſ.* Eſt etiam ſubiectio quædã, quæ neque ex natura eſt, neque contra naturam, ſed præter naturã; vt cùm quis alienæ poteſtati, ſiue per adoptionẽ, ſiue per arrogationem ſubiicitur: *Tit. de Adopt.* Aliud enim eſt fieri quid præter naturam, aliud contra naturam, ſicut & aliud fieri quid præter leges, aliud contra leges. Prætor nihil potuit facere contra leges, *l. iuris gentium 7. § ait prætor, De pact.* Præter leges multa fecit, & facere pro ſuo iure potuit: *l. nec non 28. § quoad eius, ff. ex quib. cauſ. maior.*

Subiectio alia, ſecundum naturam. Alia contra naturam. Alia præter naturam.

Fauor libertatis, ex odio ſeruitutis. Et odium ſeruitutis, ex fauore libertatis.

AD hoc Principium referri poſſunt eæ omnes fere illationes, quas *ad Principium proximè præcedens* accommodauimus. Quandoquidem libertas & ſeruitus adeò ſunt correlatiua, vt neque alia ratione fauorabilis ſit libertas, quàm propter odium ſeruitutis; neque odioſa ſeruitus, quàm propter fauorem libertatis.

ILLATIO I.

De ſeruis fugitiuis.

EX hoc Principio illud etiam fit; vt ſeruus fugitiuus ſui furtum facere intelligatur, tanquam qui dominio alieno ita ſubiectus ſit, vt etiam à domino ſuo poſſideatur: *l. 3. §. ſeruus, §. Nerua filius, ff. de acquir. poſſ.* ideóque dicitur interdũ eſſe ſub poſſeſſione domini ſui, hoc ſenſu, quòd ſit ſub eius poteſtate: *l. apud antiquos 21 verſ. tunc autem, C. de furt. & ſeru. corrupt.* Eáque res facit vt libertatem vſucapere non poſſit: *l. 1. C. de ſeru. fug.* vbi ratio redditur, *ne ſeruorũ fuga dominis ſuis ex quacunque cauſa fiat damnoſa.* Etſi enim potuit illa etiam ratio reddi, quòd non procedat vſucapio ſine bona fide, *leg. ſi aliena 10. & paſſim, ff. de vſuca.* fuga verò vſque adeò impediat bonam fidem, vt etiam qui ſcit ſe liberum, ſi pro fugitiuo agat, hoc ipſo, quod in fuga eſt, pro ſeruo agat: *leg. quod autem 10. ff. de liber. cauſ. l. 1. Cod. de long. temp. præſcr. quæ pro lib.* Item quòd rei furtiuæ vſucapio prohibita ſit lege 12. tab. & lege Atrinia, *l. non ſolum 33. in prin. de vſuc. § furtiuæ, inſt. eod. ti.* furtum autem nihil aliud ſit quàm interuerſio poſſeſſionis, vt ex Iac. Cuiacio diximus *ad Princip. 5. illat. 3. ſupr. tit. prox.* aut potiùs ex Vlp. & Scæuola *in l. 1 §. Scæuola, ff. ſi is qui teſta. lib. eſſ. iuſſ.* tamen hæc quoque ratio recta eſt quod ſerui fuga domino damnoſa eſſe non debeat: neque enim ſeruo libera facultas eſſe debet conſtituendi de alieni dominij iure, quod libero homini liceret: *l. in bello 12. §. manumittendo, De capt. & poſtlim.* Nam & inde fit vt ſeruus deteriore conditione poſſideatur, quàm cæteræ res mobiles. Illæ ſiquidem omnes quatenus ſub cuſtodia noſtra ſunt, hactenus poſſidentur, id eſt quatenus ſi velimus naturalem earum poſſeſſionem naſci poſſumus, nec diſtinguimus, an ab alio iam poſſideantur, necne. Homo autem etiamſi fugerit, ita vt nec apprehendi, nec inueniri poſſit, non eo minùs tamen à nobis poſſidetur: ne alioqui in eius poteſtate ſit facere, quoties & quando voluerit, vt à nobis poſſideatur, aut non; vt ex Nerua filio, Paulus eleganter tractat *in d. l. 3 §. Nerua filius, de acqu. poſſ.* qui locus notandus eſt, vt appareat ſeruos non tantùm quadrupedibus comparari, *l. 2. ff. ad l. Aqu.* ſed & peioris interdum conditionis eſſe, quàm ſint quadrupedes etiam captæ, & in poteſtatem noſtram redactæ: quia quò liberius habet à natura arbitrium, eò durius vinculo ſeruitutis conſtringendus fuit: aut potiùs, quia ſolus homo liberum arbitrium habeat, bruta verò animantia nullum: quomodo & ſeruo noſtro, qui ab hoſtibus captus fuerat, reuerſo in ciuitatem, non diſtinguimus, quomodo in libero homine diſtingueretur an habuerit animum redeundi ad hoſtes, ſed omnimodo eum recipimus iure poſtliminij *d. l. 2. §. manumittendo. De captiu. & poſt.* Sed & quod magis eſt, per ſeruum etiam qui in fuga ſit, poſſe nos poſſidere, vtilitatis cauſa receptum eſt, ex eaque cauſa & impleri vſucapionem, & Publicianam competere, licèt ſummo iure aliud eſſe videatur: *l. 1 §. per ſeruum qui in fuga. ff. de acqu. poſſ.* iunct. *§ hæc quæ de ſeruis; eiuſd. l. 25. § vlt. ff. de lib. cau. & l. ſi ſeruus meus 15. ff. de publ. in rem act.* quoniam alioquin fuga ſerui domino noceret: *l. eam quæ 21. C. de lib. cauſ.* Inde etiã eſt quod ex furto, quod ſeruus fecerit domino nõ tenetur poſt manumiſſionem: *l. vlt. C. an ſeruus pro ſuo fact. poſt manu. teneat. leg. 1. C. de noxal. act.* ex eo autem quod alij quàm domino fecerit, tenetur; quia noxa caput ſequitur: *l. licet 4. Cod. an ſeru. pro ſuo fact.* Priore namque caſu, neque dominium, neque poſſeſſio eripitur domino, quod poſteriore caſu diuerſum eſt. Quod autem generalius & æquè verè dici poteſt, ſeruum nunquam poſſe deteriorem facere domini ſui conditionem, meliorem verò poſſe, illo etiam inuito: *l. melior 133. De reg. iur.* iunct. *l. etiam 32. De acqu. rer. dom. l. ſeruus vetante 62 ff. de verb. obli.* ad hoc Principium referri non poteſt. Idem enim obtinet etiam in filiisfamilias, & in quolibet alio homine libero, *l. in perſona 30. ff. de pact. l. ſoluendo 39 De neg. geſt. l. ſeruitutes 20. §. penul. De ſeru. vrb. præd.* pendetque ex Principio illo iuris naturalis, quo & honeſtè viuere iubetur quiſque, & alium lædere prohibetur.

l. apud antiquos 21. vet. tunc autem, C. de furt. & ſer. l. 1. C. de ſeruis fugit.

L. §. Nerua filius, de acq. poſſ.

L. vltim. C. an ſeruus pro ſuo fact. l. 1. C. de noxal. action.

ILLATIO II.

Seruum neque bona, neque ſucceſſores habere poſſe.

SEcundò ex eodem Principio fit vt ſeruus bona nulla habere poſſit: *l. rectè Labeo 13. ff. ex quib. cauſ. maior. leg. paterfamilias 182. De verbor. ſignific.* nec proinde ſucceſſores, *l. 4. C. commun. de ſucceſſ. l. lex Cornelia 28. ad fin. verſic. quia non efficitur, ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Quomodo enim dominus eſſe poſſit is, qui ipſe in alieno ſit dominio *l. ſic eueniet 21. ff. ad leg. Iul. de adult.* Nec tantùm

Digitized by Google

tantum ſi ius ciuile inſpicias, ex quo ſeruus pro nullo habetur, *leg. quod attinet 32. De reg. iur.* neque caput vllum habere intelligitur, *leg. 3. vlt. ff. de cap. minut.* ſed etiam ſi ius gentium, quia illo etiam iure implicat contradictionem, vt cuiuſquam rei dominus ſit, qui alterius eſt ſeruus: *§. item vobis 3. inſtit. per quas perſ. cuique acquir.* In quo differt potiſſimum filiusfamilias à ſeruo. [*De differentia filiifamilias & ſerui in acquirendo.*] Etſi enim perinde filiusfamias omnia patri acquirit, in cuius ſimiliter eſt poteſtate, tamen non ideo eſt incapax habendi bona, iure gentium, cum eius incapacitas ſi qua ſit, tota proficiſcatur ex iure patriæ poteſtatis, quæ ipſa eſt iuris ciuilis, *Tit. de patr. poteſt. inſtit.* ſicut & ipſum *familiæ* nomen, quod filiumfamilias diſtinguit ab emancipato: *l. pronunciatio 195. §. 1. de verb. ſign.* Vnde eſt quod emancipatus, licèt ſit filius, ſibi tamen acquirit etiam à patre, *l. 2. C. de inoff. donat. l. ſi emancipati 9. C. de collat.* Imò nec iure ciuili vſque adeò eſt incapax filiosfamiliás, vt non poſſit ſibi acquirere, nolente patre ſibi acquiri; vt probauimus *lib. 7. Coniect. ex l. cogi 16. §. ſi pater filio, ff. ad SC. Treb. l. is qui heres 13. §. vlt. de acq. har.* nec eo caſu locum habet qui vulgo iactatur, Per filiumfamilias acquiri patri: *d. § item vobis, per quas perſ.* Quò reſpexiſſe videtur Vlp in *l. placet 79. de acq. hared.* [*L. placet 79. De acq. har.*] cùm ait, quoties acquiritur per aliquem hæreditas, vel quid aliud, ei in cuius poteſtate eſt confeſtim acquiri, ita vt neque momento vno ſubſiſtat acquiſitio in perſona illius, per quem acquiritur: *l. ſi à pluribus 10 7. §. 1. de leg. 1.* Non ait ſemper acquiri nobis per eos, quos in poteſtate habemus, *ſed quoties acquiritur*: vt intelligamus, *non ſemper acquiri.* Quare & iure ciuili capax eſt filiusfamilias peculij caſtrenſis, & quaſi caſtrenſis, *ex conſtitutionib.*: quia quamuis non eo minùs maneat filiusfamilias (neque enim militia liberat eum à patria poteſtate, *§. filiusfamilias, Inſtit. quibus mod. ius patr. poteſt. ſoluit.*) tamen in eo peculio pro patrefamilias habetur, *l. 2. ff. de SC. Maced.* Quemadmodum & hodie capax eſt peculij aduentitij, ex Iuſtiniani conſtitutionibus, ſolo vſufructu patri acquirendo: *l. cùm oportet 6. & l. vlt. C. de bon. quæ libe.* [*L. vltim. Cod. ſeruus pro ſuo fact. l. 1. C. de noxal. action.*] At vt ſeruos vllo caſu ſit capax acquiſitionis, nulla vnquam ciuili conſtitutione factum eſt, nec fieri potuit; quia quod alieno non ſolùm iuri vt filiusfamilias, ſed etiam dominio ſubiectus ſit ex iure gentium eſt, non ex ciuili. Nec proinde mirum eſt, quod vſucapere non poſſit, *l. qui in ſeruitute 118. de reg. iur.* non ſolùm quòd cùm ipſe poſſideatur, poſſidere nihil poſſit, vt eadem lex, ait: nulla autem ſine poſſeſſione ſit vſucapio: *leg. ſine poſſeſſione 25. ff. de vſucap.* ſed etiam, quia vſucapio nihil aliud eſt quam adeptio, aut vt alij legont, adiectio dominij: *l. 3. eod.* Adde quòd nec aliam ob cauſam introducta eſt vſucapio, quàm ne rerum dominia ſemper ſint in incerto: *l. 1. eod.* certum autem eſt, ſeruum nec eſſe, nec fieri dominum vllius rei vnquam poſſe. Itaque licèt vſucapio ſit merè iuris ciuilis, quod ſeruos non agnoſcit; fatendum tamen eſt, non minùs gentium, quàm ciuili iure eſſe eam ſeruis interdictam: *arg. l. ne cum filiofamilias 16. de furt.* de cuius ſententia ſcripſimus *ad Princip. prox. illat. 14.* Non diſſimiliter puto dici poſſe ſeruum, neque ſtipulando, neque alio contractus genere poſſe quempiam, ſiue ciuili, ſiue gentium iure ſibi obligare, aut actionem acquirere, ſed domino ex cuius perſona duntaxat & ſtipulari, & acquirere ei conceſſum eſt: *Tit. de ſtipul. ſeruor. in princip. l. 1. & tot. tit. D. eod.* [*Tit. de ſtipul. ſeruor.* *Seruus ordinarius quodammodo dominus eſt vicarij ſui, nec tamen poteſt eum manumittere, nec ſi ſit vicarius Principis. l. 2. C. qui manumitt. non poſſ. l. nulla 19 D qui & à quib. man.*] Cùm enim omnes obligationes in id comparatæ ſint, vt vnuſquiſque acquirat quod ſua intereſt, *l. ſtipulatio iſta 38. §. alteri, de verb. oblig.* quid poteſt intereſſe ſerui, qui bona nulla habere poteſt? Intereſt ſiquidem eius demum, qui vel lucrum amittit, vel damnum ſentit *l. ſi commun. 13. D. rat. rem haber.* Inde etiam eſt, quod nec ſeruus Principis vicarium ſuũ manumittere poteſt, ſiue per ſe, ſiue per interpoſitam perſonam: *l. 2. C. qui manum. non poſſ. l. nulla 19. ff. qui & à quib. manu. non poſſ.* quia ſeruos duntaxat noſtros manumittere poſſumus, non alienos: *leg. ſi ſeruo 2. cod. cum l. ſeqq.* Imò ne noſtros quidem in id tempus, quo futuri ſunt alieni, *l. Stichus 39. ff de manu. teſtam. l. ſeruo 9. C. eod.* Etſi enim ſeruus ordinarius dicitur dominus ſui vicarij, quem ſcilicet in ſuo peculio habet, *l. ſi ſeruus, ff. de pecul.* (quæ erat dubitandi ratio *ad d. l. 2.* iuncto eo quod ſeruus Principis eo priuilegio dignior videbatur, *arg. No. Leon. 38.* quæ dedit teſtamenti factionem) id tamen minùs propriè dictum videri debet habito ſcilicet reſpectu ad id quod ipſum peculium ſerui, etiam quaſi patrimonium appellatur: *l. hinc quæritur 19. §. 1. verſ. & Marc. l. pecul & ex eo 39. eod.* Vt ſcilicet quod patrimonium eſſet hominis liberi, id peculium ſerui dicatur; quomodo loquitur Paulus *in l. quoties 47 §. vlt. eod.* Eſt enim *peculij*, nomen ciuile, *patrimonij* naturale, vt tractat Cuiac. 8. *ad Africanum in l. depoſui 38. §. Stichus, eod.* [*Peculij nomen ciuile eſt. Patrimonij naturale.*] nihilque aliud eſt peculium, quàm puſilla pecunia præſidij cauſa repoſita: *l. ſi chorus 79. §. 1. De legat. 3. l. 5. § pecul. ff. de pecul.* Cæterum eſſe quem vicarium ſerui, nihil aliud eſt in effectu, quàm eſſe conſeruum, ſed peculiarem: Et quod Martialis quodam loco ſcribit. *Eſſe ſat eſt ſeruum, iam nolo vicarius eſſe*: non ita accipiendum eſt quaſi vicarius ſit magis ſeruus, quàm ordinarius: ſeruorum enim hac parte nulla eſt differentia: *l. 5. de ſtat. hom.* licèt eorum variæ ſint functiones: *l. ſed ſi quid 15. §. 1. de vſufr. l. vlt. §. De ædil. edict.*) ſed quia ordinarius habet adminiſtrationem vicarij, vt & cæterarum rerum, quas in ſuo peculio habet, & ex quibus etiam domino donare poteſt: *l. ſi liber 9. C. de cond. ob cauſ. dator.* Vnde Seneca *lib. 7. de benefic.* Nunquid dubium eſt, quin ſeruus cum peculio domini ſit? Dat tamen domino ſuo munus: verùm ad communis domini non ad propriam ſuam vtilitatem; ideóque & nuda domini voluntate deſinit eſſe peculium: *l. non ſtatim 8. l. peculium naſcitur 40 in fin. D. de pecul.* Adeò autem ſeruus eſt in dominio ſui domini, vt ſi ſeruus, conſentiente domino, bona ipſius omnia pignori dederit, ipſe quoque pignoris iure obligetur: *l. Paulus reſpondit 29 §. vlt. ff. de pign.* quàuis dici ſoleat in generali ſermone intelligi exceptã perſonam loquentis: *l. ſi merced. 53. §. vlt. De act. empt. l. inquiſitio 18. C. de ſolut.* Item vt quamuis ſibi ſtipulari nequeat, ſi tamen communis ſeruus ſit, ſeipſum ſtipulari alteri ex dominis poſſit, non vt ſe domino acquirat, cuius magis fieri ſeruus non poteſt, ſed vt de ſe obligationem: *l. 2. ff. de ſtipul. ſeruor.* Denique nec dominus ipſe ſeruo ſuo quicquam legare poteſt ſine libertate, *l. ſeruus 76. in fin. de her. inſt.* extra cauſam alimentorum, quæ ſcilicet ad naturam vitámque pertinent: *l. ſeruos 17. de alim. leg.* Conniuentibus tamen oculis, & de vrbanitate iis præſtari ab hærede quæ dominus legauerit, etiam ſine libertate, voluit Iuſtin. iniuita iuriſprudentia, *in l. 5. §. illo videlicet, C. de neceſſ. ſer. her. inſt.* quemadmodum & eàdem conniuentiã facere eos teſtamenta dixit Plinius *lib. 8. epiſt. 16.*

Digitized by Google

ILLATIO III.

Neminem ex pacto poſſe fieri de libero ſeruum.

l. nec ſi volens 6. & l. 9. C. de liber. cauſ. l. parentes 22. l. liberos 39 l. poſt certi 36 eod.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt nec volens quis ex libero poſſit fieri ſeruus: *l. nec ſi volens 6. l. 9. C. de lib. cauſ.* Serui enim naſcuntur ratione certa, non confeſſione conſtituuntur, inquit *l. parentes 22. l. liberos 39. eod.* Imo nec inter pactum, *l. poſt certi 36. eod.* tanquam quod ſit contra naturam. Nam ſi ea pacta non valent, quæ ſunt contra leges, aut contra bonos mores, quanto minùs valebunt ea quæ ſunt contra naturam. Dices, neque ex pacto inter ſeruum & dominum inito, poſſe quem ex ſeruo fieri liberum: *d. l. poſt certi.* Reſpondeo id fieri, quia ex tali pacto inter dominum, & eum, qui iam ſeruus ſit, inito; nullam obligationem naſci poſſe certum eſt; quæ ſanè naſceretur inter liberos homines paciſcentes de irroganda ſeruitute, ſi non odium ſeruitutis obſtaret. Pacti verò appellationem hic generaliter accipio, vt etiam ſtipulationem, & aliam quamlibet conuentionis ſpeciem comprehendat; etiam tranſactionem, de qua *in l. tranſactione matris 36. C. de tranſact.* Etſi enim loquitur lex illa de tranſactione per matrem, non per filios ipſos facta, quo caſu obſtat tranſactioni illa etiam iuris regula, quæ non patitur rem inter alios actam, aliis nocere, *l. 1. & tot. tit. C. res int. alios act.* Non aliud tamen eſt, ſi filiis ipſis tranſactio facta proponatur: *d. l. nec ſi volens.* Libertas enim in hominum commercio non eſt, *l. 1. §. ſi id quod dari, D. de obligat. & action.* cùm ſit res inæſtimabilis: *l. libertas inæſtimabilis 106. De reg. iur.* Nec quod placuit etiam liberi hominis venditionem inter ignorantes valere, *l. 4. liberi hominis 70. De contr. empt.* ad rem facit. Hactenus enim valere dicitur, non vt teneat, ſed vt obligatio de euictione contrahatur, *l. 4. verſ. reſpondit, ff. quib. ad libert. proclam. non licet.* Non alia ratione, quàm quia difficile poteſt dignoſci liber homo à ſeruo, *l. 5. de contr. empt.* Quæ eadem ratio facit, vt qui neſciens loca ſacra, vel religioſa, vel publica pro priuatis comparauit, habeat actionem ex empto in quod in ſua inter fuit nō decipi, quàuis emptio non teneat: *l. qui officij 62. §. 1. eod.* Nec eſt contrarium quod ſæpius iam diximus, eum qui ſe paſſus eſt venundari ad participandum pretium, hoc ipſo fieri ſeruum. Non enim propter venditionem ipſam fit ſeruus, ſed ex poteſtate legis, & iuris ciuilis dolum ipſius hac pœna coërcentis: *d. l. 4. quib. ad libert. procl. non lic.* ob idque re ciuili dicitur ſeruus fieri: *l. 5. §. 1. De ſtat. homin.* non autem ex iure gentium: quod vtique dicendum eſſet, ſi ſeruus fieret per venditionem: quæ ipſa iuris gentium eſt: *l. 5. de iuſt. & iur. l. 7. ff. de pact.* Quare nec ſufficit quod paſſus ſit ſe vendi etiam dolo malo, niſi illud etiam concurrat, quòd paſſus ſit ſe venundari ad pretium participandum, in quo dolus inſignior verſatur. Sicut è contrario, dominus qui paſſus eſt dari ſibi pecuniam à ſeruo pro libertate, quam ei pacto promiſerit; licèt obligari non poſſit ex pacto, hortandus tamen eſt à Magiſtratu ſalua reuerentia placito ſtare, ſcilicet fauore libertatis, vt ait *d. l. ſi liber 9. C. de cond. ob. cauſ. dat.* quod diuerſum eſſet, ſi pactum nudum, id eſt ſine pecunia interueniſſet: *d. l. poſt certi 36. C. de liber. cauſ.* iunct. *l. cùm affirmes 8. eod.*

ILLATIO IV.

Eum qui ſtatus controuerſiam patitur, interim pro libero haberi.

l. lite ordinata 14. C. de liber. cauſ. l. ordinata 24. & l. ſeq. § vlt ff eod l. 1. C. qui dar tutor. l. 2. §. & cùm placuiſſet 24. De orig. iur.

QVartò, ex eodem Principio fit, vt pendente quæſtione ſtatus, & lite ordinata, is de cuius libertate quæritur, in poſſeſſione libertatis conſtituatur, & interim pro liberis habeatur: *l. lite ordinata 14. C. de liber. cauſ. l. ordinata 24. & l. ſeq. §. vlt. ff. eod. l. 1. C. qui dare tutor.* Vnde tam celebris illa iniquitas Appij Claudij à Pomponio relata *in leg. 2. §. & cùm placuiſſet 24. de orig. iur.* quod vindicias, quæ ex legibus duodecim tabularū pro libertate dici debuerant, contra libertatē dixiſſet. Nam cùm libertas ſit naturalis, ſeruitus autem contra naturam, quis miretur præſumi pro libertate illius, de cuius ſtatu litigatur? Ideóque dicitur cauſa liberalis, *Tot. tit. de liber cauſ. D & C.* id eſt de libertate, non autem de ſeruitute. Quò etiam pertinet quod cauſa ſtatus vulgo appellatur, *Tit. vbi cauſ. ſtat. agi debeat.* Statum enim non habet, qui pro ſeruo; ſed is demum qui pro libero habetur: *l. 4. ff de capit. minut.* Sed tamen cum aliquo temperamento id accipiendum eſt. Quid enim ſi ſeruus quem poſſidebam pro libero ſe gerat, vt fecit Spartacus, & iudicium liberale pati paratus ſit? An eò minùs videbitur à me poſſideri, quòd ſe mihi præparet aduerſarium? Minimè verò: ſed ita demum ſi diu, id eſt ſaltem per biennium, *arg. l. 2. C. de omn. agro deſert. l. 1. tit. 58.* ſteterit in poſſeſſione libertatis. Alioqui nihilominus in ea poſſeſſione eſt, & animo eum poſſideo, donec liber fuerit pronunciatus: *l. §. 3. ſi ſeruus quem poſſidebam, de acquir. poſſ.* ne proprius ſerui dolus quicquam iuris mihi auferat, *l. vlt. C. de acquir. poſſeſſ. l. ea quæ 21. C. de lib. cauſ.* Vnuſquiſque enim pendente lite in eo ſtatu retinetur, in quo reperitur: *l. moueor 5. C. ſi ſeruus. exp. ven.* Sanè domini forum ſequi debet ſeruus, qui proclamat in libertatem: *l. 4. C. vbi cauſ. ſtat. agi deb.* Secus ſi quis contra eum agat, qui ſit in poſſeſſione libertatis: *l. 3. eod.*

ILLATIO V.

De omnibus generaliter quæ de iure dominorum in ſeruos, & de obſeruantia ſeruorum erga dominos conſtituta ſunt.

QVintò & generaliter ad hoc Principium referenda ſunt omnia, quæcunque in libris noſtris ſcripta ſunt, tam de iure dominorum in ſeruos, quàm è contrario de reuerentia & obſeruantia ſeruorum erga dominos. Omnia enim pendent ex eo, quòd ſeruus ex conſtitutione iſta iuris gentium, licèt contra naturam alieno iuri ſit ſubiectus, Iuri inquam, id eſt dominio: Nō enim poteſtas illa tanta dominorum in ſeruos aliunde proficiſcitur, quàm ex iure illo dominij, vnde & *Dominica* appellatur, ad differentiam Patriæ poteſtatis; quæ licet nō à ſolo patris nomine, id eſt à ſola natura proficiſcatur, ſed ex iure ciuili, vt diximus; tamen naſcitur ex nomine *patrisfamilias*, quod eſt nomen ciuile, & cui opponitur tanquam correlatiuum nomen *filij familias*, ad differentiam emancipati, qui licèt filius ſit; tamen

men

men filiusfamilias, quòd extra familiam ſit, dici non poteſt: *l. in ſuis 11. de lib. & poſth.*

HÆc quæ de ſeruis hucuſque diximus, non ſolùm conducunt ad innumeras leges, quæ de ſeruis loquuntur, intelligendas; tametſi à Christiana Republica ſeruitutes omnes iampridem exploſæ ſint; ſed etiam ad dirimendas pleraſque quæſtiones, quæ paſſim occurrunt circa id genus hominum, qui *talliabiles* & *manuſmortuæ* vulgo appellantur: quales in Gallia potiſſimùm, & Sabaudia ſunt plerique. Vulgo enim pragmatici noſtri eos ſeruis æquiparant, iiſque iura quæ de ſeruis loquuntur, ſi non omnia omnino, ſaltem ex maiori parte accommodant. Quod tamen an benè & accommodatè faciant, dicemus latiùs ad *Tit. de libertinis. Princ. 2 illat. 7.*

[margin: l. ſi te dominus 14. C. de liber. cauſ. l. vn. ... naturæ 24. ... l. 1. C. Quando ... l. 3. & ... 14. De reg. iur.]

PRINCIPIVM IV.

De diſtinctione ſeruorum.

SEruí omnes aut naſcuntur, aut fiunt. Naſcuntur ex ancillis noſtris. Fiunt verò aut iure gentium, id eſt ex captiuitate; aut iure ciuili, cùm liber homo maior annis viginti ad pretium participandum ſeſe venundari paſſus eſt: §. *ſerui autem, hoc tit. l. 5.* §. 1. vnde hic quoque locus ſumptus eſt, *D. de ſtat. homin.* Eſt enim hæc ſumma diuiſio ſeruorum, vt aut naſcantur, aut fiant. Nec ſeruorum tantum, ſed cæterarum etiam rerum omnium, quotquot à Deo Opt. Max. in cœlo, vel ſub cælo ſunt. Quicquid enim ita eſt, vt qualiter ſe habeat, quomodo loquitur Celſus *in l. quid aliud 86. De verb. ſignif.* id tale vel natum, vel factum eſſe neceſſe eſt: Medium tertium, nihil. Neque pugnat quod *proximo principio* diximus, ſeruitutes omnes eſſe contra naturam. Id enim accipiendum eſt de conſtitutione illa iuris gentium, quæ ſeruitutes omnes introduxit. Cæterùm introductis iure gentium ſeruitutibus, licèt contra naturam, quia natura omnes homines liberos & æquales parit, nihil prohibet, quin etiam naturaliter ſeruus naſcatur, qui ex ancilla naſcitur. Nec enim natura ipſa facere poteſt vt hic liber naſcatur, qui ancillam matrem habet, niſi in tribus illis caſibus de quibus *in l. 1. §. 1. ff. de ſuis & legit. l. cùm inter 14. C. de fideic. libert.* Cúmque dicimus ſecundum naturam homines omnes naſci liberos, ad id reſpicimus quod eſſet ex iure naturæ, ſi ſeruitutes nunquam fuiſſent iure gentium introductæ. Non autem ad id, quod nunc facere natura poteſt, poſt introductas iure gentium ſeruitutes, vt & cùm dicimus reſtitui quem ſiue ſuis, ſiue antiquis natalibus: *l. 2. ff. de natal. reſt. l. 1. & 2 C. de iur. aur. annul. l. neque 10. l. non epiſtolis 13. C. de probat. l. libertina 9. C. de ingen. manum.* Nam & hodiè lex naturæ hæc eſt, vt qui naſcitur ſine legitimo matrimonio, matrem ſequatur: *l. lex naturæ 24. de ſtat. hom.* Portò naſcitur ſine legitimo matrimonio, quiſquis ex ancilla naſcitur, quia cum ancilla matrimonium contrahere non magis liber homo, quam ſeruus poteſt: *l. 3. C. de inceſt. nupt. l. filius 28. §. ſi quis eo tempore, de lib. & poſth. Nouel. 22. de nupt. c. 8. §. quod autem.* Adeò vt lege Papia caueri oportuerit vt omnibus ingenuis, præter Senatores, eorúmque liberos, vxorem etiam libertinam habere liceret: *l. lege Papia 23. ff. de rit. nupt.* Sicut & illud reſcribi

[margin: l. 5. §. 1. D. de ſtat. homin. §. ſerui autem, hic tit.]

[margin: l. lex naturæ 24. D. de ſtat. homin.]

neceſſe fuit, Si liber homo ancillæ alienæ contubernium ſequatur, non idcircò fieri ſeruum domini mulieris, licèt ei fuerit denunciatum vt ab eiuſmodi contubernio ſe abſtineret: *l. 3. C. de liber. cauſ.* Matrimonium enim niſi inter liberos dici non poteſt, ſed contubernium: *ad l. 3. l. ancilla 9. C. commun. de ſucceſſ.* iunct. *l. 1. ff. vnd. vir, & vxor l. 3. C. de neceſſ. ſeru. hered. inſtit. l. ſerui 23. cum l. ſeq. C. ad leg. Iul. de adult.* quod nomen adeò vile eſt, vt etiam ſerpentum contubernia dixerit Conſtantinus *in l. vnic. C. de his qui parent. vel liber. occid.* Vnde & contubernales, non tantùm qui ex eo contubernio nati ſunt, ſed & vxores ſeruæ: *l. vxorem 41. §. codicillis, & §. concubina, de legat. 3.* iunct. *l. quæſitum 12. §. vxores 7. & §. contubernales 33. de inſtruct. vel inſtrum. legat.* (licèt alio etiam ſenſu & contubernium, & contubernales Antiqui dixerint, *Contubernium* ſcilicet pro decem militibus ſub vno papilione degentibus, & *contubernales*, eos qui ſic degerent: *l. 5. §. à barbaris, de re milit. l. rem mihi 21. §. 1.* vbi Gothofr. ex Feſto, Scaligero, & Iſidoro, *D. commod.*) Imò & matrimonium iuſtum inter liberos contractum, ſubſecuta alterutrius coniugum captiuitate, diſſoluitur: *d. §. quod autem, Nouel. 22. l. in bello 12. §. ſed captiui vxor. D. de capt. & poſtlim. l. 1. ff. de diuort.* Inde igitur fit, vt quiſquis naſcitur ex ancilla, quia naſcitur ſine legitimo matrimonio, ſequatur conditionem matris, vel ex ipſa lege naturæ, & conſequenter naſcatur ſeruus: *d. l. lex naturæ*, alioqui ſequeretur conditionem patris, tanquam dignioris & nobilioris, ſi ex legitimis nuptiis natus eſſet: *l. cùm legitimæ 19. ff. de ſtat. hom.* licèt contra putet Donellus, & malè, *lib. 2. Comment. iur. ciuil. cap. 10.* vt & Bar. *ad ſeq. tit. in Inſt. t.* Id enim eſt, quòd ait *l. partum 7. C. de rei vindic. Nec ſtatum patris in hac ſpecie conſiderari, explorari iuris eſt.* Vt intelligamus extra hanc ſpeciem, id eſt cùm legitimæ nuptiæ interceſſerunt, ſolius patris ſtatum explorari, non ſolùm tanquam nobilioris, ſed etiam quòd pater ſolus ille ſit, ex cuius perſona dignitas & amplitudo familiæ conſeruanda, & æſtimanda eſt. Si verò hoc ipſum quæras, Cur matrimonium interuenire neceſſe ſit ad hoc, vt filius conditionem matris ſequatur? Altiùs petenda res eſt, & reſpondendum, quoniam qui extra matrimonium naſcitur, patrem nullum habet, ne quidem quem natura ipſa agnoſcere & pro patre haberi velit: quomodo ergo fieri poteſt vt ſequatur conditionem patris, quem nullum habeat? Aut vt nullo patre exiſtente, non ſequatur conditionem matris quæ ſemper certa eſt: tùm etiam cùm filius vulgo quæſitus fuit: *l. quia ſemper 5. ff. de in ius vocand.* iunct. *l. 1. §. vltim. ff. ad munic.* Cur verò nullum habet patrem? An fieri per rerum naturam poteſt, inquies, vt naſcatur quiſquam ſine patre? Reſpondeo ita eſſe, quia pater ille tantùm & demum eſt, quem nuptiæ demonſtrant, *d. leg. quia ſemper*, & quidem iuſtæ, id eſt iure ciuili comprobatæ: *l. 3. & 4. l. filium 6. De his qui ſunt ſui vel alie. iur.* Ergo nullis interuenientibus iuſtis nuptiis, non poteſt eſſe pater, qui filium etiam in contubernio aut concubinatu ſuſceperit. Dices rationem hanc eſſe iuris ciuilis potiùs quàm naturalis, quia vt inter ſeruos non poſſit contrahi iuſtum matrimonium, ex iure ciuili eſt, quod ſeruos pro nullis habet: *leg. quod attinet 32. De regul. iur.*

[margin: Contubernij nomen vile.]

Parentes & liberi naturales qui dicantur.

non ex naturali, quo inſpecto omnes homines vt dixi, & liberi & æquales ſunt: *l. 4. de iuſtit. & iur.* Adeo vt nec leges noſtras pudeat appellare *vxores* eas, quæ ſunt in contubernio ſeruorum, & *liberos* illos qui ex tali contubernio naſcuntur: *l. vlt. C. de ſeru. fugit. d. l. vxorem 41. §. codicillis. de legat. 3. d. l. quæſitum 12. §. vxores, & §. contubernales, de inſtruct. & inſtrum. legat.* Ideóque & pater naturalis dicitur, qui filium concepit in ſeruitute, & liberi naturales viciſſim qui in ſeruitute concepti ſunt: *l. Lucius 88 §. Damæ & Pamphile de leg. 2* De quibus etiam accipi debent cæteri omnes Pandectarum loci, qui loquunt de parentibus, aut liberis naturalibus loquuntur: vt *l. Lucius 45. de vulg. & pup. ſubſtit. l. ex facto 17. §. ſi quis rogatus 1. ff. ad SC. Trebell. leg. denique 8. de pignor. l. 3. ff. de liber. cauſ.* Reſpondeo naturaliter quidem non magis fieri poſſe, vt quis naſcatur ſine patre, quàm vt ſine matre; ſed tamen etiam ex lege naturæ illud eſſe, vt quis natus eſt extra iuſtas nuptias, non credatur habere patrem, quia quiſnam ille pater ſit, qui reuera aliquis eſt, neque dici, neque ſciri vllomodo poteſt, non magis quàm ſi nullus eſſet. Fit enim pater in ipſo inſtanti vnico conceptionis, quod inſtās licèt naturaliter ſit, quando tamen ſit, per ipſam quoque rerum naturam prorſus incertum eſt, ſicut & illud incertum, ex cuius ſemine conceptus ſit filius, Paria autem ſunt non eſſe, & non apparere: *§ ſi aduerſus 12. ver. nam nec hi patrem, infr. de nup leg. Areſcuſa 15. verſ. vt ordine. ff. de ſtat. hom. l. ſi eius 14. ff. ad SC. Trebell. l. ſed & in illo 18. ff. de reb. dub.* Nec ad rem pertinet, quod in figura matrimonij conceptus ſit filius, & ex eo patre, qui, ſi matrimonium contractum eſſet, certus haberetur; vt puta ſi mulier ignorans ſtatum mariti, ei nupſerit vt libero, qui re vera erat ſeruus: vt in *l. 3. C. ſolut. matr. l. ex libera 6. C. de ſuis & legit.* non enim eo minùs incerto patre natus intelligitur, vt hæ ipſæ leges probant: quia pater ſine matrimonio certus nullus eſſe poteſt, quamuis non ideo dicendus ſit vulgò quæſitus. Aliud enim eſt eſſe ſpurium, aliud vulgò quæſitum, niſi quod ad patriam poteſtatem: *§. ſi aduerſus, Inſtit. de nupt.* In quo errauit Donellus *lib. 1. Comment. iur. ciuil. c. 10.* Omnes vulgo quæſiti ſunt ſpurij, ſed non omnes ſpurij ſunt vulgò quæſiti. Vnde fit vt filius à patre hæres inſtitutus ſub ea conditione, *Si ſe teſtatoris filium eſſe probauerit*, ſub impoſſibili conditione ſcriptus eſſe intelligatur: *l. Lucius Titius 83. De cond. & demon.* Impoſſibili, inquam, non iure ciuili; ſecùndum quod ſufficit probare nuptias, quæ patrem demonſtrent; ſed per naturam, quæ ſcilicet filiationis probationes nullas ſuppeditare poteſt, ſi reiiciatur illa quam ex nuptiis ius ciuile inducit, & quæ præſumptio iuris & de iure, vt loquuntur, potius quàm probatio dicenda eſt. Reiicit autem eam præſumptionem pater, & naturalem filiationis probationem exigit, qui filium à ſe ex iuſtis nuptiis ſuſceptum hæredem ſcribit ſub ea conditione, *ſi filium ſe probabit*. Ea verò naturalis probatio, vt dixi, prorſus impoſſibilis eſt. Mirum igitur videri non debet, ſi ex ipſa lege naturæ filius extra iuſtum matrimonium conceptus, matris conditionem ſequatur: *d. l. lex naturæ. ff. de ſtatu homin.* E contrario, filius conceptus in iuſto matrimonio, licèt ex muliere adultera, dicitur filius mariti: *l. miles 11. §. defuncto 8. ad leg. Iul. de adult.* quia non poteſt eſſe ſine patre, qui patrem ex iuſtis nuptiis demonſtrare poteſt; Niſi in caſibus, de quibus *in d.*

l. Lucius Titius 83. De cond. & dem.

l. filium 6. De his qui ſunt ſui, vel alie. iur. Cuius tamen non ille ſenſus eſt, vt qui abſente marito conceptus, & natus eſt, adulteri filius dici poſſit; ſed ille potiùs vt non ſit filius mariti, quomodo lex loquitur: Quid ergo? Nullum patrem habebit, qui eum habere non poterit, quem nuptiæ demonſtrant. Eoque pertinet quod Iauolenus ait *in l. vlt. ff. de iur. deliber.* filium libertinum, id eſt in ſeruitute conceptum, verum filium non eſſe, ideoque nec ſemper filij appellatione contineri. Item quod Iuſtinianus ſcribit *in princip. Nou. 89. quib. mod. natur. effic. ſui*, naturalium nomen ante Conſtantini tempora legibus noſtris fuiſſe incognitum, habitóſque fuiſſe naturales pro alienigenis & peregrinis. Nam qui ſunt *ἀπάτορες* quales ij qui extra matrimonium concepti ſunt, *d. §. ſi aduerſus, de nupt.* eos quoque *ἀπόλιδας* eſſe neceſſe eſt. Quomodo enim ciuitatem habere poteſt, qui non habet patrem? (quamquam interdum id fieri poſſe conſtat ex ſpecie *leg. Diui 25. ff de capt. & poſtlim. l. 1. C. eod.* id eſt cùm filius apud hoſtes conceptus, & editus, redit in ciuitatem cum ſola matre, defuncto iam apud hoſtes patre. Id enim fit in neceſſariam conſequentiam poſtliminij matris, quæ non aliter plenum ius habere videretur, ſi non liberos ſuos cùm ſeipſa reciperet, vt ait *d. l. 1.* Aut ciuis eſſe, qui non ſit homo, aut homo dici, quī ſit ſine patre? Igitur nec teſtamenti factionem ſiue actiuam, ſiue paſſiuam habere poteſt, quia lex duodecim tabularum, quæ vtramque induxit: itémque lex Falcidia, quæ liberam illam teſtādi facultaté legibus Furia & Voconia coarctatam reſtituit, de ſolis ciuibus Romanis locuta eſt *l. 1. ff. ad leg. Falc. l. verbis legis 120. De verb. ſignif.* nō etiam de peregrinis, quos idcirco conſtat neque teſtamentum facere, neque ex teſtamento capere poſſe: *l. 1 §. hi quibus, & §. à præfectis, de leg. 1. l. 1. C. de hær. inſt.* Vnde etiam eſt, quod nec agnatos vllos habent, quoniam agnatio nomen iuris eſt, *leg. tutelas 7. de capit. minu.* & agnati ij ſunt, qui per patrem coniunguntur: *leg 2. §. agnati, De ſuis & legit.* at neque cognatos niſi impropriè & per extenſionem, *l. vlt. in fi. C. de natur. lib.* quamuis nomen *cognationis* ſit naturale, *l. 1. vnd. cognat.* Nec proinde auum paternum habere poſſunt, quia qui ſine patre eſt, is vt ſit etiam ſine auo paterno neceſſe eſt; cùm auus nepoti, non niſi per mediam patris perſonam coniungatur: *l. pen. de agnoſc. lib. l. dotem 6, De collat. bon.* Vnde & aui quoque reſpectu dicuntur degeneres, huiuſmodi nepotes, non tantùm qui ipſi extra matrimonium ſuſcepti ſunt, ſed etiam ſiue ſint naturales & illegitimi ex filio illegitimo, ſiue illegitimi ex legitimo, ſiue denique quod magis mirum eſt, legitimi ex illegitimo: *d. l. vlt. C. de natur. lib.* quæ de omnibus his tribus nepotum generibus apertè loquitur. Quid? inquies. An non pluribus Pandectarum locis mentio fit & parentum, & libertorum naturalium ex reſponſis Prudentum, qui ante Conſtantini tempora floruerunt? Ita ſanè eſt, *d. l. Lucius 45. De vulg. & pup. ſubſt. d. l. ex facto 17. §. ſi quis rogatus, ad Trebellianum, l. naturali 7. ff. de confirm. tutor. leg. vxorem 41. §. pater naturalis, de legat. 3. l. omnes 17. §. Lucius, quæ in fraud. credit.* Neque hinc ſe potuit euoluere Gabr. Palæotus Cardinalis eminentiſſimus in ſuo illo tractatu celebri *De nothis & ſpuriis*, nec eius præceptor Andr. Alciatus, ab eo non malè in hac quæſtione reprehenſus. Sed iam monuimus locos ſupradictos, & alios, ſi qui ſunt ſimiles, de iis demum

l. vlt. Cod. de natur. liber.

Digitized by Google

demum liberis naturalibus intelligendos eſſe, qui concepti ſunt in ſeruitute: ex *d.l. Lucius* 88. *§. Dama & Pamphilo. De leg.* 2. non etiam de iis, qui vel ex concubinatu nati ſint, vel ex alia qualibet illicita coniunctione. Quòd ſi pergas quærere cur illi potiùs, quàm hi, *naturales* dici debuerint? reſpondebo non fuiſſe dictos liberos naturales durante ſeruitute, in qua concepti eſſent, ſed ita demum ſi cum patre manumiſſi eſſent; & ex eo quoque tempore dictum patrem naturalem eum, qui ante manumiſſionem pater dici nullo modo potuiſſet, ne quidem naturalis. Nam qui non habetur interim pro patre, tantiſper nec naturalis dici poteſt, & perinde liberi eius dicuntur, ἀπάτορες & incerto patre, *d.l. 3. C. ſol. matr. d.l. 6. C. de ſuis & leg.* vbi ſanè dictio illa *naturales* irreptitia eſt, ob idque meritò parentheſi circumſcripta. Proponebatur enim ſolos pater eo loco manumiſſus. Poſt manumiſſionem verò hoc nomen *naturalium* iis indultum fuiſſe quòd eſſent fauorabiles, quippe quibus imputari non poſſet quod matrimonium nullum contractum eſſet, quod nec inter volentes contrahi potuiſſet, obſtante propter ſeruitutem ipſa iuris prohibitione. Itaque cùm id fecerint quod vnum reliquum in ipſorum poteſtate erat vt inirent contubernium, quæ veluti figura & imago quædam matrimonij eſt, in eóque contubernio inuiolata fide perſtiterint, & ex eo liberos ſuſceperint, æquum eſt iis fauere leges: *arg. l. quæret aliquis* 135. *De verb. ſignific.* non vt fiant naturales parentes, aut liberi, durãte ſeruitute; nec rurſum legitimi poſt manumiſſionem (neutrũ enim facere lex poſſet quin ſibi ipſi quodammodo vim inferret) ſed hactenus ſaltem vt ex manumiſſionis die, *naturalium* nomen mereantur, cùm negari non poſſit quin cogniti ſint à natura quæ communis eſt: *l. hos accuſare* 12. *§. omnibus, ff. de accuſat.* At in aliis perſonis, id eſt liberis, quæ matrimonium iuſtum & ſecundum leges contrahere potuiſſent ſi voluiſſent, non idem probari debuit, quia planè indigni ſunt legum beneficio, qui non iuſtam coniunctionem matrimonio prætulerunt, licèt concubinatus iam olim toleratus fuerit magis, quàm prohibitus aut permiſſus. Nihil enim antiquius fuit ciuili Legiſlatori, quàm id agere quantùm potuit, vt ciues ſuos inuitaret ad iuſtas nuptias contrahendas, replendamque iuſtis liberis ciuitatem: *l. 1. ff. ſolu. matr. l. hoc modo* 64. *§. 1. De condit. & demonſtr. l. nec ei* 17. *§ & primum quidem, ff. de adopt.* Idcóque coërcenda fuit nimia illa hominum ad illicitas, iniuſtáſque coniunctiones ineundas propenſio, in eo ſaltem vt ex eiuſmodi coniunctionibus, neque liberos iuſtos & legitimos, neque naturales ſperare poſſent, tantóque magis ad iuſtas nuptias contrahendas inuitarentur. Sed de tota hac quæſtione latiùs *ad Princip. 2. infr. de nupt.* Hæc tractaſſe ſufficiat vt quiuis intelligat, cur ſerui naſci dicantur, qui ex ancillis, non qui ex ſeruis noſtris nati ſunt, nimirum vt vno verbo concludamus, quia matrem habent, patrem non habent; neque à lege, neque à natura, ſcilicet, qui ſit certus: habent enim aliquem à natura, ſed incertum, qui proinde nullus vnquam apparere poteſt. Denique matris nomen eſt naturale, patris verò ciuile videtur, quandoquidem non niſi per iuſtas ciuiléſque (vt ita dicam) nuptias acquiritur. Vſque adeò autem ſerui noſtri ſunt qui ex ancillis noſtris naſcuntur, & adeò matris conditionem ſequuntur, vt quemadmo-

l. 6. C. de ſuis & leg.

dum libera, quæ ad pretium participandum ſe venundari paſſa eſt, ad libertatem proclamare nunquam poteſt, ita nec qui ex ea natus eſt tempore ſeruitutis eius: *l. 3. ff. quib. ad lib. procla. non licet.* Eſt enim ſeruus noſter, eodem genere ſeruitutis, ſcilicet non ſimplicis, ſed eius quæ perpetua eſſe debeat, vt loquitur & diſtinguit *l. 1. C. qui non poſſ. ad libert. peruen.*

l. 3. ff. quib. ad libert. proclam. non licet. l. 1. C. eod.

De ſeruis, qui tales fiunt ex iure gentium, vel ciuili.

FIunt verò iure gentium ſerui, qui tales fiunt per captiuitatem: quia vt in ſuperioribus diximus, introducta iure gentium diſtinctione dominiorum, ad conſeruandam humanam inter homines ſocietatem, continuò ſecuta ſunt bella, ex bellis captiuitates, ex captiuitatibus ſeruitutes, ex ſeruitutibus denique manumiſſiones: *l. 4. & 5. ff. de iuſt. & iur.* Sed & iure ciuili ſeruus fit, quiſquis maior annis viginti patitur ſe venundari ad pretium participandum: Non quod eo minùs verum ſit generaliter & indiſtinctè ſeruitutes omnes eſſe iuris gentium; ſed vt diſtinguãtur modi, per quos ſeruus quis fieri poteſt. Hic enim poſterior modus iuris eſt, non gentium, ſed ciuilis, vt explicauimus *ad Princ. 1. verſ. concludamus, in fin. & ad Princ prox. illat. 3. ad fin.*

ILLATIO I.

De Talliabilibus noſtri temporis. Et de Adſcriptitiis.

EX hoc Principio fit, vt talliabiles quos vocant, de quibus diximus *ad finem ſuperioris Principij*, & dicemus latiùs *int. ſequ.* ſerui dici non poſſint, quia nec naſcuntur, nec fiunt. Idem de Adſcriptitiis tradit Bar. ad *l. 3. De ſta. ho. ex §. adſcriptitios, Non. de ſanctiſſ. Epiſc.* Idem de Monachis & Canonicis regularibus, (Quanquam de adſcriptitiis contra ſentit Donel. *lib. 2. Commen. iur. ciu. c. 9. ad fi.* Et meliùs vt puto.) Valet enim argumentum huiuſmodi à ſufficienti partium enumeratione, quoties ſumma diuiſio fit generis generaliſſimi in ſuas omnes partes & ſpecies: *vulg. §. actionum, De action.* Non naſcuntur talliabiles, quia neque ex ancillis naſcuntur, neque matris conditionem ſequuntur, ſed patris: nempe quoniam inter huiuſmodi perſonas, ſicut & inter cæteros ciues, iuſtum matrimonium contrahi poteſt; cùm neque lege, neque conſuetudine vlla prohibitum reperiatur; ideóque patris tanquam dignioris conditionem ſequuntur, ita vt natus ex fœmina talliabili, & ex patre ingenuo ſit verè ingenuus; quamuis natos ex patre talliabili, & ex ancilla, putà Iudæa, vel Mahumetana quæ in bello capta ſit, non eſſe liber, ſed plus quàm talliabilis, id eſt ſeruus; quia cum Iudæa, vel Mahumetana, matrimoniũ ſubſiſtere noſtra Religio non patitur. Sicut & filius eam ciuitatem ſequi ſolet, in qua pater domicilium habuit, non eã, in qua mater: *l. adſumptio 6. §. filius, ff. ad municip.* Niſi fortè priuilegio aliquo materna origo cenſeatur, vt ait Vlp. *in l. 1. §. qui ex duobus, ff. eod.* Qui etiam ſenſus eſt *d. l. lex natura 24. de ſtat. homin.* in illis verbis, *niſi lex ſpecialis aliud inducit.* Continent enim exceptionem, non ad proxima illa, *matrem ſequatur*, ſed ad ſenſum tacitum, à contrario reſultantem ex illis præcedentibus, *ſine legitimo matrimonio.*

l. adſumptio 6. § filius ff. ad municip. l. lex natura 24. ff de ſtat. homin.

Digitized by Google

ILLATIO II.

De iis qui capti ſunt à piratis & latronibus.

SEcundo ex eodem Principio fit, vt non poſſint dici facti ſerui, qui à piratis aut latronibus capti ſunt, imò verò liberi permaneant: *l.poſtliminium 19. §. à piratis, l.latrones 27. D.de capt.& poſtlim.* nec enim ſunt propriè captiui, ſed illi tantùm qui capti ſunt ab hoſtibus populi Romani, id eſt ab iis quibus bellum publice populus Romanus indixit & decreuit: *l. hoſtes ſunt 24. eod. l. hoſtes 118. de verb. ſignific.* Captiuitatem enim aliam non intelligimus, quam quæ iure gentium introducta eſt ex bellis, ad tuendam humanam ſocietatem neceſſariis, quia nec bellum vllum iuſtum aut pium eſt, niſi quod neceſſarium. Quid vero cum humana ſocietate tuenda commune habent latrones: aut piratæ, qui quantum poſſunt id agunt vt eam diſſoluant: denique captiuitas quæ habet manifeſtam iniuriam, non poteſt ex iure vllo eſſe, nec proinde parere ſeruitutem quæ ſit iuris gentium, Quamquam indicto bello non quærimus iuſtene, an iniuſte indictum fuerit? quia tum etiam cum iniuſtè indicitur, aliquam tamen rationem habet publicæ vtilitatis eius populi qui ex ſperata victoria maiorem ſibi pacem & felicitatem pollicetur, quod ſufficit vt iure gentium geri bellum videatur. Alioqui nulla bella eſſent ex iure gentium, neque captiuitates niſi ex ea parte, quæ iuſtam haberet bellandi cauſam. Cum tamen hoc ipſum plerumque incertum ſit, nec niſi ex belli exitu, quamquam nec hoc ſatis tutò iudicandum: Ob idque Deum Opt. Max. *Dominum exercituum* appellamus, quod eius ſolius ſit huiuſmodi quæſtiones dirimere, nec tamen ſemper data ei victoria qui iuſtiùs induit arma, ſed plerumque occulto quidem, at ſemper iuſtiſſimo iudicio denegata, *Iure dato ſceleri*, vt Lucanus dicebat. Simile eſt quod Vlpian. ſcribit in *l. ſi quis ingenuam 21. §. 1. De captiu.& poſtlim.* In ciuilibus diſſenſionibus, quamuis per eas ſanè reſpublica lædatur, quia tamen in reipublicæ exitium non cõtenditur, eos, qui in alterutras partes diſcedunt hoſtium loco habendos non eſſe. Eorum ſcilicet inter quos iura captiuitatum & poſtliminiorum fuerint. Et Ideò captos adeóque venundatos, poſteáq; manumiſſos, placuit ſuperuacuò repetere à Principe ingenuitatem, quam nulla captiuitate amiſerant. Quis enim bellorum exemplo dicat ciuiles diſſenſiones eſſe ex iure gentium, aut ad tuendam humanam inter gentes ſocietatem pertinere? Dices. Imò prorſus contrariam eſſe rationem illam, qua Vlpianus vtitur: *quia non in exitium Reipublicæ*, inquit, *contenditur*: ita ſignificans futurum, vt captiuitas ex ciuili diſſenſione ſecuta, eſſet ex iure gentium, ſi in ciuilibus diſſenſionibus in exitium Reipubl. cõtenderetur. Quaſi verò ad tuendam humanam illam ſocietatem magis ſpectet, vt in Reipubl. exitium contendatur. Reſpondeo ſic accipiendam hanc rationem, vt quoties in exitium alicuius Reipublicæ bello contenditur, bellum illud ex iure gentium eſſe intelligatur, quia gentibus omnibus commune illud eſt, vt vnaquæque Reſpublica eam, à qua exitium ſibi timeat, extinctam velit, eique prius exitio eſſe ſi poſſit, vt ſeipſam tanto ſecurius tueatur, licèt ita fiat vt inter eos populos qui bellum gerunt, humana etiam ſocietas lædatur. Inſpiciendum enim eſt, quod gentibus omnibus commune & vtile, non quod huic aut illi populo inutile eſt. Ea porrò belli ineundi ratione & intentione, tum etiam cum habet iniuriam mouentur tanto magis cæteræ gentes, vt belli metu, ad pacis communiſque concordiæ felicitatem artes ſuas & cogitationes omnes conferant: cum quo nihil commune habent ciuiles diſſenſiones, vel ob hoc ipſum, quod in iis, vt Vlpianus ait, in exitium Reipub. non contenditur.

l. ſi quis ingenuam 21. §.1. D. de captiu.& poſtlim.

ILLATIO III.

De illo qui ſe vendi paſſus eſt ad pretium participandum.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt quemadmodum idem Vlp. ſcribit *in leg. 1. ff. de manumiſſ.* Eum, qui Cal. Ian. natus poſt ſextam noctis horam pridie Calendas, quaſi annum viceſimum compleuerit, poſſe manumittere. Non enim, inquit, maiori viginti annis permittit lex manumittere, ſed minorem manumittere vetat. Iam autem minor non eſt qui ſupremum diem agit anni viceſimi: (dies enim more Romano incipit à media nocte, *l. more Romano 8. ff. de feriis*) ita è contrario, non fiat ſeruus, qui paſſus eſt ſe venundari ſupremo die anni viceſimi, quia hic maior non eſt, licèt nec minor ſit, niſi maior factus pretium partitus ſit: *lib. 1. §. 1. quib. ad liber. proclam. non lic. leg. liberis 7. §. 5. ff. de liber. cauſ.* Obſeruandum autem eſt, hunc vnum eſſe modũ, quo iure ciuili ſeruus quis fiat, ſi quis maior annis viginti paſſus ſit ſe venundari dolo malo, ad pretium participandum. Itaque ſiue minor annis viginti, licet ſupremum diem agens anni viceſimi, vt proximè diximus, paſſus ſit ſe venũdari etiam ad pretium participandum, ſiue maior quoque annis viginti dolo quidem malo, & decipiendi bonæ fidei emptoris animo, ſed non participandi pretij cauſa, non fiet ſeruus, neque iure gentium, neque iure ciuili, quia lex non niſi de maiore locuta eſt, nec niſi de eo qui dolum fecerit vt pretium participaret. Nec rurſus ſi patiatur licèt dolo malo ſe venundari ad participandum pretium, ſcienti liberum venditori: *l. ſcientis 6. C. de ingen. manu. leg. liberi 70. De contr. empt.* & apertiùs *in leg 4. verſic. non enim de eo. ff. quib. ad libert. proclam. non licet: leg. qui ſciens. 33. ff. liber. cauſ* Non enim decipitur qui ſcit, licèt in aduerſario fuerit animus decipiendi, *l. nam ſi actor 26. ff. de rei vindic. l. 5. in fi. ff. de action. empt. l. 16. §. 2. de liber. cauſ.* Quid ſi duo emerint, vnus ſciens, alius ignorans? Erit ſeruus in ſolidum ſolius ignorantis, *leg. vlt. ff. quibus ad libert. proclam. non licet.* Quid autem ſi dolus quidem interuenerit hominis liberi, patientis ſe vendi vt ſeruum, ſed ita tamen vt non eo minus poſſit ad libertatem proclamare, fortè quia pretium non participauit, aut non fuit minor annis viginti? Prætor dat in eum actionem in factum, in ſubſidium iuris ciuilis, quo huiuſmodi dolus vindicabatur, nec tantum emptori, ſed etiam eius ſucceſſorib. *l. rectiſſimè 14. l. non ſolum 22. De lib. cau. l. quidam 10. §. vlt. De fideic. liber.* Dicet aliquis, eſſe etiam alium modum, quo quis fiat ſeruus iure ciuili; nempe ſi liber homo captus ab hoſtibus poſtea commercio redemptus ſit à ciue Romano: manere enim videtur ſeruus

redimentis.

Digitized by Google

redimentis, quouſque pretium à redimente datum ipſe reddiderit: *l. s. l. ſi liberum* 11. *& ſeqq. l. commercio* 16. *& ſeq. C. de poſtlim. reuerſ. & redemp. ab hoſtib.* idque ex conſtitutione, de qua *in l. in bello* 12. *§. ſi quis ſeruum, ff. eod.* Sed reſpondeo primùm, Aliud eſſe, ſeruum quem fieri, Aliud manere. Non fit ſeruus qui redimitur ab hoſtibus, etiamſi velit quis admittere eum ſeruum remanere, quod multo facilius eſt. Tritum namque eſt multa durare facta, quæ fieri prohibentur: *l. patre furioſo* 8. *De his qui ſunt ſui vel alie. iur.* Quod ſi remaneret ſeruus, non tam redimentis, ſi ſubtiliter rem æſtimare volumus, quàm hoſtium ſeruus dici deberet, quaſi nondum pleuè redemptus ab hoſtibus, quandiu redemptionis pretium ille ipſe non perſoluit. Sed tamen neque redimentis, neque hoſtium ſeruus dici poteſt. Id enim eſt quod ait *d. l.* 2. ab hoſtibus redempros, quoad exſoluatur pretium, magis in cauſam pignoris conſtitui, quàm in ſeruilem conditionem detruſos videri: *leg.* 20. *§* 1. *§. qui te fac. poſſ.* In cauſa, inquam, pignoris naturalis, vt eadem lex ait, quia non ex conuentione vlla deſcendit, ſed ex naturali ratione & æquitate, vt & *in l. Iulianus* 13. *§. offerri, ff. de act. empt.* Nec enim eſſet æquum, ante pretij pro libertate hoſtibus dati reſtitutionem, vindicare ſe in plenam libertatem eum, qui ab hoſtibus redemptus fuerit, & redimentis beneficio aſſecutus, vt libertatem, quæ alioqui res inæſtimabilis eſt, certo pretio recipere poſſit: *l. pater* 34. *§.* 1. *ff. de don.* iunct *l. libertas* 106. *De regul. iur.* Cur verò pignoris iure retinetur? An fortè liberi hominis oppigneratio minùs quam venditio prohibita eſt? Minimè verò, liberi enim hominis commerciũ nullum eſt: *l.* 1. *§. ſi id quod dari. ff. de obl. & act. l. liberi* 70 *ff. de contr. emp.* iunct. *l. ſed & quod* 9. *§.* 1. *De pign. l.* 1. *§. eam rem. ff. quæ res pig.* Sed ideo pignus valet, nõ quia ſeruus ille maneat, ſed quia publice interfuit ita ius conſtitui: vt inuitarentur ditiores ad captiuos liberandos, quémadmodum dicemus cùm de poſtliminij fictione tractabimus, ad *tit. quib. mod. ius patr. poteſt. ſoluit. Pr.* 8. Cæterùm nollomodo eſſe illũ ſeruum redimentis, ex eo quoque apparet, quod reddita pecunia, ſublatóque vinculo pignoris, non libertus efficitur eius qui redemerat, ſed ingenuitati quam amiſerat reſtituitur poſtliminij iure, ita vt neque redemptori, neque illius filiis obſequium vllum debeat: *d. l. ſi liberum* 15. *C. de poſtli. reuerſ.* Sicut & ſi anteà domini alterius ſeruus fuiſſet, eidem poſtlimij iure reſtituẽdus eſſet: *d. l. in bello* 12. *§. ſi quis ſeruum*, niſi medio tempore manumiſſus fuiſſet, *§. manumittendo, ead. l.* Item ex eo quod redempta libera redemptori ſuo nubere poteſt: *d. l.* 2. *l. ſi is qui* 53. *eo.* Item ex eo, quod is qui liber conſtitutus, captus ab hoſtibus commercio redimitur, etiam priuſquam reſtituatur data pro eo pecunia, ſucceſſionis iura ſibi vindicare fauore ingenuitatis poteſt, vt ea poſſit pretium pro ſe datum exſoluere: *l. is qui lib.* 15. *eo.* Ex eo rurſum, quòd commercio redemptæ fœminæ, filios ſuos licet ex ſeruo ſuſceptos medio tempore, origini ingenuitatis matris reddi conuenit: *d. l. commercio* 16. *eo.* Item, ex eo quod qui ab hoſtibus redemptus eſt, legari ſibi ipſi poteſt, vt proficiat legatum nõ ad cauſam libertatis, ſed ad liberationem vinculi pignoris, quod in eo habuit qui redemit: *l. Senatus* 43. *§. vlt. de leg.* 1. ſed omnium elegantiſſimè hoc ipſum probatur ex eo quod Vlp. ſcribit *in l. ſi patre* 15. *De cap. & poſtlim.* Si pater redemptus ante luitionem defunctus ſit, poſſe filium ei ſuum hæredem exiſtere; non ſolùm ſi poſt mortem patris offerat redemptionis quantitatem, quam vtique conſtat non tantum à redempto ipſo, ſed etiam ab alio quolibet offerri poſſe: *l. cùm & poſtliminij* 6. *C eo.* ſed etiamſi nihil offerat, quia ſubtiliùs inquit dici poteſt, hunc patrem dum moritur, quaſi iure pignoris finito nactum poſtliminium, & ſine obligatione debiti obiiſſe, vt potuerint ſuum hæredem habere. Cur vero finitur ius pignoris? An quia interitu rei obligatæ, id eſt peremptа re obligata finiatur obligatio pignoris, ſicut & alia quælibet: *l. is qui* 45. *de obl. & act. l. ſi ex legati* 23. *De verb. obl.* Minimè. Sic enim fieret vt in ipſo quoque inſtanti mortis pignus duraret, quia non niſi per ſecutam mortem finitur obligatio, lex autem ait patrem hunc ante mortem, & in ipſo inſtanti mortis nactum fuiſſe ius poſtliminij. Siquidem conſtat, quandiu res pignorata durat, etiam durare hypothecam, ſi pecunia ſoluta non ſit: *l. ſi rem* 9. *§. omnis, ff. de pign. act. l. grege* 13. *§. etiam, ff. de pignor.* Ratio igitur propter quam viuo adhuc eo, qui redemptus eſt, ius pignoris finitum intelligitur, illa eſt, quia cùm pignus hoc non conuentionale ſit, ſed naturale, non poteſt fieri, vt ex ratione naturali duret, niſi quandiu lui poteſt, quæ & pignoris cuiuſlibet natura ac conditio eſt: *Tot. tit. de luit. pign. C.* Luitio autem illa non poteſt fieri in inſtanti, cùm factum hominis requirat; nihil autem ſit quod fieri naturaliter poſſit in inſtanti. Natura enim, vt Philoſophi dicunt, operatur in tempore, *l. vl.* vbi eſt text. in hanc rem elegans, *ff. de cond. inſt.* Qua ratione nec in pignore conuentionali negarem idem admittendum eſſe, vt ſcilicet ſerui obligati pignus finiretur ipſo inſtanti mortis ſerui, niſi illud obſtaret quod cùm obligatio eſt ex conuentione, fieri nequit vt non duret pignus, quandiu & conuentio obligationis durat, & ipſa res obligata; tametſi eo mortis inſtanti incipiat fieri inutile, quia nec lui amplius, nec diſtrahi poteſt. Aliud ſiquidem eſt finiri pignus, aliud inutile fieri quod aliquando valuit. Aliud inquam in pignore conuentionali, ſed non in naturali, id eſt quod non aliam habeat cauſam, quam rationem, & æquitatem naturalem; id duntaxàt curantem, vt cautum ſit creditori. Ex quo enim incipit deſinere cautum eſſe, fierique pignus inutile, neceſſe eſt finiri illud, quippe quod non niſi ob eam vtilitatem percipiendam, fuerat introductum. Nec obſtat quod oblatio ſolutionis poſſit fieri in inſtanti, adeò vt etiam dationis vice cedat, quoties agitur de implenda tantùm conditione, *dict. leg. vlt. De condit. inſtit. l. Areſcuſa* 15. *in fi. de ſtat. homin.* iam autem dixerimus, poſſe hominem ab hoſtibus redemptum lui, oblata per alium quemlibet pecunia, *d. l.* 6. *C. de poſtlim.* Non enim conſequens eſt, vt poſſit ea luitio fieri vltimo inſtanti vitæ hominis pignorati, quia ſola oblatio non ſufficit, niſi & numeratio fiat, aut ſaltem obſignatio, recuſante creditore, vt ſolutionis vim habere poſſit oblatio: *dict. leg.* 6. iunct. *leg. acceptam* 19. *Cod. de vſur.* quæ tamen omnia in inſtanti fieri non poſſunt, niſi ponas aliquo ante mortem tempore inchoata fuiſſe, vt extremo vitæ momento perficiantur (quomodo ſanè fieri ponendum eſt, quoties dicimus dandæ pecuniæ conditionem vnico momento impleri poſſe; alioquin nec nudam oblationem vno momento inchoari & perfici poſſe) Sed vt nos eum caſum tractamus, quo luitio neque facta, neque inchoata ſit viuo eo qui redemptus fuit, vt proinde verum ſit dicere, eum quo inſtanti moritur, neque redemptum eſſe, neque

L. in bello 12. *§ ſi quis ſeruum: & §. manumittendo. ff eo. De captiu. & poſtl. l. ſi is qui* 13. *Cod. eod.* *Senatus* 43. *vlt. de leg.* 1

leg. vlt. ff de cond. inſt.

redimi amplius poſſe, *vt & in l.Gallus 29.h.videndum in fin. De liber.& poſthum.* Præſertim quia nec initio pignoris fieri poteſt à quocunque volente pecuniam offerre nomine debitoris, ſed ab eo demum qui ſit poſſeſſor pignoris, quamuis ſufficiat qualemqualem poſſeſſorem eſſe: *l. Paulus 16. in fin.quib.mod.pign.vel hypoth. ſoluit.* Atqui hominis redempti cùm re vera liber ſit non alius poſſeſſor eſſe poteſt, quam redemptor, eiúſve hæres. Ergo non alius quàm redemptus ipſe luere ſeipſum poteſt. licet in eam rem pecuniam ab alio accipere poſſit, per quem etiam numeretur, qui ſenſus eſt *d.l.6.* Et conſequenter abſolutè ac verè dici poteſt, luitionem hanc, per quam ius poſtliminij nanciſcatur, non poſſe fieri vltimo vitæ inſtanti, cùm per alium fieri non poſſit. Nam vt admittamus conditionem illam, *ſi decem Titio dederit*, etiam vltimo vitæ inſtanti impleri poſſe, illud tantum facit quod per alium quoque impleri poteſt: *d.l.vlt.dict.leg. Areſcuſa in fin.* Proinde pignus quod in redempto homine libero conſtitutio induxit, in ipſo inſtanti mortis, id eſt, viuo eo finiri neceſſe eſt, atque ita eodem inſtanti ſuccedere legis poteſtatem, quæ poſtliminij fictionem inducit. Lex enim operatur in inſtanti, non vt natura in tempore. Vtcunque ſit, probat optime reſponſum illud Vlpiani in *d.l. ſi patre,* liberum hominem ab hoſtibus redēptum, non eſſe verè ſeruum ſui redemptoris, ſed pignoris tantùm nexu & vinculo obligatum: quoniam alioqui poſtliminium nanciſci in ipſo mortis ſuæ inſtanti non poſſet, cùm nemo ex ſeruo fiat liber moriendo: adeo vt & inutilis ſit libertas, quæ in vltimum vitæ momentum confertur: *l. libertas 17.in prin.l.vlt.ff.de man.teſtam.* cùm abſurdum ſit eo inſtanti incipere hominem fieri liberum, quo deſinit eſſe homo. Quin & genus quoddam eſt hominum libertinorum, ſecundum iura vetera, qui viuunt quidem liberi, ſed moriuntur ſerui, vt dicemus ad *tit. De libertinis.* Nanciſcitur autem ius poſtliminij in ipſo mortis ſuæ inſtanti, is de quo nunc agimus, quia cum iam reuera ſit liber, nihil eſt quod in eius perſona impediat ius poſtliminij, præterquam vinculum pignoris (generale namque eſt vt pignus quodlibet, ſiue naturale, ſiue conuentionale impediat manumiſſionem: *l. 3.ff.de man.l. 4 ff.qui & à quib.manu.l.1.& tot. t.C.de ſeru.pign.dat.manum.*) quod ipſū ius pignoris per mortem redempti hominis ita finitur, vt illo etiam adhuc viuo finiatur, propter eam rationem quam attulimus. Denique hoc ipſum quod dicimus hominem liberum ab hoſtibus redemptum non eſſe propriè ſeruum redimentis, vt diſertè ſcribit Vlp. *in l.qui teſtamento 20.§.1 ff.qui teſt.fac.poſſ.* ex eo etiam apparet quod idem Vlp. ſcribit *in l.3.§.ſi quis eum, De homin.liber. exhib.* Si quis eum quem ab hoſtibus redemit, retineat, in ea cauſa eſſe vt interdicto illo non teneatur, *Non enim*, inquit *dolo malo fecit*. Non reddit illam rationem, quæ alioqui ſi vera erat, multò fuiſſet accommodatior, quod non ſit hic homo liber (eo ſiquidem ſuppoſito, quænam obſecro dubitandi ratio ad interdictum illud pertinens ſubeſſe potuiſſet?) ſed ait, *qui à dolo malo non facit*: nempe quoniam vt ſcriptum eſt *in §.praeced.* non videtur hominem liberum dolo malo habere qui iure ſuo vtitur. Iure autem ſuo vtitur non ſolum qui habet eum in poteſtate, vt *in d §. praeced.* ſed & qui eum habet ex conſtitutionibus vinculo pignoris obligatum. Nec tantùm in libero homine, ſed etiam in ſeruo ab hoſtibus capto, poſteáque redempto, id ipſum ferè obtinet quod diximus ſcilicet vt reddita quandocunque redemptori pecunia, nunquam in ipſius dominio fuiſſe videatur, ideóque nec libertus eius efficiatur, ſed in prioris domini ius redeat. Non enim poſſet vnius eſſe libertus, & alterius ſeruus, cum qui dicit libertum, dicat liberum, idem verò & ſeruus & liber eſſe nemo poſſit. Plane antequam ſeruus hic qui alienus fuit & redemptus in domini ſui poteſtatem plenam redierit, id eſt, antequàm redemptori pretium dominus reddiderit, verè interim ſeruus eſt redimentis, non propter redemptionem, ſed propter conſtitutionem, quæ de ea re lata eſt; de qua in *§.ſi quis ſeruum, d.l. 12.* quæ tamen de ſeruis tantùm locuta eſt. Cæterum fatendum eſt, ſummo iure, eſſe illum medio tempore proprium ſeruum redimentis, & quod eſt conſequens pignori non obligatum, neque enim propriæ rei pignus poteſt conſiſtere: *l.neque pignus 45. De reg.iur.* cùm reuera ſit ſeruus, nec eius conditio magis repugnet, ne huius, quàm ne illius domini ſeruus ſit; quanquam non eo minùs procedit eius vſucapio, ad excludendum ius redimendi, ne deterioris conditionis ſit is, qui redemit, quàm ſi dominus non eſſet; vt eleganter & ſubtiliter diſputat Tryphon in *d.l.in bello 12.d.§.ſi quis ſeruum, verſ. & ſi ignoret.* Vnde etiam eſt, quod eum manumittendo facit liberum, & conſequenter libertum ſuum, propter eas rationes quas ſubiungit Tryph. in *§. ſeq.* vbi tamen puto ſubeſſe mendum in illis verbis, *liber erit ſeruus*; & pro *liber*, legendum *ſemper*, retenta tamen interrogatione, vt bonus ſit ſenſus; qui alioquin nullus eſt, vt dicemus latius ad *tit.quib.mod.ius patr.poteſt.ſoluit.ill. 19. Prin.* 8. Hæc autem omnia eò pertinent, vt appareat hoc vno tantum modo, poſſe liberum hominem iure ciuili fieri ſeruum, ſi maior annis viginti paſſus ſit dolo malo ſe venundari ad pretium participandum. Planè is qui vnius ſeruus fuit, interdum ex cōſtitutione ciuili fit ſeruus alterius, puta ſi quis detexerit colluſionem per quam aliquis fuerit pronuntiatus ingenuus, cùm ſeruus eſſet: *l.1.& tot ff. de colluſ. deteg.* Et de ſeruis quidem hæc dixiſſe ſufficiat.

qui teſtamento 20 § 1 ff. qui teſt. fac. poſſ. l.3. § ſi quis eū, ff de hom. liber. exhib.

l.in bello 12. § ſi quis ſeruum, ver & ſi ignoret, ff. de capti.& poſtlim. Et in §.ſeq.

De liberis iam videamus, quorum dulex differentia eſt: Aut enim ſunt ingenui, aut libertini. Alia eſt diſtinctio liberalium iudiciorum & negotiorum. Aut enim de libertate ſunt, aut de ingenuitate: *leg. iuxta edicti 40. C.de lib. cau.* vbi propter hanc cauſam mallem legere *de libertate*, quam vt vulgo de *libertinitate*, non ſolùm vt comprehendantur iudicia de libertate, ex qua & liberale iudicium nomen ſumpſit, *tot. tit. De liber. cauſ.leg.non diſtinguemus 32.§ de liberali, De recept.qui arbit.* ſed etiam quia eadem prorſus quæſtio eſt de libertinitate, & ingenuitate, cùm non poſſit quis de libertinitate contendere, niſi aduerſus eum qui ſe ingenuum dicat: nec contra aſſerere ſibi ingenuitatem, niſi contra eum qui obiiciat libertinitatem. Etſi video poni iſta quaſi ſeparata in *d.§.de liberali*, fortaſſe inſpecta perſona agentis, vt, ſi quis vindicet ſe in ingenuitatem, dicatur iudicium de ingenuitate, licet hoc ipſo contendatur etiam de libertinitate. E contrario dicatur iudicium de libertinitate, ſi quis tanquam patronus libertum ſuum eſſe contendat eum, qui ſe dicit ingenuum. Actoris enim eſt, non rei, dictare, & conſtituere iudicium: *arg.l.circa 14 ff.de prob.l.Dini fratres 27.§.1. De lib. cauſ.* (ſi tamen vterque locus Triboniani non eſt potius, quàm Iureconſulti, vt dicemus *ad Princip.2.inf.*) *l.vlt.ff.de ſeparat.*

TITVLVS

TITVLVS QVARTVS.

De Ingenuis.

PRINCIPIVM I.

De ingenui hominis definitione.

INgenuus eſt, is qui ſtatim vt natus eſt, liber eſt. In quo vno differt ingenuus à libertino. Libertinus enim liber fit, non naſcitur: *l. ingenui* 8. *C. de ingen. manum.* vbi Imperatores ſcribunt ingenuos naſci,; libertinos autem manumiſſione tantùm conſtitui. Nam quemadmodum ſupra diximus ſeruorum alios naſci, alios fieri, ita & de hominibus liberis dicendum eſt, Alios liberos naſci, qui ſeruitutis iugum nunquam guſtarunt, vt loquitur Harmenop. *lib.* 1. *tit.* 18. Alios ſeruos natos ex ſeruis fieri liberos. Et rurſum, quemadmodum ex iis qui fiunt ſerui, Alij fiunt iure gentium, id eſt per captiuitatem; alij iure ciuili, cùm quis dolo malo paſſus eſt ſe venundari ad pretium participandum: Ita & ex iis qui fiunt liberi, alij fiunt iure gentium, vt qui per manumiſſionem (manumiſſiones enim ex eodem iure ſunt, ex quo & ſeruitutes, id eſt ex iure gentium: *l.* 4. *ff. de iuſt. & iur.*) alij iure ciuili, id eſt qui ſine manumiſſione, de quibus in *tit. ff. qui ſin manum. ad libert. peruen. & C. pro quib. cauſ. ſerui pro pram. lib. accip.* Caſus autem in quibus iure ciuili fit liber quis ſine manumiſſione, hi ſunt.

Varij caſus in quibus liber quis fit ſine manumiſſione.
Tit. qui ſin. man. ad lib. peruen.

Primus, ſi ſeruus venditus ſit ea lege vt intra certum tempus manumittatur, nec fuerit manumiſſus, quamuis tam emptor quàm venditor ſine hærede deceſſerint: *l.* 1. *qui ſin. manum* vbi ait Paulus hoc fieri ex reſcripto Diui Marci; idque locum habere etiamſi venditor mutauerit voluntatem, ſcilicet ante diem manumiſſioni præſtitum, & ex quo cœpit competere libertas: ne alioqui obſtet *l.* 3. *eod. l.* 3. *ff de ſeru. expor. l. vl. C. ſi man. ita fue. alie.* Huic comparatur ſeruus venditus ea lege vt à viuo emptore manumittatur, aut nullo addito tempore ad manumittendum: ſtatim enim mortuo eo competit libertas: *l.* 4. *l. vlt. qui ſin. manumiſſ.* Hoc ita, ſi ſeruus ille non ſit ſpecialiter obligatus: *l.* 3. *ff. de manum.* licèt generaliter obligatus ſit, *l.* 4. *l. generaliter* 29. *qui, & à quib. manum. l.* 3. *C. de ſeru. pign. dat. manum. l. ſi quis obligatum* 6. *ff. qui ſin. manu.* vbi propter hanc cauſam puto legendum: addita negatione, *non obligatum*, ſc. ſpecialiter Id enim innuitur ex illis ſequentibus, *licet bona omnia.* Præſertim ſi ſequamur ſententiam exiſtimantium ſeruum, qui ſpecialiter obligatus non ſit, ideò poſſe manumitti, quod nec generaliter obligatus intelligatur. quaſi de quo obligando non cogitauerit dominus, qui eum poſteà manumiſit: quod ſentit Donell. *libr.* 2 *comment. iur. ciuil cap.* 15. Quanquam mihi ſententia hæc non placet, magiſq; probo vt veniat hic ſeruus in obligatione generali, nec eo minùs tamen poſſit manumitti, vt dicã pluribus ad *tit. ſeq. princ.* 1. *ill.* 3.

Secundus, ſi ſeruus fuerit donatus eadem lege vt intra certum tempus manumittatur, idque non ex reſcripto, ſed ex ſententia reſcripti & conſtitutionis Diui Marci, ad hanc ſpeciem tracta per Prudentum interpretationem, cùm reſcriptum de venditione duntaxat locutum fuiſſet: *d. l.* 1. *eod. l. mancipia* 8. *ff. qui ſin. manumiſſ.* Ante reſcriptum enim aliud erat, *l. qui Romæ* 122. §. *Flauius*, *de ver. obliga.*

Tertius, ſi ſeruum dominus habuerit pro derelicto ob grauem infirmitatem, idque ex edicto Diui Claudij: *l.* 2. *D. qui ſin. manum. ff.* ſed ita tamẽ vt hic ſeruus quandiu viueret duntaxat in libertate moraretur, eiuſdem verò cùm moreretur bona idem dominus occuparet, vt Iuſtinianus refert in *l. vnic* §. *ſed ſcimus, C. de latin. libert. toll.* vbi & ius illud æquiſſimè corrigit, data miſero huic ſeruo pleniſſima libertate, nec reſeruato etiam iure patronatus domino, qui in ſeruum ſuum tam impius fuerit & crudelis.

Quartus, ſi ſeruus necem domini vindicauerit: *l.* 1. *C. pro quib. cauſ. ſerui.* iunct. *l.* 5. §. *vlt. ff. de iniur.*

Quintus, ſi eam domini necem detexerit: *l. qui. ob necem* 5. *qui ſine manu. l. ſi filius* 23. *ff. de iur. patr. l. . . . in princi. De bon. libert l. æris alieni* 39. *ff. ad leg. falcid.* Inter quos tamen caſus differentia illa eſt, quòd in quarto libertas competit ipſo iure, in quinto autem petenda eſt, & danda a Prætore, *d. l.* 1. *C. pro quib. cauſ.*

Sextus, ſi quis hac lege ancillam emerit ne proſtituatur, & proſtituerit: *d. l. ſi quis obligatum*, §. 1. *l.* 1. *C. ſi mancip. ita venier. ne proſtit.* Cui caſui & ille comparatur, ſi quis cùm poſſet abducere proſtitutam ancillam, pecunia accepta manus iniectionem vendiderit: nam & hæc ancilla libera eſt, ex reſcripto Imp. Antonini, *l. Imperator* 7. *qui ſin. manum* vbi ratio redditur, quòd nihil intereſt ipſe abducas & proſtituas, an patiaris proſtitutam eſſe pretio accepto, cùm poſſis eximere. Intelligendus autem hic caſus eſt de ancilla ſic vendita, non vt proſtituatur, ſed vt ſi proſtituatur liceat venditori eam abducere. Alioqui ſola proſtitutio faceret eam liberam, nec patientia venditoris requireretur: *d. l.* 1. *C. ſi mancip. ita venier. ne proſt.*

L. ſi quis obligatum 6. D. qui ſin. man. ad libert.

Septimus, ſi monetarios adulterinam monetam clandeſtinis ſceleribus exercentes, ſeruus in publicum detulerit; hic enim Romana libertate donatur, ex Conſtantini conſtitutione in *l.* 2. *C. pro quib. cauſ. ſeru. pro pram. libert. accip.*

Octauus, ſi quis ſeruus raptus virginis facinus diſſimulatione præteritum, aut pactione tranſmiſſum detulerit in publicum: *l. ſi quis ſeruus* 3. *eod.*

Nonus, & poſtremus, ſi deſertorem militiæ ſeruus prodiderit: *l. vlt. eod.* Habent autem omnes hi caſus pro ratione ciuili fauorem libertatis, iunctum cum fauore boni publici, vel cum odio domini, aduerſus naturam ipſam, aut conuentionẽ, aut leges quid facientis, vel negligentis; id eſt cõmittentis, aut omittentis; vt in ſingulis videre eſt.

Caſus in quibus libertas impeditur, etiam interueniente manumiſſ.

His caſibus contrarij illi ſunt in quibus impeditur libertas ſerui, etiam interueniente manumiſſione. *Primus* eſt ſi quis damnatus ſit in perpetua vincula, aut ad beſtias, aut ad gladium, aut in metallum, atque ita ſeruus pœnæ effectus: *l. 1. C. qui non poſſ. ad libert. peruen.* Nam cùm non poſſint eſſe ſerui duorum in ſolidum, prioris ſc. domini, & pœnæ, cuius per ſententiam ſerui efficiuntur; *l. ſi quis filio 6. §. ſed & ſi quis, de iniuſt. rupt. l.... C. de bon. proſcr.* neceſſe eſt euenire vt dominus eſſe deſinat, qui priùs fuit: *l. aut damnum 8. §. ſeruos in metallum, ff. de pœn. l. fruſtra 8. C. de ſent. paſſ. & reſtit.* vbi additur, cœpiſſe hunc ſeruum eſſe fiſci, ex quo factus eſt ſeruus pœnæ, & ſeruus in metallum dānatus licèt beneficio Principis eſſet iā pœna liberatus, Imperatorem reſcripſiſſe, quia iam ſemel domini eſſe deſiderat, nō eſſe illum in poteſtatem domini poſteà reddendum: quod & reſcriptum eſt in *dict. l. fruſtra*, ſc. per occaſionem huiuſmodi indulgentiæ, dominiū prius, qood ſemel amiſsū fuit, redintegrari non poſſe. Cui conſequens eſt, vt quod in *d. l. 8. §. vlt.* ſcriptum legimus; *ſed ſiue in perpetua vincula fuerit damnatus ſeruus, ſiue in temporalia, eius remanet cuius fuit antequam damnaretur.* non tam Vlp. tribuendum eſſe, qui alioquin & cum ſeipſo, & cū Imperatoris reſcripto pugnaret, quàm Triboniano, aut imperito interpreti ad id reſpicienti, quòd hodie ex *Nouell. Iuſtin. 22. De nupt. c. 8 nemo ſit ſeruus pœna, Auth. ſed hodie, C. de don. int. vir. & vxor.* nec animaduertenti conſtitutionem Iuſtiniani de liberis duntaxat hominibus loeutam, ius vetus incorrectum reliquiſſe, quod in ſeruis æquè ac in liberis obtinebat: *l. metalli 11. C. de pœn.* Neque rurſum potuiſſe Vlpiani reſponſum accommodari ad nouum illud ius, quod multis poſt Vlpianum ſeculis à Iuſtiniano inductum fuit. Et ſanè abſurdum eſt, liberalitatem Principis, qui homini ſeruo pœnæ effecto libertatem præſtitam voluerit, pro præſtatione libertatis nihil niſi dominij tranſlationem feciſſe, vt loquitur Tryphon. *in l. in bello 12. §. manumittendo 9. de captiu. & poſtlim.* Sed tamen obſernandum eſt, ad hunccaſum non pertinere quod dicimus, non poſſe huiuſmodi ſeruum ad libertatem à priſtino domino perduci. Nam cùm deſierit eſſe dominus, qui erat anteà, quid mirum eſt manumittendo ius ei nullum ſupereſſe? Intelligi ergo hoc debet de illo caſu, quo ſeruus ſub pœna perpetuorum vinculorum domino reddi iuſſus ſit per ſententiam: de quo in *l. ſeruus 10. C. de pœn.* quo caſu licet ius proprietatis per condemnationem amputatum non ſit, vt loquitur *l. ſeruo 25. eod.* publicè tamen intereſt non poſſe à domino remitti pœnam per manumiſſionem, adeò vt etiamſi temporalis pœna fuerit, præfiniti tamen temporis finem etiam expectari neceſſe ſit, ne ad maleficia quiſquam temerè proſiliat, inquit *l. ſi operis 14. eod.* iunct. *d. l. 1. C. qui non poſſ. ad libert. peruen.*

Secundus caſus eſt, ſi quis domini ſui teſtamento pœnæ cauſa vetitus ſit manumitti: *l. 4. § in illis, ff. de manumiſſ. l. vlt. C. de reb. alien. non alienand. l. 2 C. qui non poſſ. ad libert. peruen.* vbi additur huiuſmodi teſtamentorum leges quæ perpetuam ſeruitutem malè meritis ſeruis irrogant, adeò eſſe obſeruandas, vt nec per ſuppoſitum emptorem ad libertatem perduci poſſint, ne ſcilicet alioqui fraus fiat voluntati, quam licet libertati contrariam, ſeruari tamen publicè intereſt, vt ſerui deterreantur ab iis committendis, vel omittendis, propter quæ videantur tam malè meriti de dominis, vt nunquam ad libertatem perduci poſſint. Dixi *pœnæ cauſa*, quia multum intereſt vtrum eos, quos cum filio educatos eſſe teſtator expreſſit, propter familiare miniſterium, & vſum filiorum neceſſarium, & venire & manumitti vetuerit; an quaſi malè meritis pœnam irrogauerit? Priore namque caſu, morte eius cui conſulebatur obſequij neceſſitate finita, libertas poteſt contingere: *d. l. 2.* Finita ſcilicet prohibitione, ex quo finita eſt cauſa prohibitionis: *l. illis libertis 84. de condit. & demonſtr.*

Tertius caſus eſt, ſi quis ea lege venierit vt exportetur: venditus enim videtur in perpetuam ſeruitutem is, qui hac lege venditus eſt: *l. 1. 2. 3. & tot. tit. C. ſi ſeru. export. ven. l. 1. & tot. tit. D. de ſeru. export. d. l. 4. §. in illis, de manumiſſ.* Refert tamen an venditio ſerui facta ſit hac lege ſub denunciatione manus iniiciendæ, id eſt an venditor manus iniectionem pacto ſibi exceperit, an non. Priore caſu ſuo iure vti poteſt, manúmque in ſeruum iniicere, vt eum recipiat in dominium ſuum. Poſteriore verò committitur ſeruus, & vindicatur fiſco poſt manumiſſionem, ſoláque ex ſtipulatu actio ſupereſt priori domino contra emptorem, quia offendit in legem venditionis: *d. l. 1 & 2. C. ſi ſeru. expor. ven.*

Quartus caſus eſt huic ſimilis, ſi quis venditus ſit ea lege ne manumittatur: *d. §. in illis, l. ea quidem. 5 C. ſi mancip. ita fuer. alien. vt manumitt. vel contra.* vbi ratio redditur, *Neque enim conditio, quæ perſonæ ſerui cohæſit, immutari facto eius qui ea lege comparauit, poteſt. Nec tamen*, inquit, *pœna pactio* (ſic enim lego non *exactio*) *ſi qua addita eſt conditioni non ſeruatæ, iuſtam exigendi tribuit cauſam*: quia non poteſt dici fides rupta, cùm manumiſſionis contra legem venditionis factæ nullus ſit effectus: *arg. l. vlt. eo.* Quamquam fieri poteſt vt non ſit inutilis conuentio pœnę, ſi fortè propter omiſſum pactum manus iniectionis, quod addi olim ſolebat, ſeruus contra legem venditionis manumiſſus fiſco committatur: *arg. d. l. 1 & 2. C. ſi ſeruus export. ven.* Alij etiam caſus ſunt, in quibus non ſuſtinetur datio libertatis, putà ſi in fraudem creditorum, vel fiſci data ſit libertas, aut non eo modo quo oportuit. De quibus in *tit. ff. qui & à quib. manum. liber. non fiant*: *& C. qui manum. non poſſ.* ſed diuerſi ſunt illi ab iſtis de quibus nunc diximus, & in quibus libertas impeditur propter perſonam ipſam ſerui, qui ad libertatem perduci nunquam poteſt. De aliis dicemus ad *tit. Quib. ex cauſ. manum. non licet.*

Tit. ff. qui, & à quib. man. lib. non fiant: & Tit. C. qui man. non poſſ.

ILLATIO I.

De fauore ingenuitatis.

Ex hoc Principio fit, vt quemadmodum leges fauent libertati, ita etiam faueant ingenuitati, *l. vlt. ff. ſi ingen. eſſ. dicet.* Nam cùm libertas non alia de cauſa ſit fauorabilis, quàm quod ſit ſecundum naturam, vt diximus ad *Princ. 2. tit. prae.* conſtat omnes homines natura non ſolùm liberos naſci, ſed etiam ingenuos, ſiquidem ingenuus ille eſt, qui ſtatim vt natus eſt, liber eſt. Et ingenuitas dicta quaſi ingenita qualitas.

Digitized by Google

ILLATIO II.

De benè natis & malè natis.

SEcundò, ex eodem Principio fit, vt benè natum dicamus eum, qui ingenuus natus eſt: *Nou.22. De nup.cap.*8. vnde ſumpta eſt *Auth.ſed hodie, C.de do.int.vir. & vxor.* & ingenuè loqui, pro eo quod eſt liberè & candidè. E contrario malè natum eum, qui ſeruus naſcitur, quia naſcitur contra naturam. Vnde & nequitiam ſeruilis ingenij dicunt Impp.in *l.3. C. de libert. & eor.liber.*

ILLATIO III.

De natalium ſignificatione.

l.3.ff.ſi ingen. eſſ.dicet.

TErtiò, ex eodem Principio fit, quod Pomponius ſcribit in *leg.3.ff. ſi ingen.eſſ.dicet.* hoc ſermone, *adgnitis natalibus*, de nullis aliis intelligendum eſſe Senatum ſenſiſſe, quàm de ingenuis.

ILLATIO IV.

De natalium reſtitutione.

l.1. C de iur. aur.annul.

Tit. ff. qui & à quib.man. lib. non fiunt & Tit. C. qui man.non poſſ.

Ius aureorũ annulorum.

QVattò ex eodem Principio fit, vt qui ſeruus natus eſt, ex poſtfacto ingenuus fieri numquam poſſit, niſi iuris interuentu; id eſt, ita demum ſi libertinus à Principe ſuis natalibus fuerit reſtitutus. Illis enim vtique natalibus reſtituitur,, in quibus initio omnes homines fuerunt, vnde & *natales Antiqui* dicuntur *in l.1.& 2.C.de iur.aur.annul.* non in quibus ipſe natus eſt, cùm ſeruus natus eſſet: hic enim quantum ad totum ius pertinet, perinde habetur atque ſi ingenuus natus eſſet, nec patronus eius poteſt ad ſucceſſionem venire: *l.2.ff. de natal. reſtit.* vbi Marcianus ex hoc refert, non facilè Imperatores ſolere quemquam natalibus ſuis reſtituere, niſi conſentiente patrono. Ad omnem namque ingenuitatis ſtatum reſtituitur, qui iſto beneficio Principis vtitur: *l.3.eod.* perinde ac ſi maculam ſeruitutis ab initio non ſuſtinuiſſet: *l.vlt. in fin.eod.* Denique ius patroni, hoc impetrato, amittitur; *d.l vlt.in princ.* ideóque nec filio patroni inuito libertus natalibus reſtitui poteſt. Quid enim intereſt, ipſi patrono, an filiis eius fiat iniuria? inquit *l.4.eod.* Vnde etiam eſt, quod natalibus ſuis à Principe reſtitutus ille, qui ſe ingenuum natum Principi affirmauit, ſi ex ancilla natus ſit, nihil impetraſſe videatur: *l. 1. eod.* quia non facilè credendum eſt, Principem iuri patroni derogare voluiſſe, tametſi potuerit ſi voluiſſet: *l.4.C.de eman.liber.* iun. *d.l.2. in fi. De natal.reſt.* Aliud eſt ius illud quod *aureorum annulorum* appellatur. Id enim etſi à Principe perinde impetratur, tribuitque impetranti iura ingenuitatis, patroni tamen ius non lædit, nec enim à liberti hæreditate excludit: *l.pen.& vlt.ff.de iur. aureor.annul.* Adeò vt Diuus Commodus etiam datum iam illud ius ijs ademerit, qui inuitis, aut ignorantibus patronis accepiſſent: *l.3. eod.* quia tametſi non videatur eiuſmodi conceſſione lædi patronus, cuius integrum ius manet (quæ ad illũ locum dubitandi ratio eſt) honor tamen patrono debitus, ipſúmque ius patronatus exigit, vt de ſtatu & capite liberti nihil vel inuito, vel ignorante eo conſtituatur. Tanto facilius enim patronus impetrationi aureorum annulorum conſenſurus eſſe credendus eſt, quanto minore incommodo id facere poſſit, & ſalua patronatus ſui cauſa: *arg.l. 4. §.1.ff.quib.mod.pign.vel hypoth. ſoluit.* ideóque introductum eſt beneficium annulorum fauore ingenuitatis, vt poſſet locum habere, tum etiam cùm patronus natalium reſtitutioni conſentire nollet. Propter quam etiam cauſam videtur Iuſtin.conſtituiſſe *in Nouel.78. vt libert.de cetera.cap.1. & 2.* vt manumiſſum quemlibet tanquam hoc ipſo factum ciuem Romanum neceſſariò ſequatur ius aureorum annulorum, adeóque ingenuitatis, & vt Iuſtinian. loquitur *regenerationis*, iure patronatus illæſo, vt ex vna parte ius libertatis augeretur, ex altera verò, non eo magis patroni à libertate dãda reuocarentur: *Auth. ſed hodie, C.de iur. aur.annul.* Ex eo autem quod libertus, qui ius aureorum annulorum impetrauit, non niſi ſaluo patroni iure ingenuus eſſe intelligitur, illud etiam fit quod Papin. ſcribit *in l.1.ult.tit.* inter cæteros alimenta liberto relicta non idcirco non deberi, quia ius aureorum annulorum ab Imperatore libertus acceperit: nempe quia quod ad patronum manet libertus, licèt quod ad alios ingenuus intelligatur, & honor eius tantùm auctus eſt, non conditio mutata, vt eleganter ait Marcianus *in l.falſa 33.§. ſed ſi cui, de condit. & demonſtr.* Imaginem enim duntaxat, non ſtatum ingenuitatis præſtat: *l.2.C.de iur. aur. annul.* vbi lego *libertinis*, non *libertinitatis*, Longéque alia ratio eſt eius, qui iudicatus ingenuus, colluſione per alium patronum detecta, conditioni ſuæ redditus, alimenta ſibi, quæ tertius patronus reliquerat, præberi deſiderat. Hunc enim placuit amittere non ſolùm alimenta, ſed etiam beneficium annulorum, quod ante ſententiam pro ingenuitate dictam acceperat: quaſi qui beneficium illud depoſuerit, hoc ipſo quòd ſe ingenuum dixit: *dict.leg. 1. verſ. diuerſum, & leg. 2. ff. de iur. aureor. annul.* Sunt enim iſta contraria, *eſſe ingenuum*, &, *ius annulorum impetrare*; cùm ius annulorum non alij impetrare poſſint, quã qui ingenui cùm nõ ſint, fieri tamen volunt. Qui impetrat ius annulorum, ſi antea erat ingenuus, non idcirco amittit ingenuitatem, quam ſcilicet habebat à natura; vt nec is, qui manumiſſus eſt, quemadmodum dicemus ad *Prin. vlt. huius tit.* At qui impetrato annulorum beneficio, vindicat ſe in ingenuitatem, amittit beneficium annulorum, quia cùm ſit illud aduentitium, non naturale, facilè ac quocumque voluntatis iudicio amitti poteſt: *arg.l.1.C. de nund.* Priuilegium enim hoc non facit, nec poteſt facere vt reuera ingenuus ſit, qui reuera ſeruus natus eſt, ſed tantùm vt per fictionem iuris habeatur pro ingenuo, ſicuti Paulus loquitur in *d.l.pen.* & ingenuus intelligatur, quomodo Vlp. in *l. vlt.e. t. De iur.aur.annul.* Illa namque verba, *habetur, intelligitur*, & ſimilia, fictionem tantùm iuris, non etiam rei & naturæ veritatem demonſtrant: Imo nec qui à Principe natalibus reſtituuntur, fiunt reuera ingenui: ſed interuentu iuris, vt diximus *initio huius illationis*, id eſt, per fictionem; *d. l. 2. de nat. reſt.* quaſi inducta ſpecie quadam regenerationis, quam tamen natura penitus abhorret, vt contra Chriſtum Dominum Nicodemus noſter, nihil niſi carnis & naturæ leges tùm intuitus, diſputabat. Ergo ingenuorum alij ſunt à natura, alij à lege. Sed natura vſque adeò præualet, vt non ſit

Auth.ſed hodie, C. de iur. aur annul. l.1.C. de iur. aureor.annul

in

in poteſtate legis facere ingenuum abſolutè, nec plenè, niſi reſtituendo natalibus. Nam qui ius aureorum annulorum impetrauit, non eſt ingenuus abſolutè, ſed ſecundum quid, vt diximus ex *d.l.2 C. iur. aur. annul.* Fit tamen etiam quis ingenuus iuris interuentu alio caſu, id eſt per fictionem poſtliminij in ſpecie *l. ſtatul. 6.§.1. ff. de ſtatulib.* Cæterum quemadmodum & liberi & ingenui naſcuntur homines, cuiuſcumque ſexus, ſiue maſculi, ſiue fœminæ; ita & fœminas ius annulorum impetrare ac natalibus reſtitui, non minùs quam maſculos poſſe certum eſt: *l. etiam fœminæ 4 ff. de iur. aur. annul.*

PRINCIPIVM II.

Ingenuitatem à matre pendere, non à patre.

leg. & ſeruorum 5.§ ingenui, l. Herennius 22. ff. de ſtat. ho.

INgenuus eſt qui naſcitur ex matre libera, licèt ex patre ſeruo; aut quod idem eſt incerto: *l. & ſeruorum 5. § ingenui, l. Herennius 22. ff. de ſtat. ho.* Nam quemadmodum in ſeruis ita comparatum eſt, vt ſerui noſtri ſint, qui ex ancillis noſtris naſcuntur, licèt patrem habeant liberum, ſiue ingenuæ, ſiue libertinæ conditionis, vt diximus *ad Prin. 4. ſi prae.* Ita & in liberis ac ingenuis idipsũ obtinere neceſſe eſt, vt naſcantur liberi, & conſequẽter ingenui, qui ex matre libera naſcuntur. Vtrumque enim fit eadem non ſolùm iuris, ſed etiã naturę ratione, quod mater ſemper certa ſit, pater autem incertus ſemper, ac proinde nullus, quoties extra iuſtas nuptias natus quis proponitur: *leg. 5 ff. de in ius voc.* iunct. *l. lex natura 24. De ſta. ho.* Itaque ad libertatis fauorem hoc referendum non eſt, quaſi ſic fiat vt certior ſit libertas, ſed ad neceſſitatem naturæ, quia fieri nequeat vt matris conditionem non ſequatur is, qui, vt in ſuperioribus diſputauimus, patrem nullum habet: *l. 1. in fin. ff. ad municip.* cùm idem ſeruetur in cauſa ſeruitutis, multóque faciliùs & frequentiùs apud eas gentes, quæ ſeruitutis vſum retinuerunt; vt ex ancilla quis naſcatur, quàm ex libera; quia ſeruile ingenium longè magis quàm ingenuum procliue eſt ad libidinem, & ab iis quæ ad pudicitiam, publicámque honeſtatem pertinent, magis alienum. Proinde ſi libertatis fauor hic attendendus fuiſſet; erat ſanè conuenientius ita ius conſtitui, vt patris, quam vt matris conditionem filius ſequeretur. Sed quoniam non niſi inter liberas perſonas matrimonium eſſe poteſt, *l. 1. ff. de diuor.* & conſequenter non magis inter hominem ſeruum & liberam fœminam, quàm inter liberum & ancillam (ſi enim vterque eiuſdem conditionis ſiue liberę, ſiue ſeruilis, nullus dubitationi locus relinquitur vtrius conditionem ſequi filius debeat) vtroque caſu perinde euenit, vt ex matris ſtatu liberorum conditionem pendère ſit neceſſe: ſcilicet quod ad libertatem, non quod ad ingenuitatem, cum etiam libertæ filius ſit ingenuus, vt in *prin huius ti.* Iuſtinian. ſcribit. Et differentiæ ratio eſt, quia ingenuum faciunt natales, libertum manumiſſio: *l. fuerit 10 ad fin. ff. de reb. dub. l. libert. 9. C. de ingen. man.* Indéque eſt, quod diximus, nihil intereſſe an natus quis ſit ex patre ſeruo, an ex incerto. Eſt enim pater incertus quiſquis talis eſt, qui ex nuptiis certus demonſtrari non poteſt, qualis eſt ſeruus, nec tantùm ſeruus ille quem ſemper conſtiterit ſeruum eſſe, ſed & is qui contracti matrimonij adeóque ſuſcepti filij tempore, non pro ſeruo habitus fuerit, ſed pro libero: *Lex libera 6. C. de ſuis & leg. l. 3. C. ſol. matr.* vbi additur, quod notandum eſt, eſſe quidem hunc ſpurium qui ex ſeruo & libera natus eſt, ſed tamen ingenuum, vt intelligamus nihil obſtare quominùs idem ſit & ſpurius & ingenuus; quamuis fieri non poſſit vt quis ſit & ſpurius & ciuis Romanus, vt diximus ad *dict. Prin. 4.* Ingenuum enim eſſe, qualitas eſt, non ciuis Romani, ſed hominis liberi. Et quemadmodum, qui ſpurius eſt, non eò minùs liber eſt ſi ſeruus non ſit: ita & ingenuum eum eſſe neceſſe eſt, ſi nunquam fuerit ſeruus, niſi fortè illud etiam mirari volumus cur liber ſit, cùm iam dixerimus, ne quidem eſſe hominem eum, qui ſit ſine patre: differentiam autem illam hominum eſſe, vt alij ſint liberi, alij ſerui. Sed reſpondendum eſt, re vera eſſe hominem, cùm reuera patrem habeat, licèt quis ille ſit, non magis certò demonſtrari poſſit, quàm ſi vulgo conceptus eſſet. Et conſequenter neceſſe eſſe, vt reuera ſit ingenuus, qui re vera neque ſeruus eſt, neque vnquam fuit. Perinde namque abſurdũ eſſet, vt vel ſeruus, vel libertinus diceretur, aut pro tali haberetur is, qui homo nõ eſſet, aut pro homine nõ haberetur. Sed & cũ dicimus omnes homines naſci liberos, ad eum hominem reſpicimus, qui primus vnquam natus fuit, quem tamen ſine patre humano fuiſſe, non ſolùm ſacroſancta Religio noſtra docet, verùm etiam ratio ipſa apud eos omnes, qui mundum ab æterno non fuiſſe ex philoſophicis quoque rationibus didicerunt: Planè vt ciuis quis ſit, nõ ſufficit eſſe ilium & liberum & ingenuum, ſed vt ex ciue, & ſecundum leges ciuiles natus ſit, ac proinde ex iuſto matrimonio: *Nouel. quib. mod. nat. effic. ſui, in prin.* Obſerua tamen eſſe quoſdam caſus in quibus etiam ex ſerua ingenuus quis naſcitur, duos Vlp refert in *l. 1. §. 1. De ſuis & leg.* quorum alter eſt, ſi quis conceptus & natus ſit ex ea, quæ moram in libertate fideicommiſſaria paſſa ſit. Alter ſi ex captiua. Tertium addit Iuſtinianus in *l. cùm inter 14. C. de fideic. liber.* ſi partui in matris ancillæ vtero adhuc exiſtenti libertas data ſit, ſiue directa, ſiue fideicommiſſaria.

Lex libera 6. C. de ſuis & legit. l. 3. C. ſolut. matr.

ILLATIO I.

Ex aduerſarij penuria ingenuitatem non acquiri.

EX hoc Principio, ſicut & ex præcedente fit, quod ſcribit Vlp. in *l. Diui fratres 27. §. 1. De lib. cauſ.* Si ea perſona deſit cognitioni quæ ſtatus controuerſiam alicui faciebat, in eadem cauſa eſſe illum, qui de ſtatu ſuo litigat, in qua fuit priuſquam de libertate controuerſiam pateretur. Quamuis enim hoc lucretur, quod is qui eam ſtatus controuerſiam faciebat, amittit ſuam cauſam; non ex eo tamen ingenuum fieri eum, qui non fuit: *Nec enim,* inquit, *penuria aduerſarij ſolet ingenuitatem tribuere;* ſupple, *ſed natura: l. ſi te 7. C. de ingen. manum.* Nec eſt contrarium, quod idem Vlp. ſcribit in *l. ingenuum 25. ff. de ſtat. homin.* ingenuum accipere nos debere illum etiam, de quo lata eſt ſententia, id eſt qui per ſententiam pronunciatus eſt ingenuus, quamuis reuera fuerit libertinus, Ratio enim eſt, quia, vt *in eadem lege* ſubiicitur, res iudicata pro veritate habetur: *l. res iudicata 207. de regul. iur.* nec patitur autoritas rerum iudicatarum

leg. Diui fratres 27. § 1. ff. de lib. cauſ.

Digitized by Google

dicatarum, vt diſputari amplius poſſit, an libertinus, an ſeruus fuerit is, qui ſemel ingenuus pronunciatus fuit: *arg. l. ſeruo 65. §. cum prætor. D. ad SC. Trebell.* Idque adeò verum eſt, vt ſententia pro ſtatu & ingenuitate lata contra vnum, faciat ius quod ad omnes etiam inauditos (dummodo lata ſit cum iuſto & legitimo contradictore, alioqui non obeſt vero patrono: *l. 1 ff ſi ingen. eſſ. dicet. l. 1. C. de ingen. manum. l. cum non iuſto 3. ff. de colluſ. deteg.*) quia perſonam afficit, nec fieri poteſt, vt quis vel liber, vel ingenuus ſit quoad vnum, quin ſit etiam quoad omnes, cùm ſit qualitas perſonæ quæ eſt indiuidua; ſicut & qui per vnius iudicis ſententiam factus eſt infamis, non ſolùm in illius territorio, ſed vbique terrarum infamis eſt: *l. ex ea cauſa 6. ff. de poſtul.* Quid enim aliud eſt ius hominis quod vel liber ſit, vel ſeruus, vel ingenuus, vel libertinus, quàm homo ipſe qualiter ſe habens; vt de iuribus prædiorum ſcriptum eſt in *l. quid aliud 86. de verb. ſign.* Hoc ita tamen, ſi ſententia ritè & citra colluſionem lata ſit, hoc enim ſemper excipiendum eſt, neque hoc caſu videtur neceſſarium auxilium appellationis, vt in *l. ſi perluſorio 14. in pr.* iun. *l. 5. §. 1 ff. de appell.* quia prætextu colluſionis ſententiam retractare permittitur, quãuis non niſi ſemel: *l. vlt ff. de colluſ. deteg.* iunct. *l. 3. de popular. action.* ſcilicet intra quinquennium: *l. 2. eod. de colluſ. deteg.* Tempus enim illud conſtitutione Marci præfinitum eſt ad retractationem, non quidem perficiendam, ſed inchoandam, aliter quàm ſeruari ſoleat circa eum, qui ex libertinitate ſe in ingenuitatem petit: *d. l. 2. §. quinquennium.* Apparet itaque multum intereſſe quibus verbis ſententia concipiatur, vt ſubiungitur in *d. l. Diui fratres, §. 1.* id eſt, an pronuncietur eſſe quem ingenuum, aut libertum; an verò actoris ſeruum vel libertum non videri: Sunt enim iſta longè differentia. An quod medium quiddam ſit inter ingenuitatem, & non libertinitatem, aut inter libertatem & non ſeruitutem? Minimè. Nam quiſquis homo eſt, eum, ſi non ſeruus eſt, liberum eſſe neceſſe eſt; & ſimiliter ingenuum, ſi non ſit libertinus: Sed quia poteſt fieri vt quis non ſit ſeruus Titij, nec tamen ſit liber, quia alterius ſeruus eſſe poteſt, itémque vt quis non ſit libertus Titij, & tamen non ſit ingenuus, quia alterius libertus ſit. Denique cùm iudex pronunciat Stichum non videri ſeruum, aut libertum Titij, non pronunciat de iure Stichi, ſed tantùm de non iure Titij, quod planè diuerſum & longè minus eſt. Pronunciaret de iure Stichi, ſi eum aut libetum, aut ingenuum pronunciaret, quia qui dicit ius Stichi, dicit quid affirmatiuum, id eſt Stichum eſſe talem, puta libertum, aut ingenuum, nó autem ſimplex abnutiuum, vt Paulus loquitur in *l. inter ſtipulantem 83. in princip. de verb. oblig.* quale eſt, non eſſe Titij ſeruum, aut libertum. Et quantum inter hos caſus interſit, vel ex eo maximè apparet, quód ſententia per quam pronunciatus eſſet Stichus liber, vel ingenuus, faceret ius quoad omnes, non alia de cauſa, quàm quia eſſet de iure perſonæ Stichi. Ea verò, per quam pronunciatum duntaxat eſſet, Stichum Titij ſeruum, aut libertum non eſſe, aut, vt concipi ſolebant ſententiæ omnes, non videri; ius non faceret, niſi quoad Titium, quia nó de iure Stichi, ſed de non iure Titij tantùm lata eſſet. Quomodo etiam dicimus multum referre, an pronunciatum ſit hæreditatem, de qua inter nos contendebatur, meam eſſe, an verò tuã non eſſe: *l. inter me 15 ff. de exc. rei iudic.* Nec diſtinguendum eſt an præſens fuerit, an verò per contumaciam abſentis, qui Sticho controuerſiam ſtatus faciebat: Vtroque enim caſu cùm nullo iure egerit, aut in bona cauſa peragenda negligens fuerit, non aliud damnum pati poteſt, quàm vt cauſam ſuam, ſiue bonam, ſiue malam amittat: quod fit pronunciatione ſic concepta: *Stichum Titij ſeruum, aut libertum non videri.* Nam vt pronuncietur etiam liber Stichus, aut ingenuus, extra cauſam eſt amiſſionis litis Titij, & fatuus eſſet iudex qui de actione à Titio inſtituta iudicans, aliud in condemnationem, aut in abſolutionem deduceret, quàm quod actionis formula & poteſtate contineretur. Quid ergo? Diſtinguendum eſt an agat Titius, qui Stichum ſeruum, aut libertum ſuum eſſe contendat; An verò Stichus qui ſe in libertatem, vel ingenuitatem vindicet: *l. liberis 7 §. vlt. de liber. cauſ.* Priore caſu obtinent ea quæ diximus. Poſteriore verò, neceſſariò pronunciandum eſt, Stichum vel liberum, aut ingenuum videri, vel non videri. Nempe quia de eo ipſo ſemper pronunciandum eſt, ſiue pro eo, quod deductum eſt in actionem; id eſt vel de iure, vel de non iure actoris, non etiam rei. Quæ tota ratio eſt eius quod dici ſolet, Actore non probante abſolui reum debere, quamuis nihil ipſe præſtiterit: *l. 4. C. de eden. l. vlt. C. de rei vind.* Et hæc Vlpiani ſententia eſt in *d. l. Diui, §. 1.* quamquam totus ille locus ab illis verbis, *rectè atque ordine,* mihi non parum ſuſpectus eſt, vt Tribonianum magis quàm Vlpianum ſapere videatur, ſiue verba intueor, ſiue ſententiá. Eſt enim prorſus nouum, vt electionem iudex aduerſario deferat, an malit cognitionem circunduci, an audita cauſa ſententiam proferri. Semper enim eliget is qui iudicio adeſt, vt contra abſentem ſententia proferatur, quam nó poteſt non fauorabiliorem ſperare, cum aduerſus contumaces, vt vulgo iactatur, omnia iura clament. Atqui iudicium non tantùm contra inuitum redditur, ſed etiam inter inuitos. Simili enim ratione Paulus vtitur in *d. l. inter 83. §. 1. de ver. obli.* Sed neque video quid in propoſita ſpecie poſſit intereſſe Stichi, qui in ſeruitutem, aut libertinitatem petebatur, vt cognitio circumducatur: cùm etiamſi adeſſet Titius, nec de iure ſuo quicquam docere poſſet, non aliud tamen damnum ſentire deberet, quàm vt cauſam amitteret, id eſt vt pronunciaretur, Stichum, ipſius ſeruum, aut libertum non videri: nec eo magis aſſequeretur Stichus, vt vel liber, vel ingenuus pronunciaretur. Quare fateor liberè, me non intelligere quid ſibi velint verba illa, *neque hæc res captionem vllam habet, cùm non ingenuus pronunciaretur, ſed ſeruus non videri.* Si enim cum Interpretibus ſic explices, vt huiuſmodi ſententia nullam captionem habeat ratione abſentium, facies ridiculum Vlpianum: nam nec abſenti verò domino, aut patrono, noceret ſententia, quæ cum iniuſto contradictore præſente lata eſſet: *d. l. 1. ff ſi inge. eſſ. dicet l. 1. C. de ingen. man.* Illa autem verba pre ſe ferunt, aliquam fore captionem ſi abſente iſto contradictore ſiue iuſto, ſiue iniuſto, Stichus ingenuus pronunciaretur. Sin verò ſic intelligas vt nulla captio ſit abſentis contradictoris, perinde nihil egeris. Nam quoad contradictorem iſtum, qui Sticho controuerſiam ſtatus faciebat, æquè amitrit ille cauſam, ſiue pronuncietur Stichos ingenuus, ſiue *ſeruus, aut libertus non videri.* Sententia enim contra abſentem reddita, facitius quoad ipſum, licet non ſimpliciter, id eſt non quoad omnes: *l. qui apud 17. §. vlt. de inof. teſt.* quia quoties quis abſens vincitur

L. ult. & l. 2. §. quinquennium. de colluſ. deteg.

leg. Diui fratres 17. §. 1. ff. de lib. cauſ.

l. ſi inter me 15. D. de excep. rei iudic.

L. 4. C. de edend. l. vlt C. de rei vind.

Emendatio l. Diui 17. §. 1. de liber. cauſ.

eus, præſumitur victus ob id potius quòd abfuerit, quam quod malā cauſam habuerit: *l. Pap. 8. §. meminiſſe, d. tit. l. ſi ideo 55. ff. de euict.* licèt differentia illa ſit, quòd vno caſu ſit ingenuus propter authoritatem rei iudicatæ, alio non item: quia neque iudicatum eſt, neque vt dixi iudicari debuit ingenuum eſſe, aut liberum eum, qui in ſeruitutem, vel in libertinitatem petebatur; niſi per viam exceptionis, hoc ipſum quoque in iudicium deductum ſit. Nam cùm reus in exceptione actor ſit, *l. 1. ff. de except. l. 19. De prob.* non minùs ſuper exceptione, ſi iuſta ſit, pronuntiandum eſt pro reo; quàm ſuper actione, ſi iuſta fuiſſet, pronūtiari debuiſſet pro actore. Rurſus quod ſequitur, *Quod ſi ex ſeruitute in ingenuitatem ſe allegat*, (impropria ſanè & peregrina locutio: Dicimus enim *vindicare ſe in ingenuitatē*, non *allegare*) *melius fecerint, ſi cognitionem circunduxerint*: ego id quale ſit; ſane non intelligo. Cur non enim vltro atripere debeat bonus iudex occaſionem pronunciandi pro libertate, aut ingenuitate, per abſentiam eius qui ſtatus controuerſiam faciebat? Ponimus enim nulla vrgente iuſta cauſa abeſſe eum, qui iudicio adeſſe, ſi vellet, poſſet & deberet. An non à fauore libertatis prorſus alienum illud eſt, vt non poſſit pro libertate, aut ingenuitate contra abſentem pronuntiare iudex, qui, vt eadem lex ſubiicit, pro præſente contradictore contra abſentem Stichum, ſine cunctatione iudicare poſſet? Cur deterior eſſe debeat conditio libertatis? An quia faciliùs poſſit ſuccurri libertis contra ſententiam, quàm domino aut patrono contra ſententiam, & rem iudicatam ſimul? Atqui nihil poteſt dici iniquiùs, quàm vt tanto faciliùs lædatur libertas, quantò iuſtiùs per beneficium reſtitutionis poſteà indemnis ſeruari poſſit: *arg. l. vlt. C. in quib. cauſ. in integ. reſt. neceſ. non eſt.* Illa autem ratio quæ ſequitur, *ne ſine aduerſario pronuncient ingenuum videri*, prorſus ridicula eſt. Non enim abſens videtur aduerſarius, qui per contumaciam abeſt, cùm eius abſentia pro præſentia ſit: *Auth. qui in prouincia, C. vbi de crim. agi opor.* Alioqui nec contra libertatem pronunciandum eſſet, abſente eo, qui ſeruus dicitur, aut libertinus; nec rurſum pro libertate, etiamſi magna cauſa id ſuaderet, ac euidentes probationes ſuggererent: quia non poteſt iudicium conſtare quin & actor aliquis ſit & reus, & quidem vterque præſens, aut præſentis loco habendus, vt diximus *ad Princ. 4. illa 4. tit. 1.* Denique ſi fieri poteſt vt etiam abſens vincat is qui petitur in ſeruitutem, aut in libertinitatem, vt ſcriptum eſt *in fine legis?* Quanto magis vincere debebit ſi præſens ipſe ſit; aduerſarius verò non niſi per contumaciam abſit? Planè ſi is qui pro ſua libertate litigat deſit, contra l actor verò præſens ſit, nemo dubitat quin ſententia proferri poſſit. Sic enim lex ait, *melius erit tranſigeri cauſam eius, ſententiámque proferri.* Quo vel ſolo ex verbo *tranſigeri*, ſi quis Tribonianum non agnoſcat, is certe meo iudicio Vlpianum male nouerit. Item ex eo quod ſequitur, *ſi enim liquebit contra libertatem dabit* Scripſiſſet enim Vlp. *dabunt*: cùm de iudicibus in plurali numero actum eſſet. Fuit autem is error frequens & familiaris Triboniano Græco homini quia plerumque Græci verbum ſingularis numeri iungunt cum nominatiuo plurali, quamquam nec id niſi præcedente nominatiuo neutrius generis. At neque video cur de iudicibus hæc lex loquatur, cum de libertate & ingenuitate iudices nō darentur, ſed Magiſtratus ipſi cognoſcere deberent: *l. 2. C. de peda. iud.* id eſt Conſules in Vrbe, Præſides in prouinciis *l. 4. ff. ſi inge. eſſ. dicet.* iunct. *l. 5. C. vbi cauſ. ſtat. agi deb.* quod & Vlp. ſignificat in *d. l. Diui fratres* referens reſcriptum Diuorum fratrum ad Proculum & Munatium, qui Conſules fuerunt, quod & verba illa reſcripti ſignificant, *veſtra grauitatis eſt* Denique fuiſſe eam cognitionem iuriſdictionis, conſtat ex *l. neque 36. §. vlt ff. de fideic. libert.* At iudices dari non iuriſdictionem, ſed iudicium exercebant. Quod ſi ipſos quoque Magiſtratus iudices dicere velis, ſaltē *maiores iudices* dicendi ſunt, vt in *l. non diſtinguemus 32. §. de liberali, De recep. qui arbit.* Omnium verò maximè Triboniani inſcitiam detegere mihi videtur, quod in fine legis ſcriptum eſt, *euenire autem poteſt vt etiam abſens vincat, nam poteſt ſententia etiam ſecundum libertatem ferri.* Quis enim tam ſtupidus eſt, vt dubitet quin poſſit ſententia pro libertate ferri eo caſu quo poſſit etiam contra libertatem? Voluit proculdubio Tribonian. ſcribere *ſecundum abſentem.* Nam illud vtique verum eſt, poſſe ſententiam pro abſente quoque ferri, ſi is bonam cauſam habeat: *l. 1. C quomo. & quand. iud. l. properandam 13. §. & ſiquidem, cum ſeq. C. de iud.* Sed de his iam ſatis.

ILLATIO II.

Ingenuitatem non acquiri per adoptionem.

SEcundò, ex eodem Principio fit, vt eum qui ſe libertinum eſſe fatetur, nec adoptando ingenuum patronus facere poſſit, *l. vlt. ff. de ſta. hom.* quoniam ſcilicet ingenuum natura facit, non adoptio: quæ licèt naturam imitetur, *l. adoptio 16 ff. de adopt.* tamen iuris commentum eſt, *l. fideicommiſſum 36. De cond. & demonſt.* & imago quædam, qua non poteſt ipſa naturæ veritas adumbrari: *l. filio 23. De liber & poſthum.* Nec eſt contrarium quod Marcellus ſcribit in *l. ſciendum 32. De ri. nup.* libertinum, qui ſe ingenuo dedit adrogandum, ingenui iura conſequi in familia adrogatoris. Aliud enim eſt ingenuum fieri, aliud verò cōſequi iura ingenuitatis in adrogatoris familia. Non fit hic ingenuus, ſed manet libertinus; ideóque & a ſenatoriis nuptiis repellitur, vt eadem lex ait, Et tamen non eo minus in patroni ſui familia ingenui iura conſequitur, quia ſic patronus voluit, quem proinde dubitandum non eſt hoc ipſo ius ſuum patronatus amittere. Tunc enim ius ſuum non amittit, cùm libertus per obreptionem adrogatus eſt, ſiue à patrono ipſo, ſiue ab alio quolibet: *l. liberto 49. ff. de bon. libert.* Fit autem adrogatio per obreptionem, quoties libertus ſuam conditionem celat: *l. ſed ſi hac lege 10. §. patronum, De in ius vocand.* Multo minus autem poteſt quis nudæ voluntatis mendacio, eum, qui reuera ſeruus eſt, perducere ad ingenuitatem: *l. 1. C. de colluſ. deteg.* E contrario, non læditur ſtatus liberorum, ob tenorem inſtrumenti male concepti: *l. Imperator 8. De ſta. ho. l. Imperatores 19. §. 1. de prob. l. 5. C. de. teſt.* At nec per ſolos teſtes probari poteſt ingenuitas: *l. 2. C. de teſtib.* ſed neceſſaria eſt probatio per ſcripturam, quæ ob eam rem de cuiuſque natiuitate fieri ſolebat, *l. 2. §. ætas autem, ff. de excuſ. tut.* item de cuiuſque conditione, *leg. 3 l. 4. §. in ſeruis, ff. de cenſib.* licet non ignorem alios ad *d. l. 2.* aliter ſentire.

leg. vlt. ff. de ſta. hom.

l. liberto 49. ff de bon. lib. l. 1. C. de coll. deteg.

PRIN

PRINCIPIVM III.

Qui illo qui in vtero eſt habendo pro nato.

l. qui in vtero 7. l. qui in vtero 26. ff. de ſtat. hom. l. in falcidia 9. §. 1. ff. ad l. Falc.

QVi in vtero eſt, perinde habetur ac ſi iam natus eſſet, quoties de commodis ipſius quæritur; licèt alij antequam naſcatur non proſit: *l. qui in vtero 7. leg. qui in vtero 16. De ſtat hom.* Fit autem hoc non naturaliter, ſed fictione iuris. Naturaliter enim verum eſt, non eſſe natum eum, nec hominem dici poſſe, qui adhuc in vtero ſit: *l. in falcidia 9. § 1. ff ad legem Falc.* Vnde fit quod vulgò Interpretibus placet. Si ſtatutum de homine luquatur, appellatione *hominis* non venire *poſthumum* in vtero exiſtentem; nimirum quia ſtatutorum verba naturaliter & propriè, non ciuiliter & fictitiè, ſunt intelligenda, vt iidem Interpretes vulgò tradunt. Fictio tamen hæc iure ciuili fuit inducta non tantùm fauore partus propter ſpem naſcendi, vt ait *l. in prin. ff. vent. in poſſ. mit.* ſed etiam fauore Reipublicæ, cuius cauſa facit, vt etiam fauorabilior partus, quàm pueri conditio exiſtimetur. Partui enim aliquando fauendum eſt, ob hoc ipſum vt in lucē producatur; vt in edicto illo prætoris, *De vent. in poſſ. mit.* Puero verò, id eſt iam nato, ad hoc ſolùm vt in familia inducatur. Denique partus ratio habenda eſt, tùm etiam cùm neſcitur certò cuius ſit, quia non tantùm parenti naſcitur cuius eſſe dicitur, verum etiam Reipublicæ, vt eleganter inquit Vlp. *in d. l. 1. §. & generaliter.* Cùm certò nunquam lex fictionem inducat, quin eius inducendæ non ſolùm iuſta, ſed etiā neceſſaria aliqua cauſa ſubſit, quia fictio falſum quid & mendax eſt: *l. denique 19 ex quib. cau. maio.* lex autem abhorrere, adeòque punire ſolet: *l. vlt. ff. de rei vind. Nouell. 18 De trient. ſem. ff. c. 10. illud quoque*, videtur ciuilis Legiſlator hanc fictionem inducere coactus fuiſſe, potiſſimùm propter hæreditates, præſertim legitimas, quas ſcilcet lex duodecim Tab. *ſi ſuus hæres non erit*, proximo agnato defert; & quidē ita vt neque in ſuis, neque in agnatis ſucceſſionem eſſe patiatur, nec rurſus manere delationem in ſuſpenſo, ſed inſpecto præciſè mortis tempore, in conſtituenda ſiue ſui hæredis, ſiue agnati proximi perſona: *l. 1. & tot. tit. De ſuis & leg.* Itaque ne defuncti qui vxorem prægnantem reliquiſſet, frater ſuperſtes, & iam natus proximum agnatum poſſet ſe dicere, neceſſe fuit poſthumum haberi pro nato, & ſui hæredis iure cenſeri, ad impediendum ne alioqui hæreditas fratri deferri poſſet. Idémque dici poteſt, ſi ponas deceſſiſſe quem relicto fratre poſthumo, & aliis fratribus iam natis: Nullam enim hæreditatis partem habere poſſet frater poſthumus, ſi pro nato non haberetur. Sed facto teſtamento nun idem induci, & obtinere neceſſe fuit. Neque enim prohibetur inſtitui perſona, quæ in rerum natura non ſit, ſi modò ſperetur, nec pro non ſcripto habetur quod tali perſonæ relinquitur, vt in *l. quidam referunt 14. ff. de iur. cod. l. 4. de his quæ pro non ſcrip.* Hinc tamen factum eſt; vt debuerint inſtitui poſthumus, etſi pro nato habendus non fuit, aut ſaltem exhæredari: nam ſi fuiſſet præteritus, vtique agnaſcendo, patris teſtamentum ruptutus erat, cui malo & periculo non aliter obuiam ire prudens pater poterat, quam ſi enim teſtamento, vel inſtitueret vel exhæredaret: poſtquàm inductum iam illud erat, vt etiam poſt mortem patris natus, ei ſuccedere ab inteſtato poſſet. Inſtituendi

leg. vlt. ff. de ſtat. hom.

l. liberto 49 ff. de hon. lib. l. 1. C. de ed. derog.

enim, aut exhæredandi fuerunt liberi omnes, qui iure ſuo ſuccedere ab inteſtato potuerunt. Itaque non dubito, quin propter legitimas hæreditates primùm hæc fictio fuerit introducta, non etiam propter teſtamentarias. Sciendum tamen eſt, eum, qui in vtero ſit, ita demum interim haberi pro nato, ſi poſteà naſcatur. Nam ſi mater vel abortum, vel oſtentum fecerit, non ſolùm non retrofingitur iam ante natus fuiſſe, ſed & è contrario retrofingitur nunquam conceptus fuiſſe, licèt fuerit re vera; nempe quia fictionis inducendæ cauſa ceſſat, cùm non aliam ob cauſam partui fauendum eſſet, quam propter ſpem naſcendi: *d. l. 1. De vent. in poſſ. mit.* id eſt quod homo naſci ſperaretur, quo poſteà nunquam nato, nec ratio vlla ſupereſt propter quam haberi debeat pro aliquando concepto: *l. ut cum ita 18. ff. quan. dies leg. ced.* Omne namque ius hominum duntaxat gratia comparatum fuit: *l. 2. De ſtat. hom.* hic autem nunquam homo fuit.

ILLATIO I.

De legitimis hæreditatibus, De iure poſtliminij, De vſucapione partus.

l. qui in vtero 26. De ſtat homin.

EX hoc igitur Principio illud primum fit, quod ſcriptum eſt *in dict. leg. qui in vtero 26.* vt legitimæ hæreditates etiam his qui in vtero ſunt deferantur. Item vt ſi prægnans mulier ab hoſtibus capta ſit, id quod natum erit, poſtliminium habeat, ac ſi infans iam natus cum matre captus fuiſſet, id eſt iure proprio, non iure poſtliminij paterni, vt euenit cùm partus apud hoſtes conceptus eſt: *l. C. de poſtlim. l. apud hoſtes 9. l. Diui 25 ff. eod.* Item vt ſi ancilla prægnans ſubrepta fuerit, quamuis apud bonæ fidei emptorem pepererit, id tamen quod natum erit, tanquam furtiuum, vſu non capiatur: *l. qui vas 48. § ancilla. ff. de furt.* Denique vt libertus quoque, quandiu patroni filius naſci poteſt, eo iure ſit, quo ſunt qui patronos habent.

Secundò ex eodem Principio fit, vt ſi qua fœmina conceperit libera, deinde ancilla pariat, is qui naſcitur, ſiue ex iuſtis nuptiis, ſiue vulgò conceptus ſit: *l. & ſeruorum 5. § ingenui, ff. de ſtat. homin.* de quo quia ſcripſimus latiſſimè, & de ſententia ac emendatione: *l. Areſcuſa 15. & ſeq De ſtat. homin.* quæ ad hunc tractatum pertinet, *lib. 10. Coniect. cap. 1. & ſeqq.* plura hic non dicemus.

ILLATIO II.

De iis, quæ iure conſtituta ſunt fauore poſthumorum.

TErtiò ex eodem ſupradicto Principio fit, vt generaliter dicam, quicquid in iure noſtro legimus conſtitutum fauore poſthumorum, quoties id tale eſt, quod & ad poſthumi commodum pertineat, & non aliter conſtitui potuerit, quàm habito priùs poſthumo pro nato in neceſſarium antecedens vt in exemplis illis cernere eſt, de quibus ſuprà diximus. Nam ſi poſthumus non haberetur pro nato iam inde ab eo inſtanti, quo lex defert agnato proximo hæreditatem, *ſi ſuus hæres non erit*; nihil ei prodeſſet quod

G poſteà

poſtea naſceretur, & eo tempore quo iam alteri delata hæreditas eſſet. Non enim poteſt in ſuſpenſo manere poteſtas legis, quæ ei ſoli defert hæreditatem, qui mortis tempore proximior reperitur. Videtur autem lex 12. tabul. ob eam cauſam vſa verbo futuri temporis, non præſentis, *ſi ſuus hæres non erit*, vt ſufficeret ſuum hæredem aliquem expectari, licet nullus adhuc eſſet. Similiter capta ab hoſtibus muliere libera, non poſſet partus apud hoſtes editus quandocunque in ciuitatem reuerſus habere poſtliminium ex propria perſona, niſi ex die captiuitatis maternæ, & iam natus & ciuis retrofingeretur. Nemo autem non videt quantum ipſius interſit habere ius poſtliminij ex propria perſona, vt ſi fortè ſolus, id eſt ſine patre & matre fortaſſis iam defunctis reuertatur ab hoſtibus, priſtina omnia ciuitatis iura recuperet, quæ alioqui non recuperaret: *l. 1. C. de poſtlim.* Similiter ſi ancilla prægnans ſubrepta ſit, & pepererit apud bonæ fidei emptorem, poſſet partus vſucapi tāquam non furtiuus, ſi ex die furti pro nato nō haberetur. Dices, nullum in eo partus commodum eſſe, cùm æquè fiat vt naſcatur maneatque ſeruus. Quid enim ipſius intereſt, an huius domini ſeruus ſit, an illius? Imò dicere ſolemus rei vitium eſſe, quòd furtiua ſit, & ob eam cauſam vſucapi non poſſit: *§. ſed tamen, & §. alijs quoque modis, Inſt. de vſucap. l. interd. 59. §. ſi*

§. ſed tamen & §. alijs quoque modis, Inſt. De vſucap. l. interdũ, 56. § ſi res pecularis, ff. de furt.

res pecularis, ff. de furt. Reſpondeo, cùm de ſeruis agimus, non perſonam ſerui, qui iure ciuili pro nullo eſt, inſpici ſolere; ſed perſonā domini propter quem ſolùm de hoc ipſo quærimus, an pro furtiuo habendus ſit, néc ne. Apparet autem intereſſe domini vt pro nato habeatur, qui in ancillæ vtero eſt, tunc cùm ancilla ſubripitur, vt furtiuus credatur; ideóque vſucapi prohibeatur. Proinde diſtinguendus eſt hac in re liber partus à ſeruo. Alioqui, cur obſecro ius ciuile ſeruum poſthumum haberet pro nato, aut eum qui in ancillę ſubreptæ vtero ſit, quem etiam verè natum habet pro nullo? Imò verò, intereſt quam maximè partus, qui in ancillæ vtero eſt, vt quamdiu mater ancilla eſt, non habeatur ille pro nato, nimirum ne prohibeatur naſci ingenuus, ſi fortè contingat matrem fieri liberam aliquo, vel vno inſtanti. Nam ſi durante ſeruitute intelligeretur iam natus, vtique non niſi pro ſeruo haberi poſſet, atque ita fieret vt quamuis poſteà mater libera pareret, non tamen ingenuus hic naſceretur, ſed libertinus, quippe qui aliquando ſeruus fuiſſet. At ipſius quàm maximè intereſt, vt non tantum liber, ſed etiam ingenuus naſcatur. Ideóque ſi vel vno temporis momento mater, quæ ancilla concepit, libera facta ſit: dicimus partum exinde pro nato haberi, vt quandocunque natus, licet ex matre, quæ ancilla quoque peperit, liber naſcatur & ingenuus: quia præuidit lex fieri poſſe, vt mater quæ medio tempore libera reperitur, poſſit recidere in ſeruitutem, atque ita ſeruum parere, ſi non ita ius conſtitueretur, vt partus hic ex primo inſtanti libertatis maternæ pro nato haberetur, vt libertas exinde competens intercidere nunquam poſſet. Quæ enim ſemel competit, nunquā retractatur; vt diximus *ad Princip. 2. illa 2. tit. præced.* Porrò vt libertas exinde competiiſſe intelligeretur, non potuit lex facere ne quidem per fictionem, niſi illa priùs fictione inducta, vt partus hic ex eo inſtanti pro nato & edito haberetur. Nam eum liberum eſſe, vel ſeruum, qualitas ſit & differentia hominis, vt ſæpe iam diximus, priùs neceſſe fuit haberi nunc pro homine, quàm vt pro libero haberi poſſet. Propter quam cauſam inter Veteres dubitatū fuiſſe refert Iuſtin. *in l. cùm inter 14. C. de fideic. libert.* an ei qui in matris ancillæ vtero eſſet, libertas non quidem directa, ſed fideicommiſſaria dari poſſet. Quamuis enim ex vna parte fauor libertatis maximè vrgeret: ex altera tamen videbatur fieri non poſſe, vt quis liber fieret priuſquam eſſet homo; nec enim ius, vt dilata libertate in tempus natiuitatis, liber natus videretur qui natus eſſet ex ea ancilla, quæ libera nunquam fuiſſet. Libertum enim naſci nihil aliud eſt, quàm ingenuum naſci, vt diximus *Princip. præcedente.* Ingenuum verò ſola natura non manumiſſio facere debet. Nec ſanè memini alio vllo iuris loco, aut Prudentibus, aut Imperatoribus in mentem vnquam veniſſe, vt dicerent, vel conſtituerent liberum & ingenuum vllo caſu naſci eum, quem mater perpetuò ſerua peperiſſet, aut libertatem ſiue directam, ſiue fideicommiſſariam ei dari poſſe, quandiu in vtero eſſet, matre ipſa ſerua manente: *arg. l. vlt. C. de liber. cauſ.* in poſtremis illis verbis *aut libertate cum lucis autoribus frui.* Longéque diuerſum eſt quod Vlp. ſcribit in *l. generaliter 24. § ſeruo eius, De fideic. libert.* ſeruo eius, qui nondum in rebus humanis eſt, libertatem rectè per fideicommiſſum relinqui. Aliud ſi quidē eſt in vtero eſſe ſeruum, cui libertas datur, ſiue directa, ſiue fideicōmiſſaria; Aliud verò in vtero eſſe dominum ſerui. Nihil enim hoc impedit fideicommiſſariā libertatem, cuius nimirum datio dilata intelligitur in id tempus, quo dominus natus erit. Tantique momenti hæc ratio eſt, vt quamuis Iuſtin. *in d. l. cum inter*, libertati in hac quæſtione ſupra modum fauere voluerit, non tamen auſus ſit conſtituere, neque verò potuerit, vt priùs eſſet partus liber quam homo, ſed tantùm vt libertatem eius ſole reſpiceret: id eſt, vt eodem inſtanti quo fit homo, ſit etiam liber ex præcedenti datione libertatis. An ergo poterit interim, id eſt quandiu in vtero partus eſt, libertas reuocari & adimi, quaſi quæ nondum competat? Minimè. Id enim eſt quod Iuſtin ait, *ſuam firmitatem habere, ſiue in maſculo, ſiue in fœmina, qui, quæve adhuc in ventre vehitur.* Habet igitur eum Iuſtinianus pro nato, ex ipſo inſtanti præſtitæ libertatis, ſiue directæ, ſiue fideicommiſſariæ; perinde ac ſi matrem eo inſtanti liberam habuiſſet, quæ poſtmodum ancilla peperiſſet: Facítque ius nouum, non in eo quod habet eum prō nato, vt haberi poſſit pro libero, ſed in eo quod vult & pro nato & pro libero eum haberi prius etiam quàm naſcatur; quamuis & conceptus & editus ſit ex ea matre, quæ nullo vnquam inſtanti libera fuerit. Alioqui ſanè non naſceretur ingenuus, ſi vel vno momento poſt momentum ſuæ natiuitatis libertatem conſequeretur. Dices, Cur non ergo idipſum iam obtinebat iure veteri, vt libertas ei, qui adhuc in vtero eſſet, dari poſſet: in eámque rem partus pro iam nato haberetur, cùm in ea re tam magnum ipſius commodum verſaretur? Reſpondeo, non potuiſſe id fieri, ex mera iuris ratione, quia libertas hæc quam Iuſtinianus confirmat, non à natura, ſed ab hominis facto & liberalitate proficiſcitur, ſi non directam proponas, ſed fideicommiſſariam. Atqui eo inſtanti quo datur illa ab homine, fatendum eſt liberum nondum eſſe eum, cui datur. Quo enim iure liber eſſet, qui ex ancilla perpetua conceptus fuiſſet? Aut quomodo magis liber fieri poſſet, qui iam liber eſſet? Rurſus nec ante illud inſtans, quo libertas datur, haberi poteſt pro nato, quia vt iam dixi, eius damno & incommodo potiùs id cederet,

L. cùm inter 14. C. de fideic. libert.

ceſſeret, ſi haberetur pro nato, eo tempore, quo ſi natus eſſet, ſeruus eſſet: ſiquidem ingenuus poſteà naſci nunquam poſſet. Ergo ſi velis enim haberi pro nato, neceſſe eſt id fieri vel eo inſtanti, quo incipit datio libertatis, vel poſteà. Eo ipſo inſtanti, non poteſt. An quia ſicut intellectus, ita & temporis ordine prius ſit, vt qui in vtero eſt habeatur pro nato, quàm vt pro libero? Minimè. Vtrumque enim fit in eodem inſtanti, cùm ea quæ ancilla concepit, poſtea fit libera, adeò vt ſi ponas non niſi vno inſtanti liberam fuiſſe, quandiu prægnans fuit, non eo minùs tamen & liber & ingenuus ex ea filius naſcatur, quia cùm naturalis ſit illa libertas, nec niſi iuris fictione indigeat, fictio illa vtique inducitur vnico inſtanti. Ratio igitur eſt, quia libertas ab homine dari non poteſt vno inſtanti, quoties factum hominis interuenire neceſſe eſt, quomodo euenit in libertatibus omnibus fideicommiſſariis; ſicut nec in inſtanti fit quicquam aliud eorum omnium, quæ tempus, id eſt continuam plurium inſtantium ſucceſſionem requirunt; in quorum genere manumiſſionem eſſe nemo ambigit. Porro lex ſicuti non poteſt partum habere pro edito, niſi quatenus id partui fauorabile eſt propter libertatem, ita nec fictionem hanc inducere poteſt primo illo inſtanti, quo incipit fieri manumiſſio; quia eo inſtanti libertas fideicommiſſaria nondum competere poteſt, tanquam nondum facta manumiſſione. Et conſequenter verum eſt, eo inſtanti adhuc ſeruum fore hunc, cui fideicommiſſaria libertas relicta fuit, ſi tum naſceretur. Iam autem diximus, intereſſe ipſius, vt quandiu ſeruus futurus eſſet, pro nato non habeatur, præſertim verò vt ingenuus naſcatur, & præterea non poſſe eum fieri liberum quamdiu nec natus eſt, nec habendus pro nato; quia liberum eſſe, qualitas eſt hominis quæ non poteſt eſſe ſine ſuo ſubiecto. At rurſus ſi pro nato eum haberi velis, poſtquam plenè facta, impleta & abſoluta manumiſſio eſt, nihil egeris, quoniam ſerum erit auxilium legis, & ſera fictio, ſi inducatur eo tempore, aut vt melius loquar, eo inſtanti quo manumiſſio iam inutiliter facta ſit. In omni enim actione, ſiue naturæ illa ſit, ſiue iuris, neceſſe eſt poteſtatem agendi ex parte agentis, cum poteſtate patiendi & ſuſcipiendi ex parte patientis & ſuſcipientis concurrere: Alioqui aut agẽtis, aut patientis defecto, nihil prorſus agi neceſſe eſt. Itaque cùm iuris ratio non ſolùm non faceret, ſed etiam repugnaret quominùs huic ſeruo in vtero exiſtenti libertas fideicommiſſaria dari poſſet, neceſſaria fuit autoritas conſtitutionis Iuſtinianeæ, quæ hunc faceret liberum ipſo iure & ſine manumiſſione (quomodo enim ſiue vindicta, ſiue qua alia ratione manumitti poſſet is, qui in vtero adhuc eſſet?) non ſecus quàm ſi directam libertatem à defuncto meruiſſet. Hac ſola differentia, quod illo caſu eſſet libertus nullius, aut quod idem eſt orcinus, *l. 3. §. planè, de legit. tutor.* & apud Vlp. *tit. 2. §. 8.* hoc verò, patronũ habet eum, à quo debuit ex fideicommiſſo manumitti. Sic enim accipio quod in *d. l. cùm inter*, Iuſtinianus directam libertatem & fideicommiſſariam æquiparat illis verbis: *Cenſemus & fideicommiſſariam, necnon directam libertatem, ſuam firmitatem habere.* Nam ſi quis ita acceperit, vt Iuſtinianus nouum ius faciat, tam in directa, quàm in fideicommiſſaria libertate, is proculdubio errauerit, cũ ex principio legis appareat non niſi de fideicommiſſaria libertate inter Veteres dubitatum fuiſſe; ſicut & ex ea iuris veteris ratione, quam attulimus, apparet de directa dubitari nullomodo potuiſſe. Etſi enim ab homine relinquitur illa, perinde ac fideicommiſſaria, tamen non ab homine præſtatur, ſed à lege, hoc ipſo, quod vltimam defuncti hominis voluntatem confirmat, vt ex Vlp. ſæpius iam monuimus. Lex autem eam voluntatem confirmat in inſtanti, ob idque dicitur libertas directa *competere*, non *dari*, aut *præſtari*. Ac proinde nihil vetat quominùs eodem inſtanti & pro nato, & pro libero hic partus habeatur, matre quoque ancilla manente. Non valde diſſimile illud eſt, quod ſi ancilla moram in libertate fideicommiſſaria paſſa ſit, non idcirco libera fit ſtatim ex die moræ, ſed ex quo tantùm, præſentibus aut ſaltem euocatis omnibus qui moram fecerunt, pronunciatum eſt per Prætorem, vel Præſidem, libertatem deberi: *l. cùm verò 26. § ſubuentum, l. ſi cum ſeruum 18 §. ſi quis ſeruum, ff. de fideic. lib. l. ancillam 15. C. eod.* Et interim verè ſerua eſt, *l. ſi quis ſeruo 84. De leg. 2. l. non eſt cogendus, §3 ff. ad SC. Treb.* Filius tamẽ ex ea medio tempore natus, ingenuus eſſe intelligitur, ac ſi ex libera natus eſſet: *l. 1. §. 1. ff. de ſuis & leg. l. cùm libertatem 3. Cod. de fideic. libert.* nec tantùm ſi doloſa libertati mora facta ſit, ſed etiã ſi fortuita, vt putà ob non repertas ante filij natiuitatem tabulas, quibus mater fideicommiſſariã libertatem acceperat: *d. l. cùm verò 26. §. apparet, eod.* Nempe, quia libertas fideicommiſſaria matri debita exigit factum manumittentis, in cuius vicem ſuccedit factum & auctoritas Magiſtratus, vt & aliàs plerumque factum iudicis, eſt factum partis: *l. 1. C. ſi in cauſ. iud. pig. cap. ſit l. ſi ob cauſam 13. C. de euict.* At libertas, adeoque ingenuitas, quam haberet filius, ſi fideicommiſſariæ libertati matris mora facta non eſſet, à natura eſſet, non ab homine. Meliorem igitur filij, quàm matris, hac parte conditionem eſſe æquum fuit; licèt in hanc rem fuerit neceſſarium auxilium conſtitutionis, ad ſuccurrendum filio; vt loquitur *d. l. cùm libertatem*, qui ſcilicet alioquin, ex iuris & naturæ legibus, non niſi ſeruus ex ancilla naſci potuiſſet. Nõ enim debuit iniuria matri facta, aut ipſius calamitas, ſi mora fortuita fuit, ei nocere qui in vtero tùm fuiſſet: *d. l. 5. §. ingenui, De ſta. ho.* iunct. *l. ſi per imprudentiam 51. ff. de euict. l. exceptione 67. ff. de fideiuſſ.*

L. cùm verò 26. §. ſubuentum. l. ſi quis ſeruum, De fi. lib. l. ancillam 15. C. eo.

De filio patroni habendo pro nato, vt libertum habeat.

POſtremum exemplum, quod adfert Iulian. in *d. l. 26. De ſta. ho.* vt oſtẽdat eũ, qui in vtero ſit, haberi ferè ſemper pro nato, illud eſt, quod libertus quandiu patroni filius aliquis naſci poteſt, eo iure eſt, quo ſunt qui patronos habent: nimirum quia ad eius qui in vtero eſt commodum maximè pertinet, vt habeat libertum. Etſi enim dici ſolet non eſſe locupletiorem eum, qui libertum adquiſiit: *l. nemo 126. §. 1. De reg. iur.* quia libertus, cùm ſit liber, in bonis noſtris non eſt: *l. 1. §. ſi id quod datur, De obl. & act.* iunct. *l. rem in bonis 51. De acqu. rer. dom.* intereſt tamen noſtra libertum habere, propter operas, ſpem ſuccedendi, aliaque huiuſmodi iura patronatus, vt dicemus ad *tit. ſequ.* Atqui non retineret poſthumus libertum paternũ, ſi interim ipſe pro nato nõ haberetur: quia non poteſt quis dici libertus niſi ex comparatione patroni, cùm ſint iſta correlatiua, quorum poſito vno, neceſſe eſt poni alterum; ſublato vno, tolli & alterũ: *l. 1. C. de cupreſſ. lib. 12. ti. vl.* qui autem ſemel habere patronum deſiiſſet, poſteà nato patroni filio rurſus in libertinitatem recidere nõ poſſet. Mirum igitur non eſt, patroni filium hoc caſu haberi pro nato.

L. nemo 126. §. 1. De reg. iur.

Denique in eo qui liber naſciturus eſt; dici poteſt quod Paulus ſcribit in *d. l. 7. De ſta. ho.* haberi eum pro nato quoties de ipſius commodo agitur. Sed ſi tam generaliter loqui velimus, vt is etiam qui ſeruus naſciturus eſt comprehendatur, quia de proprio ipſius commodo tractari eo caſu nihil poteſt, ad commodum domini referenda res eſt, vt pro nato habeatur quoties domini vtilitas id exigit, vt in exemplo illo quod explicauimus, De partu ancillæ ſubreptæ, apud bonæ fidei poſſeſſorem. Propter has autem cauſas Iulianus in *d. l. 26 eod.* tractans non tantùm de libero partu, de quo Paulus, ſed etiam de ſeruo, cùm ſcriberet, eos, qui in vtero ſunt, intelligi in rerum natura eſſe: nec poſſet adiicere quod Paulus adiecerat, *quoties de commodis ipſius partus quæritur*, (quia ſeruo id non conueniebat) adiecit quod Paulus adiicere non potuit, *in toto pene iure ciuili*. Propoſitio namque à Paulo tradita, quoniam & ad partum liberum, & ad eas cauſas in quibus de liberi partus commodo agatur, coarctata eſt, nullam prorſus recipit exceptionem. At propoſitio Iuliani, quia generalis eſt ad partum quemlibet, & ad cauſas quaſlibet pertinens, non poteſt generaliter vera eſſe, ſed vt cæteræ propoſitiones generales ferè omnes, patitur ſuas exceptiones. Illam verò ſi non fortaſſe vnicam, ſaltem præcipuam, vt locum non habeat in partu libero, ſi de ipſius partus commodo non agatur, multò minùs verò in eo qui ſeruus naſciturus ſit, ſi domini vtilitas id nõ poſtulabit. Quod non ſatis animaduerſum eſt ab Interpretibus, qui vulgo vtrumque locum ſic accipiunt, quaſi eadem omnino ſit ſententia Pauli & Iuliani.

Illud ſanè mirum eſt, quod vterque Iuriſconſultus ſic loquitur, vt dicat eos qui in vtero ſunt, in rerum natura eſſe intelligi, quaſi verò non ſint, quod tamen falſum eſt. Fateor non eſſe illos in hominum natura, quia non ſunt homines priuſquam ſint editi, *d. leg. in falcidia 9. in fin. ff. ad leg. falcid.* Sed dico non eo minùs eſſe illos in rerum natura, adeò vt propter ſpem naſcendi, eorum quoque ratio habeatur: *leg. 2. De mort. infer. l. 1 ff. de ventr. in poſſeſſ. mit.* nec dubitauerit Tertull. *in apologet.* ſcribere, hominem eſſe, etiam qui eſt futurus, & fructum hominis eſſe iam in ſemine, licèt interim pars viſcerum matris eſſe exiſtimetur: *l. vltim. C. de liber. cauſ.* Itaque fatendum eſt, vel minùs exactè, minùſque propriè hic locutos fuiſſe Iureconſultos; vel ideo ſic locutos, quia non tam de partu, quàm de perſona tractabant. Relatiuum enim illud *qui*, non ſolùm eſt relatiuum ſubſtantiæ, ſed etiam perſonæ. Perſona autem ipſa cùm nulla dum ſit, ne quidem in rerum natura eſſe intelligitur. Prius enim eſt vt ſit perſona, quàm vt ea in rerum natura eſſe dici poſſit. Imò nec aliud quicquam eſt perſonam in rerum natura eſſe, quam eſſe ſimpliciter.

Partus nondum editus in rerum natura, non in hominum natura eſt.

CONFVTATIO I.

De iis quæ iure ciuili conſtituta ſunt fauore poſthumorum, non quaſi natorum, ſed quaſi naſciturorum.

Ex eo autem quod diximus, Partum quandiu in vtero eſt, in rerum natura eſſe in rerum, quamuis non etiam in hominum natura, illud conſequens fit, vt fictio illa iuris, quæ eſt neceſſaria ad hoc vt habeatur pro nato, non ſit etiam neceſſaria ad hoc vt habeatur pro naſcituro. Vt enim ſit naſciturus, tandémque naſcatur is qui iam in vtero eſt, fit naturaliter, nec tantùm ex ratione, ſed etiam ex neceſſitate naturæ, ſi non faciat mulier abortum aut oſtentum: quos caſus tanquam abominabiles, & extra naturæ ordinem poſitos non priùs lex curat, quàm ex eorum euentu appareat totam naſcẽdi ſpem intercidiſſe. Et ad hoc referenda ſunt ea omnia, quæ in iure noſtro de poſthumis ſcripta legimus, ſiue ipſorum, ſiue aliorum fauore, non quia pro natis habendi ſint, ſed quia naſci poſſunt. Eiuſmodi eſt, quòd ait *lex, ſi quis prægnantem 187. De regul. iur.* non videri ſine liberis deceſſiſſe eum, qui vxorem prægnantem reliquerit. Et intelligendum mortis tempore fuiſſe eum qui in vtero fuit, *l. intelligendus 153. De verbor. ſignificat.* Non enim illæ leges rationem hanc habent, quod poſthumus hic pro nato habeatur, ſed quia citra fictionem vllam naſciturus eſt. Idque ex eo apparet euidentiſſimè, quod non habeatur poſthumus pro nato, niſi cùm de proprio ipſius commodo agitur, vt diximus, ita vt non proſit patri ſiue ab onere tutelæ, ſiue à reliquis muneribus ciuilibus ob numerum liberorum excuſari velit. *l. 2. §. qui autem in ventre eſt, ff. de excuſat. tutor.* hic tamen prodeſt patri, ſiue fuerit fideicommiſſo grauatus pater ſub ea conditione, *ſi ſine liberis deceſſerit*; *d. l. ſi quis prægnantem.* ſiue legatum, aut fideicommiſſum patri relictum ſit ſub ea conditione *ſi liberos haberet*. Nam is cui ad tempus liberorum aliquid relictũ fuit, ſi vxore prægnante deceſſerit, ad hæredem ſuum transfert legatum: *l. ſed etſi ad tempus 20 ff. ad SC. Trebell.* Intelligitur enim expleta iam conditione deceſſiſſe, ſi tamen poſthumus natus fuerit, inquit Iulianus in *l. is cui ita legatum 18. ff. quand. dies legat. ced.* iunct. *leg. 2. §. ſi quis ex libertis, ff. ad SC. Tertyll.* Nam legati conditio non illa fuit, *ſi filium natum relinqueret*, quo caſu vtique non haberetur poſthumus pro nato, nec faceret vt videretur pater impleta conditione deceſſiſſe: ſed illa, *ſi liberos haberet*: Habet autem, qui relinquit vxorem prægnantem; quia licèt necdum natus ſit poſthumus, nec habendus pro nato, aliquando tamen naſcetur, nec alia de cauſa naſcetur, quàm quia iam ipſo paternæ mortis tempore in vtero fuit. Nec eſt quod quis dicat haberi in ea ſpecie poſthumum pro nato, quòd de ipſius quoque commodo agatur, quódque ipſius interſit acquiri legatum patri, cui veriſimiliter ſit ipſe hæres exiturus, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato. Verba enim vtriuſque legis generalia ſunt, nec diſtinguunt an ipſe poſthumus, an alius patris hæres ſit. Imò quod Vlpian. ait in *d. l. ſed etſi, ad hæredem ſuum transfert legatum*, oſtẽdit de alio potiùs quàm de poſthumo hærede illum ſentire: alioqui ſcripſiſſet, *ad poſthumum ſuum*, ſi in extraneo hærede teſtamentario id locum habere noluiſſet. Quid enim vetabat, vel exhæredatum fuiſſe poſthumum, ſaltem bona mente, quod olim frequentiſſimum erat, *l. multis 18 ff. de lib. & poſth.* vel inſtitutum ex aliqua parte hæreditatis, aut ex Interpretum traditionibus hodie fieri ſolet, in portione legitima: ex reliqua verò hæreditate, & conſequenter ex legato patri ſub conditione liberorum relicto, extraneum hæredem ſcriptum eſſe; an eo minùs expleta conditione pater deceſſiſſe videretur, quòd extraneum hæredem reliquiſſet?

L. etſi ad tempus 10 ff. ad SC. Trebell. L. is cui ita legatum 18. ff. quan. dies leg. ced. l. 2. §. ſi quis ex liberis. ff. ad SC. Tertyll.

CON

CONFVTATIO II.

Cur poſthumus faciat deficere conditionem, Si ſine liberis.

SImilis eorum error eſt, qui in contraria ſpecie, id eſt, cùm quis legato, vel fideicommiſſo grauatus fuit ſub ea conditione, *ſi ſine liberis deceſſeris*, volunt quidem poſthumum facere vt deficiat conditio, ſed hac ratione, inquiunt, quòd habeatur pro nato; indéque inferunt liberos in conditione poſitos, hoc ipſo cenſeri ex fideicommiſſo vocatos, quoniam non aliter pro nato habendus eſſet poſthumus, quàm ſi de ipſius proprio commodo ageretur. Sic enim pleroſque ex Recentioribus video ratiocinari parum ſubtiliter. Nam vt poſthumus faciat deficere huiuſmodi conditionem, non ex eo proficiſcitur, quod habeatur pro nato, ſed quia ſperatur naſciturus, & aliquando futurus homo qui iam eſt in vtero, licèt necdum natus ſit, nec habendus pro nato. Ideóque licet proponas eum à patre exhæredatum, aut aliter ab iis bonis fideicommiſſariis ſiue patris iudicio, ſiue propria voluntate excluſum, ſiue etiam ex teſtamento eius qui fideicommiſſum reliquit, putà dato alio ſubſtituto in eum caſum quo pater hic cum liberis moreretur, non eo minùs excluderetur per conditioni defectum is, qui fuerat ſubſtitutus ſub conditione, *ſi ſine liberis*; *l. filiusfamilias* 114 *§. cùm erit rogatus, De legat.* 1. *l. generaliter* 6. *C. de inſtit. & ſubſtit.*

CONFVTATIO III.

Cur poſthumus, qui eſt in vtero, ſit inſtituendus, vel exhæredandus.

ERrant enim ſimiliter, qui interrogati, Cur poſthumus, ſicut & filius iam natus, inſtituendus ſit, vel exhæredandus. Rationem illam afferunt quòd habeatur pro nato, cùm de ipſius commodo agitur; Quodnam enim poſthumi commodum eſt, vt exhæredari poſſit? Imò verò etiam vt inſtituatur? Siquidem huic iuris ſolennitati ſatisfieri poteſt inſtituto poſthumo, vel ex minima hæreditatis parte; qui tametſi inſtitutus non eſſet, totam hæreditatem ab inteſtato erat habiturus. Non igitur fauore poſthumi fit, vt inſtitui poſſit, aut exhæredari; ſed fauore patris, qui ſi poſthumum præteriret, non ſatis ſecurè teſtaretur: non quòd interim teſtamentum non valeret, ſed quia in eo eſſet, vt agnatione poſthumi rumpi poſſet, tanquam agnatione ſui hæredis: *l.* 1. 3. *& tot. tit. ff. de iniuſt. rupt. §. poſthumi quoque, Inſtit. de exhær. liber.* Ex quo intelligimus poſthumum hunc non haberi pro nato. Nam ſi haberetur, vtique teſtamentum ab initio eſſet nullum, & iniuſtum, præteritione poſthumi: perinde ac præteritione filij iam nati, quod falſum eſt: *d. l.* 1. *de iniuſt. rupt.* Non enim facit teſtamentum iniuſtum, ſed illud rumpit. Rumpi autem non poſſet teſtamentum, quod eſſet ipſo iure nullum, *l. nam etſi* 5 *eod.* Sed & quamuis filius iam natus non poſſit inſtitui ſub conditione ſiue caſuali, ſiue mixta, ſed ſub ea tantùm quæ ſit poteſtatiua: *l.* 4. *D. de hæred. inſt. l. filius* 15. *l. vlt. D. de condit. inſtit.* poſthumus tamen poteſt, hactenus minimùm vt non eo minùs valeat inſtitutio, ſi modò ante poſthumi natiuitatem impleta conditio ſit: *l. cùm poſthumus* 22. *iunct. l. poſthuma* 24. *de lib. & poſthum.* Denique poſthumus tunc demum incipit loco eius eſſe qui ſuperſtes eſt, cum iam natus eſt, vt loquitur Pomponius in *l. ſi primo* 8. *eod. tit.* Non ergo tunc cùm adhuc in vtero eſt. Quinimo eſt ille in quibuſdam melioris conditionis, quàm filius iam natus. In eo præſertim quòd ſi à primo gradu præteritus ſit, à ſecundo verò exhæredatus, rumpendo primum gradum; facit ſibi locum, & ſuccedit, tanquam rupto toto teſtamento; cùm tamen filius iam natus ſequentem gradum, à quo præteritus eſt, valere patiatur: *d. l. nam etſi*, de quo dicemus latiùs *ad tit. de exhær. liber.*

l. cùm poſthumus 22. *l. cùm poſthuma* 24. *D. de liber. & poſthum.*
l. ſi primo 8. *eod. tit.*

Tanto magis igitur apparet, poſthumum non haberi pro nato. Dices, poſthumum non alio iure rumpere patris teſtamentum, in quo præteritus fuit, quàm quod naſcatur ſuus hæres. Suum verò hæredem intelligi non poſſe, niſi habeatur pro nato, ex quo ſaltem inſtanti pater incipit mori, vt poſſit induci continuatio illa dominij, ex qua potiſſimùm ius ſui hæredis æſtimatur: *l. in ſuis* 11. *ff. de liber. & poſthu.* Reſpondeo nec eſſe, nec intelligi poſthumum ſuum hæredem, quo inſtanti pater moritur; ſed naſci ſuum hæredem, id eſt incipere tùm eſſe ſuum hæredem, cùm naſcitur: in eóque natiuitatis, non conceptionis, aut medij temporis inſtans ſpectari. Poſthumum enim ſuum diffinimus eum, qui natus inter ſuos teſtatori futurus hæres eſt, id eſt qui ſuus futurus erat, ſi viuo patre natus fuiſſet: *l. poſthumo* 11. *C. de collat.* qui nec antequam ſit natus, videri poteſt in patris familia, & poteſtate fuiſſe, *l. vlt. ff. de collat. bonor. l. vlt. §.* 1. *ad ſig. libert.* Nemo autem ſuus hæres eſt, qui non ſit in familia & poteſtate, *l. ſcripto* 7 *ff. vnd. liberi*: Patria ſiquidem poteſtas, patris commodum eſt, non filij, nec niſi reſpectu patris dicitur inæſtimabilis: *l. filiusfamilias* 114. *§. Sed ſi liberos de legat.* 1. Filio namque prodeſt ſolùm quod ad ius ſui hæredis. Quo reſpectu ſicut lex 12. tab. habet poſthumum pro nato, vt iure ſui hæredis impediatne ei, qui alioquin proximus agnatus foret, deferri poſſit hæreditas; ita & habet illum pro eo qui ſit in poteſtate. Sed quod ad cauſam collationis attinet, nil neceſſe eſt, eum qui in vtero ſit, haberi pro nato aut in poteſtate, quia non fit eius conditio per moram deterior, id eſt quamuis expectetur tempus quo naſcetur. Sicut è contrario, ille alienus poſthumus eſt, qui natus inter ſuos hæredes teſtatori futurus non eſt, vt Iuſtinianus ait in *§. poſthumo quoque, Inſt. de lega.* & nos pluribus explicauimus *ad. l. Gallus, de liber. & poſt. lib.* 9. *Coniect. cap.* 1. *& ſeqq.* Itaque non dicimus præteritione poſthumi rumpi teſtamentum, ſed agnatione. Et poſthumum cùm naſcitur ſuum hæredem dicimus, quia ſi teſtamentum non obſtaret, lex duodecim tabul. deferret ei hæreditatē ab inteſtato. Eſt enim ſui hæredis nomen vſurpatū à lege duodecim tabular. in ea parte, qua cauit de legitimis hæreditatibus. Quanquam ſi pergas quærere, cur, aut quomodo lex duodecim tabular. deferat hæreditatem legitimam ei, qui nondum natus eſt? Reſpondendum erit, quod iam diximus id fieri, quoniam habet eum pro nato; *d. l.* 7. *&* 26. *De ſtat. hom.* Ex eo autem quod lex eodem loco & iure habet poſthumum, quandiu in vtero eſt, quo filium iam natum, quoad legitimas hæreditates, ſiue de paterna, ſiue de tranſuerſali agnati hæreditate

l. poſthumo 11. *C. de collat. l. vlt. D. eo. §. poſthumo quoque Inſt. de legat.*

gatur, factum illud eſt, vt quemadmodum Interpretatione Prudentum ad legem duodecim tabularum inductum fuit ius illud, de liberis iam natis neceſſariò inſtituendis, vel exhæredandis; ita & de poſthumis, qui ſui naſcituri eſſent, idem placuerit: ne factum teſtamentum noceretet, qui in vtero eſſet; quem tamen nullo facto teſtamento lex habitura eſſet pro nato. Idque tanto magis, quòd poſthumus præteritus per obliuionem potiùs, quàm certo iudicio præteritus videri deberet, vt dicemus ad *tit. De exhar. liber.*

CONFVTATIO IV.

De poſthumo partem faciente.

IDem eorum error eſt, qui putant poſthumum, ſiue hæres inſtitutus ſit, ſiue legatum, aut quid aliud ex teſtamento acceperit, ideò partem facere, prius etiam quàm naſcatur, quod interim habeatur pro nato. Nã imò verò ideo partem facit, quod habeatur pro naſciturto; id eſt quia naſci poteſt. Inde namque fit, vt ſi Titio & poſthumis legatum ſit; non nato poſthumo, Titius totum vindicet. Sed etſi teſtator Titio & poſthumis viriles partes dari voluiſſet, vel etiam id expreſſiſſet, totum legatum, poſthumo non nato, Titio debeatur: *l. ſi duobus 16. §. vlt. de legat.* 1. quod vtique falſum eſt, ſi teſtamenti, aot mortis tempore iam conceptus poſthumus haberetur pro nato. Sic enim fieret vt partes ab initio factæ viderentur, quæ res impediret ne ius accreſcendi locum habere poſſet, quoniam inter eos, qui ab initio partes habuerunt, nunquam locus eſt iuri accreſcendi: *l. planè 34. §. ſi coniunctim, eod.* ſed inter eos tantùm qui partem faciunt per concurſum, *§. ſed ſi pupillari, d. l. planè. l. coniunctim 83. l. re coniunctis 89.* in illis verſ. *quia ſemper partes habent legatarij: de legat. 3.* Ne alioqui videatur lex liberalior teſtatore, ſi totum ei det, cui teſtator non niſi partem dederit: *l. facta 63. §. ſi ſub conditione, l. debitor 59. in fine principij, ff. ad SC. Treb.* At quia poſthumus non ideo partem facit quòd habeatur pro iam nato, ſed quòd ſit naſciturus, aut vt melius dicam, quod naſci & poſſit & ſperetur: inde fit vt ſi non naſcatur, nunquam partem collegatario feciſſe videatur, ſed totum ad collegatarium pertineat, quaſi ab initio ſolido ei relicto, vt Caius loquitur in *l. vtrum 7. in princ. ff. de reb. dub.* Quòd ſi quis quærat, Cur habeatur pro nato poſthumus in cauſa inteſtati, potius quam in cauſa teſtati? Reſpondebo, quia nec neceſſe eſt vt in cauſa teſtati fictio inducatur, & habeatur ille pro nato, cùm ſufficiat quod naſci poſſit. Voluntas enim hominis legantis poſthumo conferturaperte in id tempus, quo poſthumus naſcetur; nihilque prohibet quominus in id tempus conferatur, & differatur, cùm ſola voluntas habeatur pro lege, nec priùs cedat dies legati, quàm poſthumus natus ſit; quaſi relictum ei ſit ſub conditione *ſi naſcetur: d. l. ſi duobus §. vlt. de leg. 1 d. l. vtrum 7. De reb. dub.* iunct. *l. ſi ſic ſtipulatus 26. ff. de ſtip. ſeru. l. ſi in perſonam 21. C. de fideic.* At in cauſa inteſtati neceſſe eſt haberi poſthumum pro nato, quia poteſtas legis operatur ſtatim & primo inſtanti, nec in ſuſpenſo tantiſper manere poteſt, niſi cùm verba legis ſic concepta ſunt, vt habeant temporis tractum, quomodo contingit in Senatuſconſulto Tertylliano: *l. 1. §. ſi quis adita, l. filij 6. §. 1. ff. ad SC. Tertyll.* Sicut & eadem legis poteſtas vnica delatione conſumitur, nec admittit vt vel in ſuis, vel in agnatis ſit ſucceſſio: *l. 1. §. ſciendum, de ſuis & legi. §. placebat. De leg. agnat. ſucceſſ.* At delatio quæ fit ex voluntate teſtatoris, tractum habere poteſt; *l. fideicommiſſa 11. §. hoc autem legatum, de leg. 3. l. vbi purè 19. in princ. l. epiſtolam 75 §. 1. ff. ad SC. Trebell. l. 3. l. 5. ff. quib. mod. vſusfr. amitt. l. licet 23. De vſufr. leg.* Illud tamen vtrique cauſæ & teſtati & inteſtati commune eſt, vt ſiue poſthumus pro nato habeatur, ſiue non habeatur, interim tamen partem faciat pro eo numero poſthumorum qui naſci poteſt. Poſſunt autem naturaliter, & citra portenti ſpeciem naſci ex vtero vno tres poſthumi. Interim igitur cohæres, aut collegatarius iam natus, quartam duntaxat partem habebit: *l. antiqui 3. ff. ſi pars hær. pet. l. ſed etſi 28. §. vl. ff. de iud. d. l. vtrum, De reb. dub. l. ſi pater 36. ff. de ſolu.* Quæ etiam ratio eſt, vt vno tantùm poſthumo exhæredato, venter tamen mittendus ſit in poſſeſſionem, quia multi naſci poſſunt: *l. 1. §. quare, de vent. in poſſ. mitt.*

l. ſi duobus 6. § vlt. de legat. 1.

l. facta 63 §. ſi ſub conditione, l. debitor 5 in fine principij, ad SC. Treb.

l. 1. § ſciendũ ff. de ſuis & leg. § placebat, Inſt. de leg. agnat. ſucceſſ.

Eum, qui eſt in vtero, haberi pro nato priùs quàm ſit animal.

ADeò autem, qui in vtero eſt habetur pro nato, vt ex quo conceptus eſt ea fictio inducatur, licèt nondum ſit animal, cùm ſecundum Philoſophos, Medicos, & Theologos aliud ſit inſtans conceptionis, aliud quo anima infunditur in corpus. Sufficit enim, eum, cui lex tanquam nato defert legitimam hæreditatem, aut bonorum poſſeſſionem Prætor, conceptum fuiſſe tempore mortis, vt pro nato habeatur. Iſque demum dicitur nondum animal fuiſſe tempore mortis, qui tùm nondum conceptus fuit: *l. 1. §. ſi quis proximior, ff. vnd. cog. l. Titius 6. & ſeq. ff. de ſuis & legit.* Propter quam cauſam, dicitur magis propriè ſpes animantis, in *l. a. ff. de mort. infer.* Itaque prius quàm ſit animans, habetur non ſolùm pro animante, ſed etiam pro homine, & quidem iam nato; quod ſanè mirum eſt.

Caſus in quo etiam is qui nunquam naſcitur habetur pro nato.

ILlud quoque non minùs, quòd vno caſu habetur pro nato, etiamſi nunquam naſcatur, id eſt ſi vtero matris exſecto partus ſit editus: Nam & hic admittitur non ſolùm ad bonorum poſſeſſionem ex omni parte edicti, tanquam qui mortis tempore in vtero fuerit, *d. leg. 1. § ſi qua prægnans, ff. vnd. cogn.* Sed etiam ad legitimam matris hæreditatem, ex SC. Orphitiano: *leg. 1. § ſed ſi matris, ff. ad SC. Tertyll.* Siquidem etiam ea mulier, cùm moreretur, creditur filium habere, quæ exciſo vtero edere poſſit: *l. etiam ea mulier 141. De ver. ſignif.* Vbi addit Vlpianus, alio etiam caſu mulierem poſſe habere filium, quem mortis tempore non habuit, vt putà eum qui ab hoſtibus remeauit.

l. 1. §. ſi qua prægnans ff. vnd. cognat.

***

ILLATIO IV.

De eo qui in ventre eſt, vt neque in tutela, neque in reliquis muneribus proſit patri.

QVartò principaliter *ex eodem ſupradicto Prin.* fit quod iam ſuprà attigimus, vt qui in ventre eſt, neque in excuſatione à tutela, neque in ciuilibus reliquis muneribus proſit patri: *l. 1. §. qui autem ff. de excu tu* quia longè aliud eſt de patris, aliud de filij commodo diſputare. Etſi non eſt nouum, vt proſit interdum etiam matri: putà ſi mater vltimo ſupplicio damnata ſit. Solitum enim eſt ſeruari eam in id vſque tempus, quo partum edat: *l. Imperator Hadrianus* 18. *ff. de ſtat. hom.* Ne ſcilicet alioqui eueniat, vt cum matre nocente innocens partus necetur: propter quam cauſam placuit, nec humari debere mulierem, quæ prægnans mortua ſit, antequàm partus ei excidatur: ne qui contra fecerit, ſpem animantis cum grauida peremiſſe videatur, inquit *l. 2. ff. de mor. infer.* Sed his caſibus fauor & commodum filij potiſſimùm verſatur, matris verò non niſi per conſequentiam. Idem verò euenit ſæpenumerò, vt per alium, & ex alterius perſona quis obtineat in conſequentiam, quod ex perſona propria obtinere non poſſet: *l. cùm hæreditate* 55 *ff. de acqu. her. l. ſi is qui duos* 29. *ff. de liberat. leg. l. & per iuſiurandum* 13. *§. ſi fideiuſſori, ff. de acceptil. l. 4. ff. de decur. l. Ariſto* 3. *in fi. ff. quæ res pign.*

l. 2. § qui autem ff. de excuſ. tut.

l. Imperator. ff. de ſtat. hom.

l. 2. de mort. infer.

ILLATIO V.

De tutore non dando ventri.

QVintò ex eodem Principio fit, vt ventri tutor à Magiſtratibus populi Romani dari non poſſit, curator poſſit: *l. ventri* 20. *ff. de tut. & cur. dat. ab his: l. bonorum* 8 *ff. de curat. furioſ.* Nam in eo nullũ partus commodum verſatur, vt habeat tutorem; cùm è contrario ipſius interſit, vt matris, quæ alioqui tutelæ incapax eſt, ſecundum iuris veteris rationem; & fidei, & cuſtodiæ committatur: ſiquidem fieri nequit, vt ſeipſam mater tueatur, quin & partui ſimul proſpiciat. Nec quod in libris noſtris mentio fit aliquando cuſtodiendi partus, vt in *l. 1. & tot. tit. De inſpic. ventr. & cuſtod. part.* ad rem facit. Ex illo enim edicto cuſtoditur partus non propter partum ipſum, quo magis ſecurus ſit; ſed propter agnatos, ne partus ſubiiciatur; niſi vno caſu, quò ſcilicet mulier à viro diuerterit, vereatúrque pater ne ipſius odio cuius magnam & materiam & ſuſpicionem diuortium præbet, abigatur partus: *d. l. 1. §. 1. & §. de inſpiciendo* 10. *cum ſeq. ill. ti.* Cùm igitur poſthumi commodum nullum ſit, vt quandiu in ventre eſt, adeóque pars & portio quædam viſcerum matris, *d. leg. 1. §. ex hoc reſcripto,* habeatur pro nato, quoad hoc, vt alteriùs quàm matris tutelæ committatur (neſciunt enim viſcera materna patientiam præ nimio affectu, vt B. Auguſtinus quodam loco ſcribit) mirum non eſt, cum pro nato non haberi, nec proinde tutorem interim habere poſſe, quia tutor non niſi perſonæ datur principaliter, bonis verò in conſequentias: *§. 1. Inſt. De tut. l. cùm in vna* 17. *§. tutor, ff. de appellat.*

1. §. ſi quo prægnans ff. ... cognat.

Planè bonorum ratione, curatorem dari ventri, intereſt ventris; ideóque dandus eſt, vt partui quandocumque edito bona integra, & ſalua conſeruentur. Sicut & nato quandocumque poſthumo tutorem damus: quia ex quo iam è viſceribus matris expoſitus eſt, vt loquitur *l. vlt. C. de liber. cauſ.* ad tutelam matris amplius non pertinet, neque materni affectus magnitudo facere poteſt, vt eiuſdem iudicio, quod quàm exiguum ſit, ſexus ipſe demonſtrat, gubernandus videatur.

L. vlt. Cod. de liber. cauſ.

ILLATIO VI.

De partu ancillæ venditæ.

SExtò ex eodem Principio fit, vt ſi prægnans ancilla vendita & tradita ſit, non idcirco partus venditus eſſe intelligatur: *leg. ſi prægnans* 42. *ff. de euict.* Non quia ad emptorem non pertineat (cùm enim ſit pars & portio viſcerum matris, vt diximus, fieri nequit, vt non ſpectet ad eum ipſum ad quem & mater: *l. ſi quod ex Pamphila* 73. *De leg.* 2.) ſed vt ſi fortè euictus ſit, ſiue cum matre, ſiue ſine matre, non idcirco venditor de euictione teneatur: *d. leg. ſi prægnans,* nimirum quia nondum habetur pro nato. Alioqui tot cenſerentur eſſe ſtipulationes, & actiones de euictione, quot eſſent res venditæ: *l. quia dicitur* 32. *De euict. l. cùm plures* 72. *l. ſcire debemus* 29. *De verb. obl.* Cur verò non habetur pro nato? Quia vt iam ſupra dictum eſt, eius qui in ancillæ vtero eſt, nihil intereſt vt habeatur pro nato; qui ſi reuera iam natus eſſet, haberetur pro nullo: neque agi poteſt de proprio vllo eius commodo, qui propria conditione ſua impeditur, ne proprium quicquam habere poſſit.

l. ſi prægnans 12 ff de euict.

l. ſi quod ex Pamphila 73. de leg. 2.

ILLATIO VII.

De computanda ætate hominis ab inſtanti natiuitatis, non conceptionis.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt in computanda cuiuſque ætate, non habeatur ratio illius temporis quo in vtero fuit, ſed computentur tempora de momento in momentum ex die & hora natalis: Putà ſi quæratur an quis minor ſit annis viginti quinque, aut maior ſeptuaginta: *l. 3. §. minorem, De minor. l. qui filium* 74. *in fin. ff. ad SC. Trebell. l. 1. ff. de manumiſſ.* An quia id fauorabilius ſit homini? Fateor ſanè fauorabilius fore minori, vt tantò diutius frui poſſit beneficio reſtitutionis, quod minoris ætatis contemplatione ipſi indulgetur. Sed tamen extra hanc cauſam facilè fieri poteſt, vt longè fauorabilius futurum ſit, ætatem computari ex inſtanti conceptionis, vt cùm agitur de excuſatione à tutela, aliiſve muneribus publicis propter ætatem: *l. qui filium, in fin. l. 1. C. qui ætat.* Quemadmodum & interdum dicimus, Annum cœptum in fauorabilibus haberi pro completo: *l. ad rempublicam* 8. *ff. de muner. & honor. l. à vobis* 5. *ff. de ann. legat.* Finge tractari etiam de faciendo teſtamento, *l. à qua ætate* 5. *ff. qui teſta. fac. poſſ.* Eſt enim, vt nemo neſcit, maximus & præcipuus fauor teſtamentorũ: *l. vel negare* 6. *ff. teſt. quẽadm. aper. l. ſi pars* 10 *ff. de inoff. teſta. l. 1. C. de ſacroſ. Eccl.* Ratio igitur eſt, quia

commodum illud poſthumi, propter quod haberi debeat pro nato, æſtimandum eſt & metiendum ex eo tempore quod adhuc in vtero fit. Ex quo enim iam natus & editus eſt, cùm verè ſit homo, & citra fictionem vllam capax eorum omnium, quæ ad ipſius fauorem & commodum ſpectare poſſunt; quid neceſſe eſt retrofingi eum priùs natum fuiſſe, quàm de hoc, vel illo ipſius commodo, de quo nunc agitur quicquam quæri oporteret? Denique niſi habeatur quis pro nato priuſquàm naſcatur, non niſi ſerò fruſtráque poſſis inducere fictionem quæ in præteritum tempus recurrat, poſtquam reuera & naturaliter natus eſt; quamuis è contrario, non nato poſthumo, apparcat quid retro fuerit, non per fictionem, ſed reuera: *l. Neratius 7. De man teſta.*

l. Neratius 7 ff. de man. teſtam.

PRINCIPIVM IV.

De Ingenuo manumiſſo.

PRiuatio habitum præſupponit, ideóque ei qui ingenuus natus eſt, non officere in ſeruitute fuiſſe, & poſtea manumiſſum eſſe: § cùm autem ingenuus, hoc tit. De ing. vbi ſæpiſſimè conſtitutum eſſe *Natalibus non officere manumiſſionem.* Facit *l. 2. & 3. l. ad recognoſcendos 10. C. de ingen. manum.* Hoc autem principium ſic concepimus; quia ſi quis quærat, Cur natalibus non officiat manumiſſio, alia reddi ratio non poteſt, niſi quod priuatio habitum præſupponit. Quod maximum, & valde generale in Iuriſprudentia noſtra principium eſt, à Philoſophis petitum, & ex quo pendent iuris noſtri penè innumeræ propoſitiones. Probarique vulgo ſolet ex *l. 4. ff de iuſtit. & iur.* vbi ſcriptum eſt non fuiſſe notam iure naturali manumiſſionem, cùm ſeruitus eſſet incognita: *l. decem ſtipulatus 116. ff. de verb. obligat.* Et ſanè cùm manumiſſio dicta ſit tanquam de manu miſſio; nihilque aliud ſit, quàm datio libertatis *d. l. 4.* fieri non poteſt vt libertas detur ei, qui nunquam fuerit ſeruus, & qui ingenuus ſit natus, nec vt manumittatur is, qui nunquam fuerit in iuſta ſeruitute. Nam ſi poneres hominem natum ingenuum, poſteà ſeruum factum eſſe, ſiue gentium iure, ſiue ciuili: ſine dubio is ſubinde manumiſſus, non ingenuus eſſet, ſed libertinus: *l. homo liber 21. ff. de ſtat. ho.* At hoc non propter manumiſſionem, ſed propter præcedentem ſeruitutem, quæ neceſſariam fecit manumiſſionem. Ideóque obſeruandum eſt, quod poſt Iuſtinianum ſic loquimur, *in ſeruitute fuiſſe:* non autem *ſeruum fuiſſe.* Sunt enim iſta differentia, vt diximus *ad Princ. 1. tit. præced. De iur. perſo.* Seruum enim eſſe, aut fuiſſe, ius ſignificat: & idem eſt quod iuſtam ſeruitutem ſeruiſſe; *l. libertini 6 ff. de ſtat. hom.* Iuſtam verò ſeruit ſeruitutem, qui iure ſeruus eſt: iure inquam ſiue gentium, ſiue ciuili. At in ſeruitute eſſe aut fuiſſe, nihil niſi factum demonſtrat, id eſt ea de facto exhibere obſequia & ſeruitia, quæ is demum exhibere deberet, qui verè ac iuſtè ſeruus eſſet: *l. 4. §. Stichus ſi Titio, ff. de ſtatulib. l. lex qua tutores 22. verſic. & tolerabilius, C. de admin. tutor.* Quod omnium apertiſſimè probat *d. l. 1. C. de ingen. manumiſſ. Ingenuam natam,* inquit, *neque nutrimentorum ſumptus, neque ſeruitutis obſequia faciunt ancillam, neque manumiſſio libertinam.* Et in *d. l. ad recognoſcendos*, dicitur in miniſterio ſeruitutis fuiſſe is, qui cùm reuera ſeruus non eſſet, perinde tamen ſeruiit, ac ſi ſeruus fuiſſet. Nihil autẽ vetat quominùs etiã libera perſona præſtet obſequium ſeruitutis, etiam ſciens & prudens: *leg. ſi tibi teſtamento 23. C. de liber. cauſ.* Sed vt perſona iam libera & ingenua fiat, magis libera fieri nullomodo poteſt, ſicut generaliter verum eſt, id quod iam noſtrũ eſt, magis noſtrum fieri non poſſe: *§. ſic itaque, Inſt. de act.* Denique certi ſunt modi, quibus dominia ſeruorum quæri ſolent, quibus non præcedentibus, non poteſt fieri ſeruus, qui anteà vel ingenuus, vel libertinus fuit: *l. ſcientia 6. l. ſi veſtram. 11. C. de ingen. manum. l. vlt. C. de ſeruis reipub. manumit.* Inter eos autem modos non eſt manumiſſio, quæ ex contrario iure gentium inducta eſt, ad reddendam libertatem, quam iuſta ſeruitus abſtulerat, *d. l. 4. De iuſt. & iur.* nam nec expreſſa conuentio priuata, aut ſeruum, aut libertum quemquam facere poteſt: *l. conuentio 37. de lib. cauſ.* nec rurſus lis malè inſtituta de ingenuitate, *l. pe. C. de ing. man.* nec denique quòd ingenua vt ancilla ſponſaliorum nomine data ſit: *l. vl. eo.* Inducta enim ad vnum effectum, non debent contrarium operari: *l. legata inutiliter 19. De leg. 1. l. legata 14. ff. de adimend. lega.* vt dicemus *Prin. ſeq.* Itaque non poteſt hîc locum habere quod Bar. notat ad *d. l. 14.* Ad poſitionem priuationis, videri ſequi poſitionem habitus. Id enim procedit in iis, quæ pendent ex nuda voluntate, non in cæteris: *l. 6. §. 2. De iur. patron.* Procedit autem ob hoc ipſum, quod priuatio habitum præſupponit: & qui vult conſequens, vult etiam antecedens: *l. 2. ff. de iur l. ad rem mobilem 56 l. ad legatum 62. ff. de procur.* ſicut è contrario, ſublato antecedente, neceſſario tollitur conſequens: *l. vlt. ff. de adim. leg.* Vnus tamen caſus eſt, quo dicimus ſeruire quem iuſtam ſeruitutem, etiam ei cuius non ſit ſeruus, nimirum ſi alienus ſeruus ſeruiat bonæ fidei poſſeſſori. Sic enim loquitur Africanus in *l. & generaliter 28. D. de noxa. act.* Non quòd ex ſolo ſeruiendi miniſterio iuſta ſeruitus inducatur: ſed quia hic reuera ſeruus eſt, licèt alterius quam ſui poſſeſſoris, iuſtamque ſeruitutem debet domino ſuo. Atqui bonæ fidei poſſeſſor in omnibus penè domini loco eſt: *l. qui ſcit. 25. §. 1. ff. de vſur. l. qui bona fide 23. l. bonæ fidei 48. ff. de acq. rer. dom.*

l. homo liber 21. ff. de ſtat. hom.

leg libertini 6. eo.

l. & generaliter 28. D. de noxal. action.

ILLATIO I.

Seruum, cùm manumittitur, non minui capite.

EX hoc Principio fit, vt cùm ſeruus manumittitur, capite minui non dicatur; quia nec caput, nec ius vllum habet quod minui poſſit, nec niſi eo ipſo die, quo manumittitur, incipit ſtatum habere: *l. 3. §. vlt. & l. ſeq. ff. de capit. minut.*

ILLATIO II.

Legatum quod nondum debetur; repudiari non poſſe.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt ſi ſub conditione, vel ex die certa nobis legatum ſit; ante conditionem, vel diem certum, repudiare non

non poſſimus. Nam nec pertinet ad nos legatum antequàm dies venerit, vel conditio extitat: *l. ſi ita ſit ſcriptum 45. § ſi ſub conditione, De lega. 2.* Repudiatio autem legati cùm ſit quædam priuatio, aut ſaltem fiat ad effectum priuationis & amiſſionis legati, præſupponit legatum deberi.

ILLATIO III.

Repudiari non poſſe legatum cuius conditio defecit.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt è contrario ſi legati conditio defecerit, repudiari ampliùs legatum non poſſit: *l. mulieri 74. De condit. & demonſtrat.* Eius enim eſt repudiare, cuius eſt acquirere; vt generalius ſcriptum eſt in *l. is poteſt, 18. de acq. hæred.* Eius nolle, cuius eſt poſſe: *l. 4. eod. l. qui poteſt 174. §. 1. De regul. iur.* Denique eiuſmodi ſunt in iure noſtro alia ſexcenta, quæ paſſim occurrunt. Vide *l. non videntur 83. eod. l. 5. de iniuſt. rupt. l. Titio vſusfructus 96. de cond. & demonſtr.* Ex quo loco poſſit quis benè inferre, ingenuum manumiſſum non deſiiſſe per manumiſſionem eſſe ſeruum cùm nec inceperit: ac proinde non poſſe ex eo fieri libertinum.

PRINCIPIVM V.

De inductu ad vnum finem, vt non debeant operari contrarium.

INducta ad vnum finem non debent operari contrarium. *l. legata inutiliter 19. de legat. 1. l. legata inutiliter 14. de adim. legat.* vbi ſcriptum eſt; legata inutiliter data, non confirmari ademptione. Veluti ſi domino hærede inſtituto, ſeruo purè, & ſine libertate legatum ſub conditione adimatur. Etſi enim dici ſolet purè legatum, ſi ſub conditione adimatur, ſub contraria conditione datum intelligi; & ideo confirmari: *l. ſi legatum 10. in princip. eo. l. aliquando 107. in fin. de condit. & demonſt. l. quod purè 6. D. quand. dies leg. ced.* Id tamen tunc obtinet cùm legatum purè ab initio relictum valuit, non autem cùm inutile fuit. Ademptio enim, quo minùs, non quo magis legatum debeatur, interuenit. Ratio autem huius principij illa eſt, quod omne agens naturale, vt aiunt Philoſophi, operatur naturaliter propter certum finem, ſiquidem ſecundum eoſdem Philoſophos Deus & natura nihil faciunt fruſtra. Operantur autem agentia naturalia ſecundum propriam cuiuſque naturam: neceſſaria, neceſſariò, & propter finem neceſſarium; libera verò, liberè ac propter finem voluntarium: Ergo quod ad vnum finem factum eſt, aliud quicquam operari non debet, quod ſit diuerſum, nedum contrarium. Eſt autem principium hoc conſequens, vel ſaltem ſimile illi, de quo mox dicemus, quod habet, *Actus agentium nihil operari poſſe aut debere contra eorum intentionem.*

Agentia naturalia operantur ſecundum propriã cuiuſque naturam, & propter finem.

ILLATIO I.

De manumiſſione hominis ingenui.

EX hoc Principio illud fit, quod *ſuperiore principio* diximus, Eum, qui manumiſſus eſt, cùm antea eſſet iam ingenuus, non eo minùs ingenuum manere, quia manumiſſio non poteſt fieri ad eum finem, vt naturalem libertatem ex qua ingenuitas æſtimatur, ei auferat, qui liber natus eſt; ſed è contrario, vt quantum poteſt, libertatem illam reſtituat ei, cui fuerat erepta per ſeruitutem. Ergo quæ facta eſt ad vnum finem, operaretur contrarium, ſi in vicem libertatis reddendæ tolleret ingenuitatem.

De ingen. manum.

ILLATIO II.

De iis quæ in fauorem conſtituta ſunt, non retorquendis in odium.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt quod fauore quorundam conſtitutum eſt, nullo caſu in eorum læſionem videri debeat inuentum: *l. quod fauore 6. C. de legib.* Cui ſimiliter Modeſtin. *in l. nulla 25. ff. eod.* Nulla, inquit, iuris ratio aut æquitatis benignitas patitur, vt quæ ſalubriter pro vtilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipſorum commodum producamus ad ſeueritatem. Exempla poſſunt adferri ex *l. plures apochis 19. in fin ff. de fid. inſtrum. l. generaliter 5. in fine princip. C. de ſecund. nupt. l. 3. §. dua autem, ff. de Carbon. edict. l. ſancimus 7. in princip. C. ad SC. Trebell.* & alia huiuſmodi infinita.

l. quod fauore 6. Cod. de legib.

ILLATIO III.

Semper ſpectandum eſſe quid cuiuſque gratia dictum, ſcriptúmve ſit.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt tam in contractibus, quàm in teſtamentis, aliiſque vltimis voluntatibus præcipuè ſpectari oporteat, quid cuiuſque gratia ſcriptum ſit. Nimirum, vt clauſula, quæ pro vno appoſita eſt, nunquam contra eum operetur. Textus ſunt & exempla in *l. 2. & 3. ff. de leg. commiſſ. l. in ratione 39. §. tametſi, in fin. ff. ad leg. falcid. l. quod autem 7. vxori, ff. de donat. int. vir. & vxor. l. Lucius 40, §. 1. ff. de fideic. libert.*

PRINCIPIVM VI.

Actus agentium non operari vltra eorum intentionem.

ACtus agentium non poſſunt, nec debent operari vltra eorum intentionem: *l. proinde 8. l. non omnis 19. ff. de reb. credit. l. 1. ff. de donat. l. 1. l. non videtur 32. l. Senatus 35. §. 1. l. vbi ita donatur 27. l. Seia 41. §. vlt. ff. de mort. cauſ. don.*

ILLATIO I.

De ingenui homini manumiſsione.

Vltra, præter, & contra mentem.

EX hoc Principi etiam illud fit quod dicimus, ingenuitati non obſtare inutilem & inefficacem manumiſſionem. Non enim voluntas illa eſt manumittentis, vt ingenuitatem ei auferat, cui è contrario velit reddere libertatem. Ita ſiquidem fieret vt damnum & iniuriam inferret, qui de beneficio dando cogitaret. Proinde operaretur manumiſſio hæc non tantùm vltra, ſed etiam contra intentionem manumittentis. Aliud eſt *vltra*, aut *præter*; aliud *contra*. Quod contra intentionem eſt, vltra eſt; ſed non ſimiliter contra eſt, quod vltra eſt. Exempla ſunt in *l. nec non 28. §. quoad tius, ff. ex quib. cauſ. maior. l. pater 10. §. vlt. De captiu. & poſtlim.* Itaque apprimè conuenit hoc Principium cum præcedenti, quamuis in eo diſſimile ſit, quod eſt generalius.

ILLATIO II.

De maleficiis ex propoſito & voluntate diſtinguendis.

l. qui iniuria 53. De fur. l. Diuus 14. ad l. Corn. de ſicar. l. 1. §. Diuus, l. in lege 7. eod. C. eod.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt qui iniuriæ cauſa ianuam effregit, quamuis inde per alios res amotæ ſint, non teneatur furti. Nam maleficia voluntas & propoſitum delinquentis diſtinguit, inquit Paulus in *l. qui iniuria 53. ff. de furt.* & furtum cum facto animum quoque furis exigit, *l. in furti 50. §. 1. eod. l. ſi quis 41. §. vlt. ad leg. Aquil. l. poteſt. 36. § vlt. cum leg. ſeq. ff. de vſucap.* Cui ſimile illud eſt, quod Hadrianum reſcripſiſſe refert Calliſtrat. in *l. Diuus 14. ad leg. Corn. de ſicar.* In maleficiis voluntatem, non exitum ſpectari. Vnde & idem Hadrianus reſcripſit. Eum, qui hominem occidit, ſi non occidendi animo hoc admiſerit, abſolui poſſe: & contrà, Eum qui hominem non occiderit, ſed vulnerauerit vt occideret, pro homicida damnandum: *leg. 1. §. Diuus, eod.* Et rurſum, ſi quis ex alto ſe præcipitauerit, & ſuper alium venerit, eúmque occiderit; aut putator ex arbore cùm ramum deiiceret, non proclamauerit, & prætereuntem occiderit, in ea cauſa eſt, vt ad legis Corneliæ coërcitionem non pertineat: *l. in lege 7. eod.* facit *l. 1. C. eod.*

ILLATIO III.

De latitante non fraudationis cauſa, vel non propter creditores.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt ad cauſam edicti Prætoris *De poſſeſſione & venditione bonorum*, non ſufficiat quem latitare, niſi & fraudationis cauſa id faciat: *leg. Fulcinius 7. §. 1. & ſeq. ff. quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eat.* Sed & ſi quis fraudationis cauſa latitet, non tamen propter creditores, quamuis in effectu ea latitatio creditores fraudet, in ea tamen cauſa eſt ne ex hac edicti parte bona eius poſſideri queant: quia non hoc animo latitat, vt fraudet creditores. Animus enim latitantis quæritur, id eſt, quo animo latitet, an vt fraudet creditores, an ex alia cauſa. Etſi contra aliquem, vel vnum ex creditoribus, cum latitate ſufficit, vt cæteri quoque in poſſeſſionem bonorum eius mitti poſſint: *d. l. Fulcinius §. ſi is qui, & ſeqq.*

l. Fulcinius 7 §. 1. & ſeq. & §. ſi is qui & ſequen ff. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.

ILLATIO IV.

De ſuppreſsione tabularum teſtamenti, etiam dolo malo, citra pœnam legis Corneliæ teſtamentariæ De falſis.

QVartò ex eodem Principio fit, vt poſſit quis tabulas teſtamenti ſupprimere, & quidem dolo malo, nec tamen incidat in legem Corneliam teſtamentariam, aduerſus eos latam, qui ſupprimunt teſtamentum. Putà ſi neque amouerit, neque celauerit tabulas, ſed idcirco alij tradiderit ne aduerſario interdicenti exhiberet; hoc eſt ſi non ſupprimendi, vel celandi animo id fecit, ſed ne huic exhiberet, *l. 3. §. ſi quis dolo mala, D. de tabul. exhib.* vbi Vlp. concludit hoc ſaltem caſu, interdicto *De tab. exhib.* locum eſſe debere. Quanquam illo etiam caſu locus eſt, in quo lex Cornelia teſtamentaria æquè locum habere poſſit. Nemo enim ideo impunè tabulas retinere poteſt, quod propterea maius delictum admiſerit: vt eleganter Vlp. *ibidem* ait, Nouum ſiquidem delictum, vel ſolius contumaciæ, cumulat pœnam: *l. relegati 4. D. de pœn. l. 1. D. de priuat. delict. l. ſi ſeruus 27. in princ. D. ad leg. Aquil. l. Neratius 11. §. quamuis, D. de ſeruo corrupt. l. 1. § hunc tamen 22. l. 2. §. 1. D. de tutel. & rat. diſtrah. l. nunquam 60. D. de oblig. & act.* cum concord.

ILLATIO V.

De proteſtatione facta ad conſeruandum ius proteſtantis.

QVintò ex eodem Principio fit, vt quoties quis proteſtatur faciendo id, quod alioqui ſi factum eſſet citra proteſtationem, ius ipſius læderet, conſeruetur ſaluum & integrum ius proteſtantis: quia proteſtatio probat animum & intentionem agentis; & ita facit, vt actus ipſe, in quo adhibetur proteſtatio, nihil vltra eius intentionem operetur: *l. pro herede 20. §. 1. D. de acq. hered. l. etſi quis 14. §. ſed interdum, in fin. De relig. & ſumpt. funer. l. Nezennius 34. D. de negot. geſt. l. alimenta 11. l. quod in vxorem, 13. l. ſi paterno 15. C. eod. l. ſi debitor 4. §. 1. D. quib. mod. pig. ſoluit.* iunct. *l. ſicut. 8. § non videtur, eod.*

ILLATIO VI.

De ſpectanda ſemper & in omnibus voluntate.

DEnique ad hoc Principium referendi ſunt omnes ij loci, in quibus dicitur ſpectari debere voluntatem contrahentium, aut teſtatoris; ſiue de contractu agatur, ſiue de vltima voluntate. Nam & qui loquitur, aliquid facit. Nihil autem facere aut dicere credendus eſt, niſi quod velit: *l. ſemper in ſtipulationibus 34. de regul. iur. l. in conditionibus 19. ff. de cond. & demonſt.* & aliis innumeris. Semper namque fortior

tior & potentior eſt quàm vox, mens dicentis: *l. Labeo 7. ad fin. ff. de ſupel. legat. l. ſi mihi 22. §. vlt. de legat. 1. l. Titia cùm teſtamento 34. §. vlt. de leg. 2. l. non aliter 69. in fin. de leg. 3. cùm de lanionis 18. §. aſinam, ff. de inſtruct. & inſtr. legat.* licèt dici ſoleat, non aliter à propria verborum ſignificatione recedendum eſſe, quàm cùm manifeſtum eſt aliud ſenſiſſe teſtatorem: *d. l. non aliter, in princip.* Nam cùm in verbis nulla eſt ambiguitas, non debet admitti quæſtio voluntatis: *l. ille aut ille 25. §. 1. eod. tit. de leg. 3.* Nemo enim exiſtimandus eſt id dixiſſe, quod non priùs mente agitauerit. Quorſùm namque verba, niſi vt demonſtrent voluntatem loquentis? vt Tubero contra Seruium iam olim diſputabat, in *d. l. Labeo 7. ad fin. de ſupell. legat.*

Actus quilibet hominis incipit à voluntate.

De agente libero.

HVius autem Principij ratio illa eſt, quòd in agente libero, qualis homo eſt, ne quidem actum id intelligitur, quod agere noluit is, qui egit: quia actus quilibet hominis incipit à voluntate; adeò vt nec peccatum vllum ſit, niſi voluntarium, quemadmodum B. Auguſtinus ſcribit. Proinde mirum non eſt, actum, qui in eo quod eſt contra, vel vltra intentionem agentis, nullus eſt; nihil etiam operari: quandoquidem non entis nullæ ſunt qualitates; cùm qualitas, quæ eſt accidens, non poſſit eſſe ſine ſubiecto: *l. eius qui 41. verſ. quare ſi nulla, de reb. credit.*

PRINCIPIVM VII.

Differre iſta, Seruire, & Seruum eſſe.

ALiud eſt, *Seruum eſſe*, aliud verò *Seruire*, aut *eſſe in ſeruitute*. Prior locutio ad ius refertur, poſterior ad factum; vt diximus & explicauimus ad *Princip. 4. ſup. eodem, ex l. 4. §. ſi Stichus Titio D. de ſtatulib. l. lex quæ tutores 21. §. & tolerabilius, C. de admin. tutor.* Seruum eſſe hoc ſignificat, eſſe in dominio alieno: Seruire verò, aut in ſeruitute eſſe, nihil aliud, niſi ſeruitutis operas & miniſterium præſtare. Sic & aliud eſt, Eſſe liberum, aliud eſſe in libertate: *l. 1. l. liberis 7. § vlt. l. quod autem 10.* & paſſim, *D. de liber. cauſ.* Eſt in libertate, qui eſt in poſſeſſione libertatis; id eſt, qui pro libero ſe gerit: ſicut eſt in ſeruitute, qui eſt in ſeruitutis poſſeſſione, licèt ſit liber: *l. penul. ff. ne de ſtat. defunct. poſt quinquen. quærat.* Denique non diſſimiliter dicimus. Aliud eſſe *poſſidere*, Aliud verò *in poſſeſſione eſſe*. Poſſidet propriè is, qui animo domini, & ſibi rem habet, ſiue dominus ſit, ſiue non; vt Theoph. definit *in tit. de libertin.* At eſſe in poſſeſſione, eſt alieno nomine poſſidere, quomodo poſſident, ſed impropriè, procurator, creditor, depoſitarius, conductor, commodatarius, & ſimiles: *l. ſi ante 10. l. quod meo 18. D. de acquir. poſſ. l. pignoris 15. de vſucap. l. officium 9. in fin. D. de rei vindic. l. Celſus 5. §. 5. ff. ad exhib. l. certè 6. § is qui rogauit, ff. de precar.* In ſumma *poſſidere*, ius ſignificat, *l. poſſeſſio 49. in princip. & §. 1. ff. de acquir. poſſeſſ.* In poſſeſſione autem eſſe, nihil niſi factum demonſtrat, nudámque detentionem, quam & interdum, licèt impropriè, *naturalem poſſeſſionem* appellamus: *l. ſtipulatio iſta 38. §. hæc quoque ſtipulatio, ff. de verb. obligat.*

l. lex quæ tutores 2... § & tolera... C. de ad... ministr.

TITVLVS QVINTVS.

De Libertinis.

PRINCIPIVM I.

Definitio manumiſsionis.

l. 4. ff. de inſtit. & iur.

MANVMISSIO, *eſt de manu miſſio, ſeu datio libertatis:* vt Iuſt. *in principio huius tituli* ſcribit, poſt Vlpianũ in *l. 4. de inſt. & iur.* vbi addit ille rationem. Nam quãdiu quis in ſeruitute eſt, manui & poteſtati alterius ſuppoſitus eſt. Manumiſſus autem liberatur ea poteſtate, id eſt extra eam poteſtatem emittitur. *Manum* enim Latinè dicimus eleganter pro *poteſtate*. Vnde & apud Veteres, vſus ille matrimonij, per conuentionem in manum, quoties ita nubebat mulier, vt tranſiret in familiam & poteſtatem viri, vt eſt apud eundem Vlp. *in titulis*. Dat igitur dominus libertatem, hoc ipſo quod abdicat à ſe dominium ſerui. Eo namque ſublato, remanet ſeruus talis, quales ſunt homines omnes à natura; id eſt liber: vt dicam *Princ. ſeq. illat. 6.*

ILLATIO I.

De poteſtate manumittendi.

EX hoc Principio illud fit, vt regulariter non niſi facto & conſenſu domini interueniente fieri manumiſſio poſſit: Tum quia quod ego in mea manu habeo, fieri non poteſt vt emittatur, me vel inuito, vel ignorante; niſi ponas mihi vim fieri, & impreſſionem; quæ res manifeſtam haberet iniuriam. Tùm etiam, quia ſi manumiſſio eſt datio libertatis, vt diximus; vtique non alius dare libertatem poteſt, quàm qui libertatis dominus eſt. Sicut enim nemo dat quod non habet, *l. proprias 13. l. vniuerſæ 15. C. de legat.* Ita nec fieri poteſt, vt quod meum eſt, ſine facto meo in alium, & per alium transferatur, *vulg. l. id quod noſtrum 11. De regul. iur.* Hinc introductum duplex illud genus manumiſſionis, in

Duplex genus manu-

in teſtamento, de qua in tit. *De man.teſt.* & inter viuos, id eſt per vindictam de qua in *tit. de man. vindic. ff. & C.* Vtriuſque manumiſſionis commune illud fuit ſemper, vt neque niſi à domino fieri poſſet, neque à domino ipſo conferri in id tempus quod ſeruus alienus foret: *l. 2.3.4. & tot.tit. C.de his qui à domin. man. ſunt l. Stichus 39. ff. de man. teſt. l. nulla 19. & ſeq. l. curator. 22. ff. qui & à quib. manu l. qui pœna 8. l. ſeruus 13. ff. de manum.* Teſtamentárias enim manumiſſiones induxit ac confirmauit lex duodecim tabularum, illis verbis generalibus; *Paterfamilias vti ſuper ſua re legaſſit, ita ius eſto:* quæ tamen apparet non ad alium teſtatorem pertinere, quàm ad eum qui de ſua: non de aliena re diſponat: *l. verbis legis 120. de ver. ſign.* iunct. *l.conficiuntur 8. §. ſi poſt factum, ff. de iur. cod* & ita Vlp. quoque *in Titulis* ſcribit *ti.* 1. Inter viuos autem manumiſſio quæ per vindictam fiebar, etſi apud Magiſtratum & interueniente ipſius authoritate perficiebatur (erat enim vindicta, virgula quæ per lictorem, iubente Magiſtratu, imponebatur capiti ſerui, qui erat manumittendus, quem ſubinde lictor in libertatem vindicabat, vt refert Boet. *in Topi. Ciceronis*) tamen & præſentiam & voluntatem domini exigebat: cuius & libertus fiebat is, qui manumittebatur, tanquam ab eo ipſo per Magiſtratum & lictorem; non à Magiſtratu aut lictore manumiſſus: *to. ti. De ma. vind l. quaſitum 15. §. 1. qui & à quib. man.* Sicut & præſentia ſerui requirebatur, cùm alioqui fieri non poſſet, vt iubente Magiſtratu imponeretur per lictorem virgula capiti eius ſerui, qui præſens non eſſet. Quanquam cum plures pariter & ſimul vindicta manumitti poſſint, placet ſufficere præſentiam vnius ſeruorum, vt vel plures manumitti poſſint: *l. etiam 15. §. plures, De man. vin.* vbi non dubito quin ſic legendum ſit, addita dictione *vnius*, quæ vulgò deeſt, & ſine qua non poteſt locus ille bonum habere ſenſum. Ex hac autem imponendæ virgulæ ſolemnitate, nata videtur ea locutio, vt libertas imponi dicatur, ideóque manumiſſio: *tot. tit. De man. quæ ſeruis ad vniu. pertin. impon.* Etſi vix eſt, vt Iureconſultos ita vnquam locutos reperias.

ILLATIO II.

De communi ſeruo manumiſſo.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt ſeruum communem, inuito aut ignorante ſocio manumittere nemo ex dominis poſſit, inſpecta iuris veteris ratione: adeò vt ſi quis olim manumiſiſſet eo modo, quo manumiſſi, ciues Romani fiebant, partem quam in ſeruo habebat amitteret: eáque ſocio accreſceret ſin priuatim, & inter amicos, nihil ageret: quemadmodum Vlp ſcribit *dict. tit.* 1. *De liber.* Etſi enim dici poteſt meum eſſe, quod mihi cum alio commune eſt, *l ſi ſeruus 61. in fine princip. De furt. l. ſerui electione 5. §. vlt. De legat.* 1. id tamen minùs propriè, nec ſatis rectè dicitur, cùm negari non poſſit partem ad ſocium pertinere: *d. l. 5. §. 1. & ſeq.* Tunc namque fundum noſtrum totum eſſe rectè dicimus, cùm eius nulla pars dici poteſt alterius eſſe: *l. rectè dicimus 25. ff. de verb. ſignific.* Quod hic non euenit. Non ſolùm enim ſocij par & æquale ius eſt, ſed etiam eo potentius, quòd in pari vtriuſque cauſa & iure, melior eſt

Vlp in fragment. titu 1. *de libert.*

conditio prohibentis: *l. Sabinus 28. ff. commun. diuid.* Iuſtinianus tamen fauore libertatis conſtituit, vt etiam inuito ſocio poſſit ſocius communem ſeruum manumittere; ſed ita tamen, ſi prius eius partis pretium offerat; aut ſocio accipere recuſante, offerat rurſum per publicas perſonas, ſigillóque impreſſo in ædem ſacram, aut vbi deponi moris eſt, deponat: *l. 1. C. de commu ſeru. manum.*

l. 1. C de com. ſeru. manumiſſ.

ILLATIO III.

De manumiſſione ſerui ſpecialiter obligati.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt ſeruum ſpecialiter pignori obligatum debitor, quamuis idem & dominus ſit, adeóque locupletiſſimus manumittere non poſſit: *l. 3. ff. de manumiſſ. l. 3. C. de ſeru. pignor. dat. manum.* Etſi enim debitor non eo minùs remanet pignoris & dominus & poſſeſſor, *l. cum & ſortis 35. §. vlt. ff. de pign. act.* iunct. *l pignori 13. l. ſerui nomine 16. ff. de vſucap. l. quod meo 18 ff. de acquir. poſſ.* non tamen ſic habet pignus in manu, vt non poſſit inuito ei eripi per creditorem, cui non aliunde ſatiſfiat: *l. 1. & tot. tit. C. debit. vendit. pign. imped. non poſſ.* Nemo autem videtur id habere quod ei aliquo caſu iuſtè auferri poſſit, *l. ſi ſeruus 21. §. & ideo ff. de euict.* Et rurſum qui tam contrarium libertati quàm vinculum? Aut quomodo poteſt vinculo pignoris liberari quis, inuito, vel inſcio eo, cui eſt obligatus? Quanquam etſi propriè pignus accipias, quatenus dictum eſt à pugno, vt ad res mobiles coarctetur, quarum poſſeſſio per traditionem tráſlata ſit in creditorem, *l. plebs eſt 238. § pignus, de verb ſignif.* ad differentiam hypothecæ, quæ nuda conuentione conſtituitur, & pro qua datur hypothecaria ad auocandum nudam poſſeſſionem, vt in *l. ſi rem alienam 9. § propriè, D. de pignor. act. l. ſi cùm venditor. 66. D. de euict.* negari merito poteſt ſeruum pignori datum, eſſe in manu debitoris, cùm ſit in poſſeſſione & poteſtate creditoris. Manus enim non tam dominium ſignificat, quàm poteſtatem & poſſeſſionem: *l. qui neque 48. D. de verb. ſign.* Sicut & *poteſtatis* verbo vt plurimum præſentis corporis copiam facultatémque ſignificamus: *l. poteſtatis 215. eo.* Proinde mirum non eſt, hunc ſeruum pignori ſpecialiter obligatum, qui in creditoris manu & poteſtate ſit non poſſe manumitti à debitore quantumuis locuplete. Cur enim creditori ſua poſſeſſio auferatur priuſquam ei fuerit ſatisfactum? Atqui ſi valeret manumiſſio per debitorem facta, aufferretur creditori poſſeſſio, quia liber homo, qui ſe liberum ſciat & aſſerat, poſſideri ab alio nullo modo poteſt: *l 3. §. ſi ſeruus quem poſſidebam, D. de acq. poſſ.* Nec reſponderi poteſt aliam rationem eſſe rerum mobilium appellatione non contineantur, *d. l. 3. § Nerua filius.* Sed tamen cùm in iure noſtro, *pignoris* appellatio paſſim ſumatur impropriè pro obligatione, quę non tam per traditionem, quàm per conuentionem nudam contrahatur, ideóque dicamus inter pignus & hypothecam, nominis duntaxat ſonum differre, *l. 5. §. inter pignus, ff de pign.* & pignus contractum videri etiam illo caſu, quo bona omnia debitoris generali conuentione citra vllam traditionem obligata ſint: *l. Paulus 29. §. vlt. ff. eod.* magis placet ratio prior, vt ſeruus pignori datus ſpecialiter, manumitti non poſſit, non quia ſit traditus, &

in

Digitized by Google

in creditoris manum ac poteſtatem tranſlatos, ſed quia ſit ſpecialiter obligatus. Video enim ita reſcripſiſſe imp. *in l. 2. C. de ſeruo pignor. dat. manu.* vt diſtingui tantùm oporteas, an obligatus ſit hic ſeruus ex conuentione ſpeciali, an verò generaliter duntaxat, ſiue expreſſa conuentione, ſiue tacita; putà ex priuilegio fiſci, qui ſemper in debitoris ſui bonis omnibus ius pignoris habere intelligitur: *l. aufertur 46. § fiſcus, ff. de iur. fiſc. l. 2. C. in quib. cauſ. pign. l. vlt. C. de priuil. fiſc.* Alioqui dicendum eſſet bonis omnibus generaliter & expreſſim obligatis, vt paſſim hodie fit cum clauſula Conſtituti, quæ creditorem facit poſſeſſorem, non poſſe quemquam ex ſeruis manumitti; quod non puto verè dici poſſe. Sicut nec illud è contrario, vt qui ſpecialiter fuit hypothecæ datus, nec tamen creditori traditus, poſſit manumitti. Specialis enim conuentio impedit manumiſſionem, ſiue pignori, ſiue hypothecæ datus proponatur. Quidni verò etiam generalis? An quia hoc caſu, magis quàm illo liceat debitori facere deteriorem pignoris conditionem? Minimè: *l. debitorem 15. C. de pignor.* Sed quia intereſt publicè valere libertatem, dummodo nil interſit creditoris non valere, nihil autem creditoris intereſt, quoties ex aliis debitori bonis ſuum conſequi poteſt, id eſt quoties debitor eſt ſoluendo. Hoc enim omnimodo requiritur vt poſſit manumitti is, qui non niſi generaliter obligatus fuit, ne alioqui per legem Æliam Sentiam impediatur libertas, tanquam in fraudem creditorum data: *l. in fraudem ciuitatum 11. §. 1. l. generaliter 29. in princ. D. qui, & à quib. manum.* Et ſane aliter poſito iure, deterioris conditionis eſſent ſerui, quàm cæteræ res obligatæ: ſiquidem pignoris conuentio non impedit cæterarum rerum alienationem, licèt ea alienatio non fiat niſi cum ſua cauſa: *l. ſi conuenerit 18. ſi fundus, ff. de pign. act. l. vlt. § pe nult. ff. de donat.* Manumiſſio autem, velut alienatio eſt; *l. obligari 9. §. 1. de autor. tut. l. vlt. C. de reb. alien. non alienand.* Nec quod talis alienatio ſit quæ perimat ius pignoris, ad rem facit: cùm vt dixi nihil interſit creditoris. Nam & in cæteris rebus obligatis idem hodie obtinet, vt quamuis non niſi cum ſua cauſa alienentur, poſſeſſori tamen, ſi earum nomine per hypothecariam inquietetur, competat exceptio non factæ excuſſionis, per quam repellat creditorem, ſi ex aliis bonis nondum alienatis poſſit conſequi ſolutionem. *Auth. hoc ſi debitor, C. de pignor.* quod & iam olim quibuſdam in cauſis receptum fuiſſe conſtat, ex *l. Moſchus 47. D. de iur. fiſc.* Itemque ex *l. 2. eod. tit.* vbi ſecundo creditori, qui pignus accepit ex bonis alij iam anteà generaliter obligatis, datur eadem exceptio non factæ excuſſionis, ſi ex bonis ſpecialiter obligatis priori creditori abundè cautum eſſe conſtet. Idque temperamento æquiſſimo iuriſdictionis, vt & debitori, & poſterioribus eius creditoribus conſulatur, quantum ſine primi creditoris damno, aut incommodo fieri poteſt. Dices, Cur non ergo idem placuit etiam in ſeruo ſpecialiter pignori dato, vt manumitti poſſit, ſi ex aliis debitoris facultatibus ſatisfieri poſſit creditori? Reſpondeo rationē diuerſitatis eſſe; quia proculdubio ſpecialis conuentio pignoris magis afficit rem obligatam; vt apparet ex *d. l. 2. C. de pignor.* nec poſſet ſine manifeſta iniuria creditoris aliter conſtitui, qui ſeruum hunc ſpecialiter accipiendo pignori, ſatis indicauit hoc ipſo velle ſe ea potiſſimum ratione ſibi cautum eſſe. Quamquam illo etiam caſu fauore libertatis æquiſſimè conſtitutum eſt, vt ex illa voluntate & manumiſſione, licèt tum inutili, liber tandem fiat hic ſeruus, ſoluta quandocunque creditori pecunia, pro qua ſeruus fuerat pignori datus; vt ad Scæuolam eleganter Paulus notat *in l. pignori 26. D. qui & à quib. manumiſſ.* ſecundum quā diſtinctionem, accipiendum proculdubio eſt, quod ſcriptum eſt *in l 4 & · . in fraudem 27 §. pignori, eod tit* & ſupradictis aliis locis, qui negant ſeruum ſpecialiter pignori datum manumitti poſſe. Sicut & idem libertatis fauor effecit, vt directa libertas teſtamento data ſeruo pignorato, trahatur ad fideicommiſſariam, quaſi iuſſo hæredes vt pignus lueret: *leg. generaliter 24. § ſi quis ſeruo pignorato, de fideic. libert.* Nam poſt luitionem pignoris nulla cauſa ſupereſt impediendæ libertatis. Si tamen locus ille Triboniani non eſt potiùs, quàm Vlpiani, vt alibi ſcripſimus. Apparet autem ex ſuperioribus, erraſſe Hugonem Donellum *lib. 2. Comment. iur. ciuil. ca.* 13. vbi defendit, in obligatione non contineri ſeruum poſteà manumiſſum; quod non ſit veriſimile de illo obligando ſenſiſſe debitorem: *arg. l. obligatione, 6. ff. de pigno.* Nam imò verò generaliter obligatus dicitur *in d. l. generaliter, & in d. l. 2. C. de ſeruo pign. dat. manum.* Quid enim ſi manumiſſus ſit longo tempore poſt conſtitutam generalem pignoris obligationem? Quis credat debitorem non cogitaſſe de illo obligando, de quo manumittendo vtique tum non cogiaabat? aut quomodo pignoris obligatio ſemel vtiliter conſtituta, ex ſuperueniente manumittendi voluntate finietur? Facit *l. ſi quis obligatum 6. ff. qui ſin. manum.* etſi puto addita negatione legendum ibi, *non obligatum*: ſcilicet ſpecialiter, vt diximus *ad tit. de ingen. Princ.* 1. probaturque ex verbis illis ſequentibus, *licet bona omnia quis obligauerit.* Scribendum enim erat *dummodo bona omnia*: ad ſpecialem obligationem excludendam, ſi obligatum fuiſſe ſeruum Marcianus in præcedentibus ſcripſiſſet. Mirum autem non eſt, ſeruum, qui non niſi generaliter obligatus ſit, haberi pro non obligato: ſcilicet quoad hoc, vt perinde poſſit manumitti, ac ſi nullo modo eſſet obligatus. Alioquin plurium ſeruorum dominus, qui vel pro vno denario ſi voles bona ſua omnia generaliter obligaſſet, quantumuis locuples poneretur, ne vnum quidem ex ſeruis manumittere interim poſſet: quod iniquiſſimum certè eſſet, ac contra fauorem libertatis: *arg. l. Iulianus 6. in fin. ff. qui, & à quib. manu.* Denique non eſt indulgendum malitiæ creditoris, ſi prætextu generalis ſuæ conuentionis de pignore, velit impedire libertatem. Licèt dici ſoleat, creditoris arbitrio permitti ex pignoribus ſibi obligatis, quibus velit diſtractis ad ſuum commodum peruenire: *l. creditoris 8. ff. de diſtr. pignor.* Id enim ſicut in cæteris quoque cauſis perpetuum non eſt, *d. l. Moſchus 47. D. de iur. fiſc. d. l. 2. & Auth. hoc ſi debitor, C. de pign.* ita nec hîc obtinet, ne libertas tam facilè & ſine cauſa impediatur, data ab eo qui pleno iure dominus ſerui eſt, *d. l. generaliter*, & nullam creditori ſuo iniuriam facit. Ponimus enim & ſoluendo illum eſſe, & data quoque libertate non deſinere ſoluendo eſſe: *l. in fraudem 10 ff qui, & à quib. manum.* Obſeruandum autem eſt, ad impediendam ſerui obligati manumiſſionem, ſufficere vt ſpecialiter obligatus ſit, quamuis tacite tantum, non etiam expreſſim.

1. C de ſeruo pign. dat. manumiſſ.

De ſeruo pignoris obligato per generalem conuentionem pignoris bonorum omnium, cum clauſula Conſtituti.

Manumiſſio velut alienatio eſt.

l. ſi quis obligatum 6. ff. qui ſin. manumiſſ. emendata.

Digitized by Google

expreſſim. Poteſt enim fieri, vt ſeruus ſit & ſpecialiter & citra conuentionem obligatus, puta ſi à tutore comparatus ſit ex pecunia pupilli. Quæ ſpecies & ſententia eſt *l. pen. C. de ſeru pign. dat. manum.* Alioqui ex eo ſolo, quòd bona tutoris omnia obligata ſunt pupillo pro adminiſtratione, manumiſſio non impediretur, ſi tutor modò ſoluendo eſſet: *l. vlt. C. qui manum. non poſſ.* Sed & quod dicimus, ſeruos ex pecunia pupilli emptos manumitti non poſſe, ſic accipiendum eſt, vt tamen ſi manumiſſi ſint, liberi fiant ex ea manumiſſione, quandocunque præſtita pupillo indemnitate: *d. l. pignori 26. ff. qui, & a quibus manum.*

l. pen. C. de ſeru. pign. dat manum, l. vlt. C. qui man. non poſſ.

ILLATIO IV.

De manumiſſo per hæredem ſeruo, qui fuerat ſub conditione legatus.

QVartò ex eodem Principio fit, vt ſeruus ſub conditione legatus, quamuis interim pleno iure ſit hæredis, manumitti tamen non poſſit, *d. leg. generaliter 29. §. 1. eod.* Nam cùm exiſtens quandocunque conditio legati faciat, vt legatum ab initio purè relictum videatur, & conſequenter ſtatim ex die mortis teſtatoris, & recta via legatario acquiſitum: *l. cui via 11. §. 1. ff. quemadm. ſeru. amitt. l. & poſt litem 12. §. res quæ, ff. fam erciſc. l. fundum ſub conditione 81. de legat. 1. l. ſi fundum 105. De cond. & dem. iunct. leg. à Titio 64 ff. de furt.* apparet ex poſtfacto manumiſſum fuiſſe ab hærede ſeruum alienum, quia legatum ita facit rem legatam legatarij, vt hæreditas hæredis res ſingulas: *l. legatum 80. de leg. 2.* Et tamen libertas quæ ex manumiſſione competiiſſet, retractari nunquam poſſet, ex generali regula de qua diximus *ad Prin. 2. De iur. perſon. illa. 2.* In quo neceſſe eſt deteriorem conditionem eſſe libertatis hominis, quàm ſeruitutis realis interim ab hærede conſtitutæ; quia nec eadem eſſe poteſt, propter libertatis fauorem, qui non pateretur vt libertas ſemel competens vnquam intercideret (quomodo pendente legati conditione ſeruitus conſtituta finitur exiſtente quandoque conditione) nec melior, ne iniuria fiat legatario.

ILLATIO V.

De facta manumiſſione vnius ex pluribus ſeruis, quorum optio fuit legata alteri.

QVintò ex eodem Principio fit, vt ſi optio hominis data ſit, vel indiſtinctè homo legatus ſit, non poſſit hæres quoſdam ſeruos, vel omnes manumittendo, aut euertere, aut minuere ius electionis. Nam optione vel electione ſerui data, quodammodo ſinguli ſub conditione legati videntur, inquit Caius in *l. 4. ff. qui, & à quib. manum.* Nec ſimile eſt; quod ſeruum hæredis proprium à teſtatore pro ſuo iure legatum hæres iure manumittit: *§. ſi res legata 16. Inſt. de leg.* Id enim fit, quia verum eſt hæredem huius ſerui dominum eſſe, cùm non poſſit lex facere vt dominium ſerui, qui non fuit teſtatoris, tranſeat recta via à teſtatore in legatarium. Et quod dicitur perinde poſſe quem legatorem hæredis, vt ſuam propriam; adeò vt nec hoc caſu diſtinguendum ſit quomodo aliàs diſtingui ſolet, re aliena legata. An teſtator ſuam eſſe putauerit, an ſciuerit alienam? *l. vnum ex familia 67. §. ſi rem, de leg. 2.* non ita accipi debet, vt perinde vtroque caſu legatarius fiat dominus; ſed vt perinde obligetur hæres actione teſtamento ad præſtandum legatum. Cæterum ea perſonalis actio non impedit poteſtatem manumiſſionis factæ ab eo, qui verus, & ſolus, & pleno iure dominus fuit: ſicut nec manumiſſio illa liberat hæredem, quominus ad præſtandum ſerui pretium, eadem actione ex teſtamento poſt manumiſſionem quoque teneatur, ſiue legatum ſciuerit, ſiue ignorauerit: *d. §. ſi res legata, l. ſi quis inquilinos 112. §. 1. De legat. 1. l. ſi ſeruum 91. §. de illa. ff. de verb. oblig.* quia ſcientiæ, vel ignorantiæ eius nullam placuit hac parte admitti rationem: *leg. hæres 28. ff. qui & à quib. manum.* Atque ita certè accipiendum eſt quod *ibi* Paulus ait, hæredem nihil agere, manumittendo ſeruum proprium quem teſtator legauerat, non vti ne conferat ea manumiſſione libertatem, ſed vt non idcirco ſe liberet ab actione ex teſtamento contra eum danda, non pro ſeruo, ſed pro ſerui pretio.

ILLATIO VI.

De manumiſſione facta per reum criminis, ex quo poſſit ſequi publicatio.

SExtò ex eodem Principio fit, vt non ſolùm is qui crimen aliquod publicum admiſit, ex quo ſequi poſſit publicatio bonorum; ſed is etiã qui eiuſmodi criminis iam reus ſit, nondum tamen damnatus, manumittere iure poſſit, quoniam ante damnationẽ dominus eſt, ait Paulus in *l. quæſitum eſt an is, D. qui, & à quib. manum.* Nec rectè comparatur hic eis, qui ſeruum vel pignoratum, vel ſub conditione legatũ manumittunt, de quibus proximè diximus. Nam ſeruus ſpecialiter obligatus ideò manumitti non poteſt, quia vinculo pignoris tenetur, quod vel inuito, vel inſcio creditore cuius intereſt, diſſolui non poteſt. Quid autẽ tã contrarium libertati, quam vinculum, vt *ſupra* diximus *illat. 3.* Eius autem qui ſub conditione legatus eſt, manumiſſio ex eo impeditur, quòd exiſtente quandocunque conditione, à nõ domino facta reperiretur. At is qui reus criminis eſt, nõ ſolùm pleno iure dominus manet bonorum ſuorum omnium; ſed etiam ita dominus, vt quãuis poſteà condemnetur, non idcirco tamẽ dominus anteà non fuiſſe vnquã retrofingatur. Quid ergo eſt, quod ſummo & ſtricto iure poſſit impedire manumiſſionẽ? Ideò nimirum neceſſe fuit prouideri reſcripto Imp. Antonini ad Calpurniũ Critonẽ, vt ex eo tempore, quo quis propter facinorum ſuorum cogitationẽ iam de pœna ſua certus eſſe poterat, multò priùs conſcientia delictorum, quàm damnatione ius dandæ libertatis amiſiſſe intelligatur, vt Paulus refert *in d. l. quæſitum 15.* & Marcianus *in l. qui pœna 8. §. Diuus, de manumiſſ.* vbi quòd mentio fit legis Corneliæ, oſtendit nihil hac parte crimen læſæ maieſtatis à cæteris publicis criminibus differre. Quod autem ſequitur, *vel cùm futurum proſpiceret vt damnaretur,* licèt generale videatur, vt ad quẽlibet referri poſſit qui crimen admiſerit, tametſi nondum fuerit delatus; de iis tamen ſolis accipi debet, qui iam ſint rei, vt conſtat ex *d. l. quæſitum.* Nã nec quiſquã bene proſpicere poteſt futurũ, vt condemnetur, quantumlibet delicti conſcientia vrgatur, quandiu reus non eſt, cùm vel morte, vel

l. quæſitum eſt. ff. eod. tit. Qui & à quib. man.

temporis

Digitized by Google

temporis præſcriptione accuſationi ſubtrahi poſſit: *l. 3. l. pen. & vlt. C. ſi reus vel accuſ. mort. fuer. l. querela* 12. vbi not. *C. ad leg. Cornel. de falſ.* Sola excipiuntur iudicia Maieſtatis, & Repetundarum, quæ etiam mortuis reis, cum quibus nihil actum eſt, adhuc exerceri placuit, vt bona fiſco vindicentur; ob idque ex Seueri & Antonini reſcripto priuilegium meruerunt, vt ex quo quis aliquod ex his cauſis crimen contraxit, nihil ex bonis ſuis alienare, nec quemquam ex ſeruis manumittere poſſit: *l. ex iudiciorum* 20. *D. de accuſat. l. 2. & pen. ff. ad leg. Iul. repetund.* Cæterùm prohibendæ manumiſſionis pendente reatu cuiuſcunque criminis publici cauſa illa fuit, quod in fraudem futuræ condemnationis, id eſt pœnæ per legem indictæ huiuſmodi manumiſſio fieri videatur; vt non obſcurè innuit *d. l. qui pæna.* Quam in rem tamen videnda ſunt, quæ ſcripſimus *ad l. poſt contractum*, 15. *D. de donat. lib. 7. Coniect.*

ILLATIO VII.

De lege Ælia Sentia, & de manumiſſione facta in fraudem creditorum.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt neceſſaria fuerit lex Ælia Sentia, ad impediendum ne quis poſſit manumittere in fraudem creditorum, id eſt ſi vel iam ſoluendo non ſit ante datas libertates; vel futurum ſit, vt datis iis, deſinat eſſe ſoluendo: *d. l. in fraudem* 10 *ff. qui, & à quib. manum.* & dicemus latius *tit. ſeq.* Nam cùm nemo, ob id ſolum quod habet creditores præſertim chirographarios tantùm, deſinat eſſe dominus rerum ſuarum, ob idque liberam habeat earum alienationem: *l. 2. ff. ſi à parent. quis manum. fuer.* adeò vt etiamſi in fraudem creditorum facta ſit alienatio, colludente acquiſitore, non idcirco tamen nulla fit & irrita, ſed reuocanda per actionem prætoriam, ex edicto *de his quæ in frau. cre* quàm ideò *reuocatoriam* appellamus, *l. 1. & tot. tit. quæ in fraud. credit. D. & C.* conſequens eſt vt multo magis valitura eſſet manumiſſio, ni lex Ælia obſtaret, per quam prouideri neceſſe fuit, vt ab initio impediretur manumiſſio, cùm illud induci non poſſet, vt libertas quæ ſemel competiiſſet reuocari deberet, vt ſæpiùs iam diximus.

l. in fraudem 10. D qui, & à quib. man. l. 2. ff ſi à parent. quis manum. fit. Tit. quæ in fraud. cred. D. & C.

ILLATIO VIII.

De prohibita minori annis viginti per legem Æliam Sentiam manumiſſione.

OCtauo ex eodem Principio fit, vt eadem lege Ælia Sentia prohibendum fuerit minori viginti annis, ne manumittere poſſet etiam citra fraudem creditorum, cùm alioqui manumiſſio, tanquam à vero domino facta, non poſſet non valere: *l. 1. ff. de manumiſſ.* Digna enim res viſa eſt libertas, quæ non niſi iuſtiſſima ratione certóque indicio tribueretur. Tantique momenti eſt, vt ob hoc ipſum, ſicut alias fauorabilior, & melioris conditionis eſſe ſolet quàm res cæteræ, ita hac parte ſit deterioris; quia de cæteris rebus omnibus poteſt quilibet ciuis Romanus liberè teſtari, poſt impletum annum ætatis quartum decimum, *l. à qua ætate 5. ff. qui teſt. fac. poſſ.* ac multo magis inter viuos, ſaltem

l. 1. D de manumiſſ.

cum authoritate curatoris, ante orationem Seueri, de qua *in l. 1. ff. de reb. eor. qui ſub tutel.* vt dicemus latius *ad tit. ſeq.*

ILLATIO IX.

De acquirenda libertate citra manumiſſionem.

NOnò ex eodem Principio fit, vt è contrario legum & conſtitutionum auxilio opus fuerit ad hoc, vt ſine manumiſſione poſſet quis ad libertatem peruenire; iis nimirum caſibus, in quibus placuit non eſſe neceſſariam manumiſſionem. De quibus *in tit. D. qui ſin. manumiſſ. ad libert. peruen.* Et *C. pro quib. cauſ. ſerui pro præm. libert. accip.* Quomodo enim fieri poſſet, vt quis liber fieret niſi per manumiſſionem eius, in cuius manu eſſet? Ii verò caſus quinam ſint, & quomodo intelligendi, iam diximus *ad Tit. de ingen. Princip. 1.* etſi locus hic ad eum tractatum accommodatior videbatur. Omnibus tamen commune illud eſt, vt non tantùm poteſtate iuris, ſed etiam voluntate & facto domini manumiſſus intelligatur, quiſquis citra manumiſſionem pro libero, & vt melius dicam pro manumiſſo habetur; ſiue quòd conuentioni cùm priore domino initæ ſatisfactum non fuerit, ſiue ob noui domini delictum: *l. ſi mancipium* 34. *ff. de euict.* licèt hoc caſu non fiat libertus domini; qui deliquit; ſed prioris venditoris, qui eam legem dixerat, aduerſus quam delictum admiſſum eſt: vt *in l. ſed ſi hac lege 10. §. 1. ff. de in ius vocand. l. Diuus Veſpaſianus 7. ff. de iur. patron.* Sanè cùm pro præmio lex dat libertatem, quia vtitur iure ſuo, & de priuati bonis diſponit, tanquam quæ ipſa ſit & perſonarum, & bonorum omnium domina ac regina, nulla indiget fictione, vt factum hominis, tacitáque manumiſſio interueniſſe intelligatur; ſed tamen ne quid emergat iniqui, iubet lex pretium hoc caſu ſolui domino, vt de publicæ vtilitatis bono nihil per priuatam iniuriam detrahatur: *l. 2. C. pro quib. cauſ. ſerui pro præm. libert. accip.*

Tit. ff qui ſin. manu. ad libert. peruen. Tit. C pro quib. cauſ ſerui pro præm. libert. accip.

ILLATIO X.

De tacita manumiſſione, quæ proſit etiam ad tribuendam ingenuitatem.

DEcimò, ex eodem Principio fit, vt ſi ſeruus ſciente domino mereatur militiam, aut quamlibet dignitatem adiſpicatur, repente ab imperio liberetur, & in ipſam rapiatur ingenuitatem; quomodo loquitur Iuſtin. *in princip. Nouell.* 81. cui tit. eſt. *Conſtit. quæ dignit. & Epiſcop. fil. liber. patr. pot.* quaſi tacita illa manumiſſio dicenda ſit, inducendáque ex ſola ſcientia domini: quem ita puniri debere viſum eſt; ideo fortaſſe, ne alioqui quorundam dominorum nimia erga ſeruos indulgentia inquinaret ordinem militarem, aut alterius cuiuſlibet dignitatis autoritatem: *arg. l. 1. ff. de colluſ. deteg.* Quò ferè pertinet quod ſcribit Papin. *in l. operis 43. de oper. libert.* operis obligatum militiæ nomen non ſine iniuria patroni dare poſſe. Quamquam non ita hoc accipiendum eſt, vt ob eam cauſam nomen militiæ dare prohibeatur; ſed ſic potiùs, vt ſi dederit, operæ intercidant, in eóque damnum patronus patiatur, quemadmodum & ſi ad eam dignitatem libertus perueniret;

l. operis 4. de oper. lib.

Digitized by Google

vt inconueniens eſſet præſtari operas patrono, ipſo iure operæ interciderent: *l. interdum 34. in fin. eod.* quia cùm libertus ſit liber, non eſt prohibendus quo minùs & militiæ nomen det, & dignitates adipiſcatur, præſertim cùm boni quoque publici fauor in eo verſetur. Quod in ſeruo diuerſum eſt. Non poteſt tamen militia facere, quominùs ingratus in ſeruitutem reuocetur: *l. vlt. C. de libert. & eor. liber.*

PRINCIPIVM II.

De libertinorum definitione.

l. libertini 6. ff. de ſtat. homin.

Libertini ſunt, qui ex iuſta ſeruitute manumiſſi ſunt: l. libertini 6 ff. de ſtat. homin. Iuſtam verò ſeruitutem intelligo, quæ faciat vt ante manumiſſionem, iure ac verè ſeruus fuerit is, qui manumiſſus eſt. Iure, inquam, aut gentium, aut ciuili. Nam ſi fuerit tantùm in ſeruitute, id eſt in ſeruitutis poſſeſſione, ac pro ſeruo habitus, quemadmodum explicauimus ad *Princip. 4. ſup. tit. prox.* ſicuti non eo minùs ingenuus eſſe & manere intelligitur, ita nec per manumiſſionem libertinus fieri poteſt. Denique talem manumiſſionem eſſe neceſſe eſt, per quam liber fiat is, qui antè ſeruus fuit. Ob eamque cauſam, manumiſſionem quoque iuſtam eſſe oportet, id eſt non tantùm voluntate manumittentis, ſed etiam iuris auxilio & poteſtate munitam. Alioqui non poteſt ex manumiſſione libertinus fieri, qui ſeruus manet. Finge manumiſſum quem eſſe contra legem Æliam Sentiam, id eſt ab eo qui ſoluendo non erat, aut à minore annis viginti: Non erit libertinus qui non eſt liber. Finge coactum fuiſſe dominum per ſeruum ad manumiſſionem, dominúmque perterritum ſcripſiſſe liberum eum eſſe: Non poteſt videri dediſſe libertatem is, qui liber ipſe, vt ita dicam, non fuit; id eſt qui liberum dandæ, vel denegandæ libertatis arbitrium non habuit: *l. ille ſeruus 9. ff. qui, & à quib. manum.* Idemque iuris eſt, ſi priuatus coactus à populo manumiſerit. Quamuis enim voluntatem ſuam accommodauerit, quia tamen non liberè, ſed coactè fecit, neque liber fiet hic ſeruus, neque conſequenter libertinus. Nam & Diuus Marcus prohibuit, & eo auctore ampliſſimus Ordo cenſuit, ne quis ex acclamatione populi, & in ſpectaculo quod edatur, actorem ſuum, alienúmve ſeruum manumitteret; ac vt ſi factum id eſſet, pro infecto haberetur: *l. ſi priuatus 17. eod.* iunct. *l. 3. C. qui manum. non poſſ.* Idem eſt, ſi mentitus dominus, ſeruum ſuum dixerit eſſe liberum, ne à Magiſtratibus caſtigaretur. Mentitus autem videtur, non hoc ipſo quod liberum hunc eſſe dixit, qui in eum vſque diem ſeruus fuit; ſed ita demum, ſi non habuerit voluntatem manumittendi: Alioqui non mentitur dicens liberum eum, qui iam ſeruus non eſt, cùm hoc ipſo faciat eum liberum, ſi animum habeat dandæ libertatis: *d. leg. ſi priuatus §. 1. ff. qui, & à quib. manum.*

d. l. ſi priuatus. §. 1.

Iuſtam ergo manumiſſionem eſſe, ac præcedere iuſtam ſeruitutem oportet, vt ex ſeruo fiat quis libertinus. An autem iuſta, an iniuſta ſit manumiſſio, néc ne, tunc tantùm diſtinguimus, cùm de expreſſa manumiſſione tractamus. Tacita enim, non poteſt iuſta non eſſe, cùm ſola legis poteſtate inducatur, ob idque tacita appellctur: Sicut è contrario vt tacita manumiſſio inducatur, non ſufficit iuſtam eius inducendæ cauſam ſubeſſe, niſi iuris quoque authoritas accedat. Finge ſeruum in capitali cauſa fortunæ iudicio commiſſum à domino fuiſſe, néc defenſum, ſed quaſi habitum pro derelicto. An non tam iuſta cauſa eſt, vt huic libertatem competere dicamus, quàm ſi eum dominus ob grauem infirmitatem pro derelicto habuiſſet? vt in *l. 2. ff. qui ſin. manum. ad liber. peruen.* Et tamen placuit, hunc quamuis abſolutum non idcirco fieri liberum: *d. l. ille ſeruus 9. §. 1 ff. qui, & à quib. manumiſſ. l. ſeruus 13. ff. de ſta. ho.* quia nulla de eo lex lata eſt. Et reuera non habetur pro derelicto: *l. ſciendum 9 ff. de publ. iud.* licet tantò magis impius ſit dominus, qui non habens ſeruum pro derelicto, nolit eum in capitali iudicio defendere; quanto durius eſt per carnificem, quàm naturaliter mortem obire.

ILLATIO I.

De manumiſſione illius, qui cùm liber eſſet, paſſus eſt ſe venundari ad pretium participandum.

l. homo liber 21. ff. de ſtat. homin.

Ex hoc Principio illud fit, quod Modeſtinus ſcribit in *l. homo liber 21. ff. de ſta. ho.* hominem liberum qui ſe vendidit, ſcilicet ad pretium participandum, ſi poſteà manumiſſus ſit, non reuerti ad priſtinum ſtatum quo ſe abdicauit, ſed effici libertinæ conditionis. Nimirum quia verè, ac iure ciuili ſeruus aliquando fuit.

ILLATIO II.

De ingenuo manumiſſo.

Secundò eo eodem Principio fit, quod diximus *ad tit. præcedentem*, Natalibus ingenuis non officere inutilem manumiſſionem. Non enim quælibet manumiſſio facit libertinum, ſed ea demùm, quam iuſta ſeruitus præceſſit.

ILLATIO III.

De nomine Libertorum, & Libertinorum; & in quo differant.

Tertiò ex eodem Principio fit, vt non alij libertini dici poſſint, quàm illi ipſi, qui manumiſſi ſunt, qui & liberti appellantur. Ita vt nulla differentia ſit inter libertum, & libertinum. Nam & qui ex liberto naſcitur, dummodo ex matre, quæ aliquo inſtanti ab ipſo momento conceptionis fuerit libera, non ſolùm liber eſt, ſed etiam ingenuus, nec magis libertinus, quàm libertus dici poteſt; vt non malè hic Bart. diſputat contra Grammaticos ſui temporis, qui libertum definiebant eum, qui eſſet ipſe manumiſſus; libertinum verò, qui ex liberto natus fuiſſet. Nos iam ſatis multa de hoc ſcripſimus *ad ti. præcedentem.* Sanè ſi quid inter libertum & libertinum intereſt, hoc vnum eſt, quod *libertum eſſe*, qualitas perſonæ eſt, & quidem qualitas correlatiua, dicitur enim libertus ex comparatione patroni. *Eſſe* verò *libertinũ*, qualitas eſt non tam perſonæ, quàm conditionis. Ipſã enim cõditionẽ eius, qui per manumiſſionẽ ex ſeruo liber, liberti[us]que factus eſt, libertinitatẽ appellamus, oppoſitã ingenuitati, ex qua ſicut

ingenui

Digitized by Google

Ingenui nomen ſumpſerunt , ita & ex libertinitate, libertini. Denique ſi quis ex iuſta ſeruitute ita manumiſſus ſit , vt tamen nullius libertus dici poſſit , putà ſi ancilla contra legem venditionis proſtituta ſit ab ipſo venditore : *l. ſed ſi hac lege* 10. *§.* 1. *de in ius vocan.* aut ſi necem domini ſeruus detexerit, *l. ſi necem* 4. *ff. de bon. liber.* non erit quidem libertus qui patronum nullum habet , ſed tamen non eo minùs erit libertinus, qui vtique dici ingenuus non poteſt , cùm aliquando fuerit ſeruus. Sicut enim ſumma hominũ diuiſio illa eſt, vt alij ſint liberi, alij ſerui. Sic & liberorũ, quotquot ſunt, vt alij ſint ingenui, alij libertini ; *l. & ſeruorum* 5. *ff. de ſta. ho.* vbi obſeruandum eſt , non ſic loqui Marcianum , vt dicat liberorum hominum alios eſſe ingenuos , alios libertos , quæ manca & imperfecta diuiſio eſſet; ſed alios ingenuos , alios libertinos. Denique libertinæ conditionis hominum filij , ab ipſis hominibus libertinæ conditionis ſeparantur : *in l. vlt. C. de liberi. & eor. liber.* vt appareat non eſſe illos libertinos.

l. homo liber 2. *ff. de ſta. homin.*

ILLATIO IV.

De manumiſſis in ſeruitutem non reuocandis.

QVartò ex eodem Principio fit, vt qui ex iuſta ſeruitute manumiſſi libertatem conſecuti ſunt, liberum vbi voluerint commorandi arbitrium habeant, nec à patronis, aut patronorum filiis reuocari poſſint in ſeruitutem , niſi probentur ingrati: *l. penul. C. de oper. libert.* Qui enim ſeruum ſuum manumittit , abdicat à ſe ius omne quod antea in eum habuit , excepto ſolo iure patronatus , plenéque fit liber is qui manumittitur. Species autem ſeruitutis eſſet , iuſque libertatis infringeretur, ſi in certo loco domicilium collocare inuitus libertus cogeretur: *l. Titio centum* 71. *§.* 2. *ff. de condit. & demonſt.* aut ſi maneat perpetuò expoſitus metui amittendæ ad patroni nutum libertatis: *l.* 1. *§. quæ onerandæ, l. vlt. in fin. ff. quar. rer. act. non dat. l.* 2. *l. is qui onerandæ , ff. de oper. libert.* quibus locis , & aliis pleriſque ſimilibus ſcriptum eſt, nihil valere , & ſine effectu eſſe quicquid fit onerandæ libertatis cauſa.

leg. 2. *l. is qui onerandæ ff. de oper. lib.*

ILLATIO V.

De iuribus, quæ habent liberti communia cum cæteris hominibus liberis.

QVintò, ex eodem Principio fit , vt libertus eadem iura omnia habeat , quæ cæteri homines liberi , & ciues Romani habent , quoties nimirum ciuitas cum libertate obtingit , ſecundum ea quæ *in ſequentibus* dicemus. Eiuſmodi illud eſt , quod per patronum à licita negotiatione prohiberi non poteſt: *l.* 1. *ff. de iur. patron.* dum nec patronus ex ea negotiatione damnum paſſurus ſit , vt in ſpecie *l. quæro* 18. *eod. l. libertus* 45. *De oper. libert.* Item quod neque à patrono , neque à patroni filio & hærede iniuria afficiendus eſt: *l. eum qui patronos* 6. *C. de iniur.* Item quod pro patrono conueniri non debet: *l. vlt. C. ne fil. pro patr.* Item quod operas non debet, niſi impoſitas ab ipſo patrono : nullis impoſitis , conſuetum potiùs obſequium , quam ſeruile miniſterium exhibeto : neque vincula perpeti debet: *l. libertus* 6. *C. de obſeq. patron.* Impoſitas autem operas patrono quidem debet, ſed patroni filiis nihil niſi reuerentiam : *l. pen. C. de oper. libert.* Item quod poteſt eſſe adſeſſor, *l.* 2. *ff. de off. adſeſſ.* vt & poſtulare , *l.* 1. *C. de poſtul.* & adrogari, *l.* 3. *l. in adoptionem* 8. *C. de adopt.* Patriam poteſtatem in liberos ſuos legitimos exercere poteſt, *l. libertus* 8. *C. de patr. poteſt l. filium* 7. *C. de ſuis & leg.* & conſequenter , aut potiùs in neceſſarium antecedens legitimas nuptias contrahere , *d. l. filium.* Denique poſſunt liberti omnia propemodum facere , quæ ingenui ; niſi quatenus per eam reuerentiam quam patrono debent prohibentur : vt putà ſi quid facere velint , quod in patroni dedecus , aut diſpendium vertat , vt mox dicemus. Iunge *Nouel.* 78. *c.* 1. *&* 2.

ILLATIO VI.

De libertate quam dat manumiſſor, quænam, & qualis illa ſit.

SExtò , ex eodem Principio fit , vt appareat ridiculam eſſe quæſtionem illam , quæ tam malè habuit Accurſium , Bartolum , & alios Interpretes noſtros *ad hunc titulum* , An qui manumittit, eam libertatem det , quæ ſit ſua , an eam quæ ſit aliena. Nam ſi dat ſuam , inquiunt ? Ergo fit ipſe ſeruus : ſin alienam , Ergo nihil agit, quia dat quod non habet. Ego verò dico dationem hanc libertatis , nihil aliud eſſe quàm miſſionem è domini manu & poteſtate , vt ex vtraque iſta & libertinorum , & manumiſſionis definitione apparet : ac proinde non eſſe alienationem libertatis ; quo ſenſu procederet obiectio: ſed tantùm remiſſionem eius iuris & dominij, quod habebat dominus in ſeruum , qua remiſſione facta per eum actum quem lex adprobet, id eſt non nuda voluntate (nemo enim ſolo animo dominium ſuum amittere poteſt, *l. ſi quis vi.* 17. *§. differentia , ff. de acqu. poſſeſſ.* niſi cùm habet quid pro derelicto, quod hîc non contingit: *l* 1. 2. *& tot. ti. ff. pro derelict.*) ſed per legitimam manumiſſionem ſiue inter viuos , ſiue in vltima voluntate factam ; quid ſupereſt niſi vt talis ſeruus ſit, quales à natura ſunt homines omnes , id eſt liber ? Nam cùm libertas non ab homine ſit , ſed ab ipſa natura , vt ex eius definitione conſtat ; tolle ſeruitutem , hoc ipſo dederis libertatem. Atqui ſeruitus , nihil niſi priuatio libertatis eſt , totáque ex eo exiſtimatur , quod is qui alioqui naturaliter liber eſſet , ac ſui iuris, alieno iuri & dominio & poteſtati contra naturam ſubiicitur : vt ipſa etiam ſeruitutis diffinitio probat. Ea porrò ſubiectio iure gentium inducta primùm fuit ex eo, quod qui in bello ab hoſtibus vincebantur, nec occidebantur, manu capiebantur, vnde & mancipia dicta , quemadmodum ſuo loco tradidimus: Ergo, vt vnum quodque diſſoluatur eo modo quo colligatum eſt , ſecundum vulgarem & naturalem iuris regulam, *l nihil tam naturale* 35. *De regul. iur. l. prout* 80 *de ſolut.* dare, aut vt meliùs loquar, reddere libertatem, id vnum eſt, de manu tua emittere , quod manu ceperas: quemadmodum libertatem captæ aui reſtitueres, ſi eam è tua manu euolare patereris; nec idcirco tamen dici poſſes quicquam ei dediſſe , quod tuum eſſet.

Manumiſſio non eſt libertatis alienatio, ſed datio.

ILLATIO VII.

De Talliabilibus noſtri temporis, quòd non ſint comparandi libertinis.

SEptimò, ex eodem Principio fit, vt id hominum genus, quos ætate noſtra pleriſque locis tam multos eſſe videmus, *Talliabiles*, vt vocant, & *Manuſmortua*, inter libertinos vulgò à pleriſque pragmaticis malè cenſeatur. Nam ſi libertinus ille demum eſt, qui iuſta ſeruitute manumiſſus eſt, quomodo libertini poſſunt qui nec vnquam ſerui fuerunt, nec vnquam manumiſſi? Imò verò ex pleniſſima non ſolùm libertate, ſed etiam ingenuitate rapiuntur ſe in hanc conditionem, qui talliabiles fiunt, ſiue fiant per expreſſam conuentionem, vt apud nos; ſiue per tacitam, vt in Burgunda, & aliis nonnullis Galliæ locis, in quibus ſufficit, quòd per annum & diem quis *in manſo*, vt vocant, *talliabili* habitauerit; at hoc vt & ipſe talliabilis fiat. Pragmaticos noſtros illud decepit, quod vident huiuſmodi talliabilium eandem ferè conditionem eſſe, quæ olim fuit eorum libertinorum, qui Latinam duntaxat libertatem acceperant. Nam cùm olim triplex ſtatus eſſet libertinorum, vt Iuſtin. *in hoc tit.* refert; *Primus* eorum, qui pleniſſimam & Romanam libertatem meruiſſent, *Alius* eorum, qui omnium minimam & peſſimam, qui *Dedititij* dicebantur, quos placebat neque teſtamentum facere, neque ex teſtamento capere quicquam poſſe, nullaque ratione ad ciuitatem perduci, vt teſtatur Caius in *Inſt. lib.* 1. *tit.* 1. *§.* 4. *&* 5. & Vlp. *in Titulis tit.* 1. *§.* 11. *&* 14. *& tit.* 21. *§.* 1. Media fuit conditio Latinorum, qui ex manumiſſione talem libertatem conſequebantur, vt viuerent quidem liberi, ſed tamen morerentur ſerui, & in ipſo inſtanti mortis, non ſolùm in mortem eriperentur, ſed etiam in ſeruitutem, vt Iuſtin. loquitur *in l. vnic. verſ. quis enim patiatur, & §. illud etiam ſatis acerbum, C. de latin. libert. tollend.* Noſtri autem Talliabiles eo iure vtuntur, vt quamuis viuant liberi, & ex teſtamento cuiuſlibet capere poſſint, nec niſi promiſſas operas, conuentáque obſequia iis debeant, quorum talliabiles ſunt: teſtamentum tamen niſi inter ſuos facere nequeant, id eſt inter deſcendentes ſuos, vel agnatos, cum quibus habeant communionem bonorum: quibus omnibus deficientibus, ſuccedit iis dominus ſuo iure; nec patitur vt ab inteſtato magis quàm ex teſtamento hæredem habere poſſint, ne quidem patrem, aut matrem; Idque non ſolùm in iis bonis, quæ ab ipſo domino, eiúſve maioribus aliquando profecta ſint, quod eſſet tolerabilius; ſed in cæteris etiam ex talliabilis hominis induſtria acquiſitis. Quod ius conſuetudine ſola introductum, eam originis ſuæ rationem habuiſſe videtur, quod cùm pleriſque locis tam inæqualiter diſtincta eſſent rerum dominia, vt quidam colendis, exercendiſque prædiis ſuis ſupereſſe non poſſent; alij verò non haberent quod colerent, aut vnde viuerent, in eo eſſent vt fame perituri viderentur, ſi non iis ditiorum liberalitas ſubueniret; Viſum eſt poſſe, & publicè, & vtriſque priuatim ita conſuli, ſi ditiores egentibus darent ex fundis ſuis tot excolendos perpetuæ emphyteuſis iure, vt ex eorum fructibus, quos poſſeſſoris induſtria eli[illegible], poſſet ille ſibi, ſuiſque victum quærere [illegible] adeòque ſi quid ſupereſſet ex eo, alia bona, propriúmque patrimonium ſibi comparare; hac tamen lege, vt ſi quando & poſſeſſorem hunc, & emphyteutam veriùs quàm colonum, eiuſve liberos tandem aliquando ſine liberis mori contingeret, bona ipſius, aut vltimi liberorum decedentis, omnia ad priorem dominum eiúſve ſucceſſores pertinerent. Nec ea tantùm, quæ ab ipſo primum profecta eſſent, ſed illa etiam quæ aliunde parta eſſent, tanquam ex illius re, licèt per poſſeſſoris induſtriam acquiſita. Cur enim hanc legem & conditionem recuſaſſet miſer homo, alioquin fortaſſis fame cum liberis ſuis periturus? Aut quid aliud curare debebat, quam vt ſibi, ſuiſque, quandiu eorum vel vnus eſſet, abundè cautum foret? quamuis inde futurum eſſet, vt ei qui ex ipſis vltimus decederet, teſtandi facultas nulla ſupereſſet? Quid rursù æquius, quàm ſeruari pacta omnia, de quibus bona fide conuenerit inter dominum res ſuas tradentem, & accipientem? ac ſine quibus non fuerat ille traditurus aut aliter contracturus: *l. vlt. C. de pact. int. empt. & vendit. l. in traditionibus* 48. *ff. de pact. l. venditor* 13. *ff. commun. præd.* Denique quis neſcit, quàm inutilis & inanis eſſe ſoleat induſtria hominis, ſi neque habeat hominem, qui, vt dici ſolet, mittat in piſcinam: neque bonorum quidquam, in quo adminiſtrando & ad augendo induſtriam exercere poſſit? Eſt nam vera & perpetua illa Philoſophorum traditio, *Ex nihilo naturaliter fieri nihil.* Quæ omnia ſi quis attentiùs conſideret, fatebitur vtique non eſſe tam odioſas huiuſmodi leges talliabilitatis, quàm vulgò exiſtimantur. De quo nos plura ſcripſimus, & omnia ferè quæ ad hanc hominum conditionem pertinent, *in Codice Fabriano.* Vtcunque ſit, ne ab inſtituto tractatu longiùs decremus, non poſſunt iſti dici libertini, neque Latinorum veterum exemplo, neque alia vlla ratione, cùm ex iuſta ſeruitute nunquam fuerint manumiſſi: etſi maximè verum eſſet, viuere illos liberos, & mori ſeruos. De illo potiùs dubitari poteſt, an ſerui dicendi ſint? Accedunt enim proximè ad conditionem adſcriptitiorum, de quibus *in l. cùm ſcimus* 22. *& tot. tit. C. de agricol. & cenſit. & colon. lib.* 11. *tit.* 47. Adſcriptitios autem ſi non omnino, & abſolutè ſerui dicendi ſunt, vt probatur non malè ex *§. adſcriptitios. Nou. de ſanct. Epiſcop.* aliquo modo tamen ſeruos eſſe negari non poteſt, cùm & ſerui plerumque, ipſi, & dominum habere dicantur, vt contra Bart. & veteres Interpretes diſputat Hugo Donell. *lib.* 2. *Comment. iur. ciuil. tit.* 9. *in fin. l. vlt. C. de agric. & cenſi.* in iis verbis, *habere poteſtatem dominum eius.* Etſi poteſt dici non tam dominum perſonæ illum eſſe, qui dominus dicitur, quàm dominum terræ. Per conſequentias verò eſſe dominum hominis, qui terræ ita inhæreat, vt ipſius terræ membrum exiſtimetur, quomodo Iuſt. loquitur *in d. l. cùm ſcimus & l. cùm ſatis, in princ. eod.* Inde namque dicuntur iſti adſcriptitij, quòd adſcripti ſint, addicti, & vt ita dicam, affixi glebæ, itemque cenſiti: *l. quemadmodum* 7. *eod.* id eſt cenſibus adſcripti, *l. colonos* 18. *eod.* aut adugtati, *l. quiſquis* 16. *C. de Epiſc. & Cur.* quòd eſſent in conſenſu eius loci id eſt in iis, quæ de illo loco in cenſum publicum referebantur. Vnde & qui eam conditionem exuere volunt dicuntur vindicare ſibi libertatem; & inuitis vel inſciis dominis, id aſſequi tentant, ſeruis fugitiuis comparantur, & ſeſe diutinis inſidiis furati intelliguntur, vt ait *d. l. cùm ſatis.* Eſſe tamen

eos

Talliabiles nec ſerui vnquam fuerunt, nec vnquam manumiſſi.

De cauſa & origine talliabilium, & conſuetudinis, quæ de iis apud nos obtinet.

Viuere quem liberum, & mori ſeruum.

De adſcriptitiis, & cenſitis, & cur ita dicantur.

Digitized by Google

eos verè liberos non ſeruos, ſi propriè & ſtrictè è ſeruorum nomen accipiatur, conſtat apertiſſimè ex *d.l.cùm ſatis, §.1. verſic. ſancimus liberos colonorum eſſe quidem in perpetuum ſecundum præfatam legem liberos: nos autem habere licentiam relicto ſuo rure ad aliud migrare.* Vt proinde fatendum ſit, eſſe quidem illos liberos; ſed tamen iis legibus, tamque duris conditionibus obſtrictam eſſe illorum libertatem, vt propemodum ſerui videantur. Denique fatendum eſt, eos non habere pleniſſimam libertatem, ac multò deterioris fortunæ & conditionis eſſe, quàm ſint cæteri qui ſunt liberi. Idem de Talliabilibus noſtris tractari poteſt, quos equidem liberos eſſe, & manere, adeóque ingenuos, negari non poteſt; (quidni enim erunt ingenui, qui nunquam ſerui fuerunt?) Sed tamen ea libertatis ſpecie, quæ plena & abſoluta libertas dici nequeat, propter eas conditiones, duras ſanè, ac plerumque impias, inhumanas & Chriſtiana Religione parum dignas, quibus obſtricta eſt. Quare non ſine cauſa protrahunt noſtri ad hoc hominum genus multa, legibus noſtris non tantum quod ad cenſitos & adſcriptitios, ſed etiam quod ad ſeruos conſtituta. Quale inter cætera illud eſt, vt nemo ſe propria confeſſione talliabilem conſtituere poſſit, ſi non aliud probationis adminiculum accedat, quod de reſcriptitiis traditum eſt *in d.l.cùm ſcimus* ſicut & iam olim de ſeruis *l.nec ſi volens 6.l.liberos 39.C.de lib. cauſ.* In eo autem maximè talliabilitas ſeruituti comparatur, quod vtraque odioſa eſt: cum hac parte parum referat an hominis libertas nulla ſit, an verò minus plena & perfecta. Ea namque libertas fauorabilis eſt, quæ eſt naturalis. Ergo quæ plena eſt, perfecta & abſoluta. Atqui naturaliter omnes homines plenè & perfectè & abſolutè liberi, non his aut illis conditionibus obſtricti, quæ licèt à iuſtis conuentionibus initium ſumpſerint, ideóque nec improbandæ ſint, ſi de iis benè conſtet, vt ſuprà diſputauimus: ſunt tamen contra naturam, hoc ipſo quod pleniſſimam illam libertatem minuũt & infringunt, quam omnibus parem & æqualem natura dedit: ob idque in dubio contra eas pro pleniſſima libertate & præſumendum, & pronuntiandum eſt. Sic in quæſtione De iure libertinitatis & ingenuitatis, magis fauemus ingenuitati; quia quamuis vtroque caſu perinde liber ſit is, de cuius ſtatu quæritur, pleniore tamen libertate, ac multo meliore conditione fruitur, qui ingenuus, quam qui libertinus eſt. Hac denique ratione Iuſtinianus noſter, abrogata & antiquata illa dedititia primum, deinde latina libertate, *Tit. C. de dedit. libert. toll. & de latin. liber. tollend.* conſtituit, vt hodie libertorum omnium vna, eadémque conditio ſit, id eſt vt omnes Romanam, id eſt pleniſſimam libertatem & cum libertate ciuitatem conſeruatur, omnia denique præterquam ingenuitatem, quam ſcilicet cùm à natura, non à manumiſſionis, aut legis beneficio pendeat, non potuit Iuſtinianus dare iis, qui in ſeruitute nati eſſent, & in quos ſalua patronatus iura conſeruari, non tantùm patronorum intereſſet, verùm etiam publicè, & ipſorum quoque ſeruorum, ne alioqui nullo patronatus commodo inuitati domini, à manumittendis ſeruis reuocarentur. Vt concludam vno verbo, Sicut in eo conueniunt talliabiles noſtri têporis cum antiquis illis libertis & latinis, & dedititiis, & Romanis, quod liberi ſunt, nõ ſerui; licèt pleniſſima libertate non fruantur; quæ potiùs ingenuitas dicenda eſſet: Ita in eo tantum

Cur magis fauemus ingenuitati, quam libertinitati: cùm libertini ſint æquè liberi.

differunt, quod in antiquis illis libertis veſtiggia erant ſeruitutis, bene quidem aliquando conſtitutæ ſed etiam præteritæ. In noſtris verò talliabilibus, initia potiùs & incunabula quædam ſunt ſeruitutis, licèt talis quæ adoleſcere, tandémque conſtitui nunquam poſſit, vt & in cenſitis, & in adſcriptitiis vſuveniebat. Porrò quemadmodum nemo in eo ſtatu eſt, vnde, aut quò progreditur; ita nec in illo vnde, aut quò regreditur, & contrà: quia medium, quod inter duo extrema eſt, ab vtroque extremo re ipſa diſtinctum eſſe neceſſe eſt. Propter quam cauſam illud etiam defendi non malè poteſt, talliabiles noſtri temporis, ſiue ij ipſi ſint, qui talliabilitatis conditionem iuſta conuentione contraxerunt, ſiue eorum liberi, minùs propriè ingenuos dici, quia tametſi naſcantur liberi, perinde tamen ſeruitutis vmbram & imaginem quandam retinent, tanquam ea conditione affecti, quæ vergat ad ſeruitutẽ, ac ſi è ſeruitute per manumiſſionem emerſiſſent. Denique plenè & abſolutè liberos eſſe oportet omnes eos, qui ingenuorum nomen mereantur ex noſtris legibus quibus ſcilicet prorſus incognita fuit, noua iſta hominum conditio, quæ non tam veſtigium, quàm initium vt dixi, & inditium habeat ſeruitutis.

Nemo in eo ſtatu eſt vnde, aut quò progreditur: nec vnde, aut quò regreditur.

ILLATIO VIII.

De iure patronatus, quod acquiritur manumiſſoris in perſonam, & bona liberti.

OCtauò, ex eodem ſupradicto Principio ſit, vt manumiſſori acquiratur ius patronatus tam in perſonam quàm in bona liberti, ſcilicet pro beneficio manumiſſionis, & in memoriam vicémque redditæ libertatis. Quid enim non debere velit libertus patrono, à quo tantam rem, quanta libertas eſt, acceperit? Hinc *tit.in Pand. De iur.patron.* Ius patronatus quod ad perſonam liberti attinet, conſiſtit in obſequiis & in operis: quo verbo etiam cætera, quæ libertatis cauſa ſunt impoſita, ſignificamus. Quod verò ad bona ſpectat, conſiſtit in ſucceſſione libertorum. De omnibus tituli ſunt ſpeciales & ſeparati. *De obſeq.parent.& patr.præſt. De oper.libert.ff.& C.* Obſequium nihil hic aliud eſt quàm honos & reuerentia, quam libertus patrono debet: *l.nec quicquam 9.§. de plano, ff.de off. proconſ.l.5.§.vtrum, ff. de liber.agnoſc.l.ſed ſi hac lege 10 §.1.& §.patronũ, de in ius vocand.l.2.l.licèt 7.in fi.ff. de obſeq.parent. & part.præſt.* Nec tantùm patrono, ſed etiam eius liberis, *l.penult.C.de oper.libert.l.5.C.de obſeq.* adeóque hæredibus patroni quibuſcunque, *l.3.C.de in ius vocand.* vbi additur quod notatu dignum eſt, honorem hunc adeò naturali ratione debitum eſſe, vt neque ruſticitati hac parte ſit parcendum, cui tamen plerumque aliàs parci ſolet, in iis ſcilicet, quæ ciuilem magis, quam naturalem aliquam habent rationem: *l. ſi quid id quod 7. §. pen. ff. de iuriſd. l. 3. §. etſi ſciens 12.ff.de SC. Silan. l. 2. §. 1. ſi quis in ius vocat. non ier. l. 1. §. vlt. ff. de edend. l. pen. C. qui adm.ad bon. poſſ. l. vlt. C. de teſtam. l. vnic §. 1. C. de rei vxor. act.* Honor autem hic in eo potiſſimùm verſatur, vt libertus tam in faciendo patroni perſonam ſibi honeſtam & ſanctam eſſe teſtetur, quemadmodum loquitur Vlp. *in leg. lib. 9. de obſequ.* Id ni faciat ingratus eſt: *leg. 1. l. ingratus 19. ff. de iur. patron.* vbi additur ingratum etiam eſſe libertum

Ruſticitati non ſemper parcendum.

qui rés patroni, filiorúmve tutélam adminiſtrare dettectat. Eſt enim id ex officio viri boni & amici; quanquam longè minus eſt, inofficioſum-eſſe libertum, quàm ingratum. Ingrati accuſatio eſt, *l. ſi quis 30. ff. qui, & à quib. manum.* Inofficioſi verò, quetela tantùm; *d. l. 1. ff. de iur. patr.* Ingrati pœna eſt, vt libertus in ſeruitutem redigatur; nec ipſe tantùm, ſed ipſius etiam liberi poſt ingratitudinem concepti, non quidem tanquam ingrati, ſed tanquam ex patre ingrato, & ob hoc ipſum in ſeruitutem redigendo editi: *l. 2. 3. & 4. C. de libert. & eor. liber.* ſi modò manumiſſor voluntariam & gratuitam libertatem præſtitit, non item ſi debitam, putà fideicommiſſariam teſtituit: *l. 1. eo.* licet hic perinde ſit patronus, non is qui fideicommiſſariam libertatem reliquit: *§. pen. Inſt. de ſing. reb. per fideic. relict.* ideoque & honor ei debeatur, *l. is quoque 9. ff. de in ius voc.* & ſucceſſio liberti: *l. 3. in prin. & §. 1. De ſuis & legit. l. qui ex cauſa 29. de bon. libert. l. nequaquam 24. ff. de excuſ.* Nam nec huic operæ debentur, quæ ſcil. non niſi pro tependendo manumiſſionis beneficio debentur. Is autem qui ex cauſa fideicommiſſi manumittit, non præſtat beneficium quod coactus præſtat, ſed is qui libertatis fideicommiſſum reliquit: *l. vnum ex familia 67. §. 1. de leg. 2.* Nec ſunt iſta contraria. Nam cùm in manumiſſione qualibet duo concurrere neceſſe ſit, factum manumittentis, & voluntatem liberalem dandæ libertatis; factum ipſum, ex quo potiſſimum manumiſſio æſtimatur, & denominatur, facit patronumeum, qui manumittit licèt rogatus; eique proinde acquirit omnia, quæ patronis ipſo iure & citra conuentionem vllam acquiruntur; in quo numero ſunt obſequia, & ſucceſſio. At liberalis & ſpontanea voluntas manumittendi, quæ facit vt manumiſſio beneficium ſit, nulla vnquam obliuione & ingratitudine obliterandum, tota eſt in perſona iubentis manumittere, non in perſona manumittentis; ob idque nihil cauſæ eſt, cur hæredi manumittendi operas aliquas promitti oporteat: *l. ſi quis hac lege 13. §. 1. ff. de oper. libert. d. l. 29. de bon. libert.* aut cur ingrati accuſatio ei ſit accommodanda, qui beneficium non dedit: *d. l. 1. C. de libert. & eor. lib.* In officioſi autem liberti pœna illa tantùm eſt, vt à Magiſtratu caſtigetur ſub comminatione aliqua ſeueritatis non defuturæ, ſi turſum querelæ cauſam præbuerit: *d. l. 1. ff. de iur. patr.* vbi non malè Bart. notat duriùs puniri libertum ingratum, quàm inofficioſum, quia minus & leuius delictum eſt in non faciendo, quàm in faciendo. Sed nec ipſi patrono leuis coërcitio deneganda eſt in libertum, ſiue ingratum, ſiue inofficioſum, alitérve contumacem. Neque enim facilè Prætor ferre debet heri ſeruum, hodiè libertum conquerentem, quòd ei dominus conuicium dixerit, vel quòd eum leniter pulſauerit, aut emendauerit; ſed tantum ſi flagris, aut verberibus vulnerauerit non mediocriter, liberto contra patronum ſubuenire Prætorem oportet, inquit Vlp. *in l. prætor 7. § prætereà, ff. de iniur.* Ad eam ſim obſequij patrono debiti illud etiam maximè pertinet, vt egenti patrono alimenta de ſuo præſtet, ſi facere poſſit: *d. l. 5. §. ſolent, & ſeq. ff. de agnoſc. & alend. liber.* Nam cùm necare videatur is, qui debita alimenta denegat, *l. necare 4. eod.* quid eſt obſecto, in quo magis violari poſſit à liberto patronus, quàm ſi vel egeſtate, vel etiam corporis valetudine laborantem relinquat? *l. alimenta 6. eod.*

l. ſi quis hac lege 13. §. 1. ff. de oper. libert. l. 29. de bon. libert. l. 1. Co. de libert. & eor. liber.

l. prætor 7. §. prætereà, de iniur.

PRINCIPIVM IX.

De non condemnando patrono ſuprà quàm facere poſsit: & aliis patronorum priuilegiis.

NOnò, ex eodem Principio fit, vt liberto patronus non condemnetur niſi in id quod facere poteſt: *l. patronus 17. D de re iudic.* Nam cùm hoc eò pertineant, vt non totum quod patronus habet, ei extorqueatur; ſed ita vt ipſius ratio habenda ſit, ne egeat: *l. in condemnatione 173. de reg. iur.* non illa ſolum ratio libertum excludere debet, quominùs totú conſequatur: quod ſi in eo iam eſſet patronus vt egeret, egentē illum alere libertus cogeretur; ſed illa etiam, quod non minùs hac in re, quam in cæteris honorem patrono præſtari à liberto æquum ſit. Ad honorem enim perſonæ condemnatæ id maximè pertinet, ne ſuprà quàm facere poſſit, exigatur. Sicut & illud, ne exceptiones doli, vel vis, metúſve cauſa, vel interdictum *vnde vi*, aut *quod vi*, à liberto patronus patiatur: *d. l. licet 7. §. 1. De obſeq.* Etſi enim non ſicut actio de dolo, ita & doli exceptio infamat, quia in rem eſt, non in perſonam; *l. 2. §. planè, D. de dol. except.* ſufficit tamen quòd patroni opinionem ſuggillet apud viros bonos & graues, ne liberto danda ſit contra patronum: *l. 2. l. 5. & ſeqq. de obſeq. l. 4. §. aduerſus parentes, eod. tit. de dol. except.* vbi additur nihil intereſſe, an patronus ex ſuo, an ex alieno contractu conueniatur: ſemper enim, inquit, reuerentia ei exhibenda eſt tam viuo, quàm defuncto; adeò vt nec ſi à patroni hærede quamuis extraneo conueniatur, de patroni tamen dolo excipere poſſit; quamuis ſi è contrario cum liberti hærede patronus agat, poſſit hæres excipere de dolo patroni, vt *ibidem* Vlp. ait, quia nullam patrono defuncti reuerentiam hæres liberti debet. Simile etiam eſt quod patronus iuſiurandum liberto deferens, non cogitur vt cæteri iurare de calumnia: *d. l. licèt §. 2. l. ſi patronus 16. ff. de iureiur.* Ex quibus locis apparet verum eſſe, quod Iacob. Cuiac. *in obſeruat.* docuit ſubeſſe mendum *in l. iuſiurandum 34. §. qui iuſiurandum, eod.* legendúmque, vt puto, *Hoc iuſiurandum de calumnia, æquè patronis, atque parentibus remittitur.* Quamuis enim propter rem ipſam, non propter perſonam iuſiurandum hoc interponeretur, vt quidam tentant; *arg. l. quoties 14. eod.* quod tamen falſum eſt: ſolum ipſum *calumnia* nomen facit ſuſpectum de calumnia eum, qui iurare cogitur, id eſt vt in ſuſpicionem veniat ei, qui de calumnia ſibi iurari vult: quòd fieri poſſit vt calumnioſè deferatur iuſiurandum ab actore, præſertim ſi de calumnia iurare nolit. Itaque vel ipſa ſolius nominis indignitas obſtat liberto, ne iuſiurandum de calumnia exigere à patrono poſſit, non magis quàm ei obiicere doli exceptionem; tametſi in rem illa ſit, vt diximus, non in perſonam; quia ſcilicet perinde ſolum *doli* nomen, perſonæ exiſtimationem onerat, nec enim à re ipſa dolus committitur, ſed à perſona; tùm etiam cùm in re dolus ineſſe dicitur, vt *in l. ſi quis cùm aliter 36. de verb. oblig.* Eadem ratio facit vt ſi ventris nomine in poſſeſſionem calumniæ cauſa miſſa dicatur patrona, libertus hoc dicens non ſit audiendus, quia de calumnia patroni queri non

l. iuſiurandum 34. § qui iuſiurandum, eod. tit.

non debet, inquit Vlp. *in d.l. licèt §. nec non.* vbi & hanc rationem generalem ſubiicit, *His enim perſonis*, parentum ſcilicet, ac patronorum, *etiam in cæteris partibus edicti honor habetur.* Vt intelligamus totum hoc ius ex honore illo, quem patrono libertus debet, deſcendere. Violatur enim hic honor, non ſolùm ſi libertus patrono violentas manus inferat, aut ſi calumniam aliquam ei inſtruxerit, vel delatorem ſubornauerit, vel quid aliud aduerſus eum tentauerit: Itemque ſi conuicium ei dixerit, *d.l.1. de iur. patron.* ſed etiam ſi libertus in commendanda & exponenda iudici æquitate ſuæ petitionis, verborum atrocitatem non deſiſter: *l.4 C. de obſeq.* Sed & ſi in ius patronum vocet, venia priùs non impetrata, quo caſu pœna quinquaginta aureorum edicto Prætoris in eum conſtituta eſt; quam ſi præ inopia non poſſit ſoluere, à Præfecto vrbi quaſi inofficioſus caſtigandus eſt: *l.4. l. 8. §. patronum, l pen. & vlt. ff. de in ius vocand.* Denique non poteſt conqueri libertus de iure pro patronis ita conſtituto, cùm ex ipſius patroni beneficio habeat, vt & eum conuenire, & ab eo conueniri poſſit: *d.l.4. C. de obſeq.* Niſi fortè hoc ipſum imputare patrono velit, cur ei dederit aduerſus ſe agendi, vel excipiendi facultatem, data ei libertate; quod tamen ridiculum fuerit: *arg l.filio 7 ff. vt leg. nom. caueat.* iun. *l.ſi extraneus 33. §. nec omnin, D. de iur. dot.* iun. *l. vix certis 53. de indic. l. ſeruus 6. C. eod.*

ILLATIO X.

De vindicanda liberti ingratitudine.

l.2. 3. & 4. C. de libert. & eor. liber l. 30. qui, & à quib. manu.

DEcimò, ex eodem Principio fit, vt ſi ingratus ſit libertus, liceat patrono non ſolùm in ſeruitutem eum reuocare propoſita extra ordinem ingrati accuſatione, *d.l.2 3. & 4. C. de libert. & eor. liber. l. 30. qui, & à quib. manum.* ſed etiam vigere apud Magiſtratum, vt hic libertus pro admiſſi modo aut in exilium mittatur, aut in metallum damnetur: *d. l. 1. De iur. patron.* Qui enim tam impiè erga patronum ſe geſſit, vt nec ſeruitutis metu, nec amore libertatis, tantíque beneficij recordatione potuerit in officio retineri, dignus viſus eſt, qui duriorem quàm hominis ſeruitutem experiretur; id eſt, qui fieret etiam ſeruus pœnæ: *§. pœna, Inſtit. quib. mod. ius patr. poteſt. ſoluit. & Tit. De capit. dimin. in princip. l. 3. ff. de his quæ pro non ſcript.*

l. in ſurand. 34. § qui iuſiurandum, ibid.

ILLATIO XI.

Libertorum, & libertorum eandem eſſe rationem, quod ad obſequia.

Tit. De obſequ. parent. & patron. præſt.

VNdecimò, ex eodem Principio fit, vt liberorum & libertorum eadem hac parte conditio eſſe exiſtimetur, id eſt quod ad honorem & obſequium parentibus, patroniſque præſtandum. De vtriſque enim ſimul tractari paſſim videas, nec plus liberis erga parentes hac in re, quàm libertis erga patronos indulgeri: *Tot. tit. de obſeq. parent. & patr. præſt. d.l.4. §. 1. l. ſed ſi hac 10. §. liberos & ſeq. l. generaliter 13. ff. de in ius vocand. d.l. iuſiurandum & ad pecuniæ 34. §. qui iuſiurandum, ff. de iureiur. l. ſunt qui 16. & ſeq. ff. de re indic. l. 4. §. aduerſus parentes, ff. de doli except.* Non enim minùs intelligitur debere libertus patrono, à quo libertatem habet, quàm filius patri a quo vitam. Secundùm id quod diximus ad *Princip. 2. illat. 1 in fin. ſup. De iur. perſon.* nihil eſſe gratius libertate, *l. Paulus 39. §. 1. De fideic. libert.* eſſe verò etiam grauius libertatem amittere, quàm vitam: *l. vnic. in fin. princ. C. de latin. libert. toll.*

ILLATIO XII.

De operis naturaliter debitis per libertum.

l. ſi non fortem 26. § libertus, de cond. indeb.

DVodecimò, ex eodem Principio fit, vt non tantùm obſequium, ſed etiam operas patrono naturaliter debere libertus dicatur, in *l. ſi non ſortem 26. §. libertus, D. de condict. indeb.* vbi ob hanc cauſam dicitur, libertum, qui putans ſe operas debere, quas non promiſerat, eas præſtiterit ſiue patrono, ſiue alij, qui fuerit à patrono delegatus, repetere nihil poſſe; neque ab eo cui fuit delegatus, quia ſuum receperit; neque à patrono, quoniam ei operas natura debuit. Is enim natura debet, quem iure gentium dare oportet; *l. cum amplius 84. §. is natura debet, De reg. iur.* Iure autem gentium, & ex ratione naturali obligatur ſaltem ad ἀντίδωρα, quiſquis ab alio beneficium accepit, *l. ſed etſi 25. §. conſuluit, ff. de petit. hered.* Quidni ergo ſaltem ad operas, quæ tam modicæ ſint æſtimationis, naturaliter obligatus credatur is, qui manumiſſionis & libertatis beneficium inæſtimabile acceperit? Sed tamen obſeruandum hîc eſt, operas multum ab obſequio differre. Obſequium enim debetur ob honorem ſolum & reuerentiam, tametſi promiſſum non ſit, præſtarique ſolet & debet, non peti; vt Hadriani verbum illud elegans vſurpemus, quod Pompon. refert *in l.2. §. pen. De orig. iur.* Operæ verò non debentur, ita ſcilicet vt exigi poſſint, niſi promiſſæ ſint, & impoſitæ manumiſſionis cauſa, *l. cùm patronus 22. §. pen. de oper. libert.* Adeò vt ſi eas non impoſitas libertus per aliquod tempus præſtiterit, etiamſi ex ſua voluntate, ad eas tamen in poſterum præſtandas compelli non poſſit: *l. operis 31. eod.* Quod enim proximè diximus naturaliter eas deberi, non facit vt exigi poſſint, ſed tantùm vt retineri ſi fuerint ſolutæ. Is namque præcipuus effectus eſt naturalis obligationis, vt impediat ſoluti condictionem, *l. naturales 10. de obligat. & act. l. naturaliter 13. l. frater 38.* & paſſim, *ff. de condict. indeb.* Et ratio diuerſitatis eſt, quia operarum præſtatio eſt quid extrinſecum, quod patroni perſonæ non ineſt, vt eam perpetuò & neceſſariò concomitari debeat; quo modo è contrario patroni perſonæ ineſt is honor, propter quem obſequium ei libertus debet. Itaque non ſicut bona eſt illa conſecutio, *Patronus eſt, Ergo ei honor à liberto debetur:* ita & bona hæc erit, *Ergo ei operæ debentur;* vt ad eas præſtādas cogi libertus poſſit. Etſi enim tales ſunt operæ, quas libertus, vt libertus, patrono debeat vt patrono, earum tamen præſtatio non tam ad honorem patroni ſpectat, vt obſequium, quàm ad eius vtilitatem. Nec eæ tantùm, quæ fabriles dicuntur, quæ quaſi in pecuniæ præſtatione conſiſtunt, vt Vlp. loquitur *in l. fabriles 6. ff. de oper. libert.* (quòd patrono non tanquam patrono, ſed tanquam extraneo præſten-

tur,

Digitized by Google

rur, ideóque & alij cuilibet iubente patrono edi poſſunt, *l.operæ 9 eod.* & earum dies ſtatim ab interpoſita ſtipulatione cedit, licèt peti nun poſſint priuſquàm fuerint præteritæ: *l. quoties 24. eod.* iunct. *d §. libertus, l.26. de condict.indeb.* Sed etiam officiales, quarum editio nihil aliud, quam officij præſtatio & exhibitio eſt: *d.l.cùm patronus 22.de oper. libert.* Nam & hæ ad patroni commodum reſpiciunt magis, quàm ad eius honorem: *dict. l. quoties 24. in fin.* ob idque & commodam æſtimationem recipiunt in pecunia, ſi patronus & libertus conſentiant: *l. ſi ita ſtipulatio 39. eod. leg. adigere 6.§.1.ff. de iur. patron. l. vlt. §. vlt. ff. qui,& à quib.manumiſſ.* cùm tamen honor nullo pecuniario commodo æſtimari poſſit, *arg. l. iſti quidem 8. §. pen. ff. quod met. cauſ.* iunct. *leg. ſi pater 31. in fin. de donat.* Pendet enim honor cuiuſque ex ipſius exiſtimatione, quæ ipſa nihil aliud eſt, quam dignitatis illæſæ ſtatus legibus ac moribus comprobatus qui non niſi ex delicto noſtro autoritate legum, aut minuitur, aut conſumitur, vt definit Calliſtratus in *l. penult. §. exiſtimatio de extraord. cognit.* Hinc etiam eſt, quod quamuis liberi parentibus pietatem & obſequium debeant, hoc ipſo quod honorem iis debent, operas tamen nullas debeant, hoc ipſo quod honorem iis debent, operas tamen nullas debeant, hoc ipſo quod honorem iis debent, operas tamen nullas debeant *l. penult. ff.de obſeq. parent. & patr.præſt.* In eo quoque melioris conditionis quàm ſint libertis, quod nec ſtipulari operas à filio emancipato pater poteſt *l. patri 4. ff. ſi à parent. quis manum.* vbi videtur Marcellus innuere hoc ex eo fieri, quod de his quæ libertatis cauſa filio impoſita fuerint, nihil Prætor edixit. De ſolis enim libertinis edictum loquitur *l.qui libertinus 37 de oper.libert.* Senſus eſt, ni fallor, operarum promiſſionem factam ab homine libero valere non poſſe, niſi quatenus edicto Prætoris confirmatur; qui libero homini non magis permiſſum eſt, vt libertatis ſuæ ius infringat, aut minuat, quàm vt libertatem in totum ſibi adimat, cùm neque ſui ipſius neque membrorum ſuorum dominus ſit: *l liber homo 13. ad leg. Aquil. cùm duobus 52.* alias *l. ſi fratres, §. idem reſpondit ſocietatem. ff. pro ſocio: l. Titio centum 71. §.2. de cond.& demonſt.* Infringit autem eius libertatis ea pactio, per quam quis obligatur ad præſtandas alteri operas, niſi cùm eas certa mercede conductas locat: *l.qui operas 38.ff.loc.* Ex quo fit, vt ſi libertus fideiuſſorem pro operis dederit, fideiuſſor quidem teneatur ex mora liberti, ſed ex propria teneri nullomodo poſſit, quamuis in cæteris etiam ex ſua mora in obligatione retineatur: *l. ſi libertus 44 de oper.liber.* Nimirum quia non poteſt ipſe, cùm liber & ingenuus ſit, non libertus, ſe obligare vt operas præſtet, nequidem nomine alieno licèt pro eo qui libertus eſt, poſſit fideiubere: *l. ſi quando 8.in fi. eo.* Qua ratione nec valeret operarum promiſſio ſtipulanti patrono facta per libertum ipſum, ſiquidem libertus re vera liber eſt, niſi huiuſmodi promiſſionis confirmandæ iuſtam cauſam Prætor illam eſſe putaſſet, ſi manumiſſionis cauſa operæ impoſitæ & promiſſæ eſſent, in vicem, vt dixi tanti beneficij. Ideóque ſic conceptum fuit edictum Prætoris, vt eam quoque promiſſionem confirmet, non ſolum quæ per iuſiurandum, ſed etiam quæ per ſtipulationem facta ſit, quoniam alioqui nec illa valeret iure ciuili ad actionem producendam, non magis quàm ſi per filiū familias facta eſſet: *d.l.patri.* In quo errauit ſanè Donel. *li. 2. Cōmen. c. 28. circ. princ.* Atqui filiusfamilias cùm emācipatur, licèt per trinā venditionem ter ſeruus fiat, totidémque manumiſſionibus libertatem conſecutus, tandem de patris exeat poteſtate, vt diceemus ad *Tit. quib. mod. ius patr per ſolu.* non tamen idcirco libertus fit, nec eo minus ingenuus manet; quia non niſi imaginaria fuit illa ſeruitus, & imaginariæ venditiones ad tollendum vinculum patriæ poteſtatis: nec negari poteſt, quin antè liber fuerit, qui filius familias fuit. Proinde non debet libertinus cenſeri, qui ob hoc tantùm, & ter venditus, & ter manumiſſus eſt, vt fieret magis liber. Nec igitur mirum eſt Prætorem de operis emancipati nihil edixiſſe. Alia etiam ratio afferri poteſt propter quam operæ, quæ promiſſæ non ſint à liberto, non debeātur, eáque fortaſſe nonnihil ſubtilior. Illa nimirum, quòd operæ in rerum natura non ſunt, vt Vlp. loquitur *in d.l.opera 9 ff.oper.lib.* Opera enim in actu conſiſtit, nec antè in rerū natura eſt, quàm dies venerit quo præſtari debet, inquit Paulus *in l. 1. De oper.ſeru.* Vnde & operæ dicuntur cùm præſtantur, quaſi hoc ipſo in lucem & rerum naturam veluti partus quidam, proferantur: & dicuntur indiuiduæ, ita vt neque promitti, neque ſolui, neque deberi, neque peti opera pro parte poſſit. ſed numero dierum facienda diuiſio ſit, quoties operæ pluribus debentur, *l. libertus 15. §. 1. de oper.li.* quia actus ipſe operandi indiuiduus eſt. At dici non poteſt quo die præſtari debeat, ſi promiſſio nulla præceſſit: Sicut nec fieri queat, vt debeatur id, quod in rerum natura nondum eſt, niſi collato debiti iure in eum diem, quo in rerum natura id futurum ſit: quod ipſum tamen non aliter fieri poteſt, quàm per promiſſionem, vt aliquid ſubſit, cui conditio ſiue expreſſa, ſiue tacita ineſſe poſſit: *d. leg. prima de ope. ſeru. l. interdum 74. De ver. obl.* Dices, Quomodo ergo fieri poteſt, quod iam admiſimus, vt naturaliter operæ debeantur? Reſpondeo non deberi eas, nequidem naturaliter prius quàm edantur, ſed poſtquàm editæ fuerint, licèt ab eo qui per errorem putabat ſe debere, intelligi debitas fuiſſe, quia iam in rerum natura ſunt, & ita accipiendum *d. § libertus.* Replicabis, Imò verò ſufficere vt dies venerit quo præſtari debuerunt, *d.l.1.* Fateor, ſed ea ratione, quòd pro præſtitis habeantur in odium eius, per quem ſtetit ne præſtitæ ſint, id eſt actus ille in quo operam conſiſtere diximus, præceſſiſſe intelligatur, ad hoc vt peti poſſint tanquā quid in rerum naturam iam exiſtens, non autem vt habeatur pro liberato libertus, quaſi ſolo diei aduentu eas operas præſtiterit, quas verum eſt illum non præſtitiſſe. Honoris qui patrono debetur alia ratio eſt, nam in rerum natura eſt, ex quo die patronus eſſe incipit, qui prius dominus fuit, ideóque libertus obſequium patrono debet nulla etiam promiſſione præcedente, ſicut nec promiſſione vlla opus eſt, ſed ſola manumiſſione, vt hic libertus, ille patronus fiat.

l. liber homo 13 ad leg. Aquil.

l. opera 9 ff. de oper. lib. leg 1. ff. oper. ſeruor.

ILLATIO XIII.

De differentia officialium, & fabrilium ſeu artificialium operarum.

Decimotertiò, ex eodem Principio naſcitur illa etiam differentia, quam attigimus officialium, & fabrilium ſeu artificialium operarum;

vt

Digitized by Google

vt officiales debeantur patrono tanquam patrono, ſabriles vero & artificiales tanquam extraneo. Nam cùm officiales illæ dicantur, in quibus nihil niſi officium promittitur, nullo artificij aut operis genere expreſſo, & quarum proinde editio nihil niſi officij præſtatio eſt, *d. l. cum patronus* 22. iunct. *d. l. opera* 9. *De ope. lib.* apparet libertum non niſi tanquam libertum poſſe debere officium, nec patrono niſi tanquam patrono: cùm officium illud ex ſola manumiſſionis cauſa debeatur. Artificiales verò & fabriles, tametſi officium quoque contineant, ſiquidem opera quælibet diurnum officium eſt, *l. 1. eo.* non tamen officij finibus continentur, ſed habent quid amplius, ex quo appareat patronum non nudo liberti officio fuiſſe contentum, ſed artificium ab eo prætereà exegiſſe, quod etſi tanquam patronus facere potuit, id eſt huiuſmodi artificiales operas ſtipulari, quarum alioqui ſtipulatio ab extraneo facta, vt iam diximus, non valeret, excedit tamen ea res terminos officij patrono debiti, tanquam patrono. Quid enim aliud debere poſſit libertus tanquam libertus, patrono tanquam patrono præter officium? Atqui aliud officium eſt, aliud artificium, tùm quoque cùm officij iure artificium præſtatur. Artificium enim à liberto præſtatur non tanquam à liberto, ſed tanquam ab artifice, cùm non quiſquis libertus eſt, idem etiam ſit, aut eſſe debeat artifex, neque rurſus ad operas artificiales præſtandas obligari is qui artifex non ſit. Quod autem non præſtatur à liberto tanquam à liberto, non poteſt videri debitum, aut præſtitum patrono, tanquam patrono. Atque quiſquis libertus eſt, eum patrono officium & debere & præſtare neceſſe eſt: Ergo tanquam libertum, & patrono tanquam patrono. Hinc illa etiam artificialium & officialium differentia, quòd artificiales, quo nomine fabriles, pictoriæ, & aliæ huiuſmodi continentur, non ad commodum perſonæ patroni vſúſque ipſius neceſſarios, ſed ad certam vtilitatem pecuniariam referuntur, non aliter quàm ſi extraneo per ſtipulationem iure promiſſæ eſſent. Addidi *iure*, quia non magis artificiales quàm officiales operas ſtipulari extraneus poteſt, niſi conductionis iure, vt ſuprà diximus ex *l. patri* 4. *ff. ſi à parent. quis man.* in eóque Donellum reprehendimus ſcribentem, hanc artificialium operarum præſtationem non minùs extraneo conuenire: Cùm enim dicimus has operas deberi patrono tanquam extraneo, non illud ſignificamus, etiam extraneum eas ſtipulari poſſe: quæ res Donellum fefellit: ſed hoc volumus, Patrono quidem permitti quod extraneo non permitteretur, vt eas ſtipulari poſſit (quomodo enim; aut quo colore eas ſtipularetur extraneus, qui manumiſſor non eſt, cùm nec à patrono ipſo imponi poſſint niſi manumiſſionis cauſa? *l. 2. d. l. qui libertinus* 37. *De ope. lib.*) ſed ita tamen vt quaſi extraneo magis quàm quaſi patrono ei debeatur, & vt extraneo quoque ſolui poſſint: *l. hæ operæ* 23. *in princ. eo.* Ideóque dicuntur conſiſtere in pecuniæ præſtatione, *d. l. fabriles* 6. *eo.* non autem in officij exhibitione. At officiales non niſi ex liberti officio, patroníque commodo æſtimantur: *d. l. cùm patronus* 22. *d. l. quoties* 24. *eo.* Ex qua differentia plures quoque aliæ deriuantur, vt putà quod artificialium dies cedit ex die interpoſitæ ſtipulationis, licèt earum nomine non priùs agi poſſit, quàm fuerint præteritæ, id eſt, quàm præterierit tempus, quo edi & exhiberi debuerunt: *d. l. quoties*. Officialium verò dies non antè cedit quàm indictæ fuerint: *d. l. quoties*, quia cùm earum editio nihil aliud, quàm officij præſtatio ſit; abſurdum eſt credere, alio die deberi officium, quàm quo is velit, cui præſtandum eſt: *l. cum patronus*. Item quòd ad hæredem tranſeunt artificiales, officiales non tranſeunt, *d. l. fabriles* 6. *eo.* Eæ namque ſtipulationes in hæredes tranſeunt, quarum dies viuo ſtipulatore ceſſit, licèt nondum venerit: Aliud ſiquidem eſt diem cedere aliud venire, *l. cedere diem* 213. *De ver. ſign. §. ex conditionali, Inſt. de ver. oblig.* Quin etſi operarum iudicio actum fuerit cum liberto, & patronus deceſſerit, placet tranſlationem extraneo hæredi dandam non eſſe; ſcilicet quod ad officiales, non etiam artificiales operas pertinet: *l. ſi operarum* 29. *eod.* Operas enim ſimpliciter cùm dicunt Iureconſulti, de officialibus intelligunt, non de cæteris, vt ex eo conſtat quod Vlp. ſcribit *in d. l. ſi quis hac* 13. *§. iudicium, eo.* Iudicium de operis tunc locum habere cùm præterierint, præterire autem non poſſe antequam incipiant cedere, Incipere porrò cedere poſteaquàm fuerint indictæ. Quæ gradatio ſanè perelegans ſolis officialibus conuenit, artificialibus verò non item: *d. l. quoties.* Denique artificiales operæ licet nec à quocunque, nec cuicunque promitti poſſint, ſed à ſolis libertis & ſolis patronis, ſi tamen patrono ſemel promiſſæ fuerint, poſſunt iubente, ac delegante patrono, alij exhiberi & ſolui. Officiales verò contrà, non alij edi poſſunt quam patrono, cùm proprietas earum & in edentis, & in eius cui eduntur perſona conſiſtit; vt Vlp. ait *in d. l. hæ operæ, d. l. ſi non ſortem* 26. *§. libertus, D. de condic. indeb.* Vſque adeò autem verum eſt operas, ſiue artificiales, ſiue officiales non niſi patrono promitti poſſe (licèt hæ tanquam patrono, illæ tanquam cuilibet extraneo promittantur; vt nec patroni ſeruus à liberto ita ſtipulari poſſit; *Operas mihi dare ſpondes?* Patrono enim dari ſtipulandum eſt, *l. ſeruus* 10. *De oper. liberti.* vbi additur, quod ad hanc rem etiam pertinet, libertum operarum nomine ita iurando, *Patrono, aut Lucio Titio*, ſoluere Lucio Titio non poſſe, vt à patrono liberetur: nec quicquam intereſſe, vt ex Iuliano ſubiicitur, an extraneus ſit Lucius Titius, an filius: quia, vt ſubiicit Pomponius, aliæ operæ erunt, quæ Lucio Titio dantur, niſi patrono delegante dentur. Aliud enim eſt delegatum eſſe, Aliud ſolutionis cauſa adiectum: *d. §. libertus.*

l. opera 9 ff. de oper. lib. ing 1. ff. oper. ſeruor.

l. quoties 24. eod.

l. ſi operarum 29. eod.

l. ſi quis 13. § iudicium, eod.

ILLATIO XIV.

Operas quaſlibet tranſire ad liberos patroni, quamuis non hæredes.

DEcimo quartò, ex eodem Principio fit, vt operæ quælibet, id eſt etiam officiales tranſeant ad liberos patroni, quamuis heredes non exiſtant, putà quòd paterna hæreditate vltro abſtineant. (Operarum enim obligatio nihil habet commune cum hæreditate, aut bonorum poſſeſſione, cùm operæ perinde à libertis petantur, ac pecunia credita, *l. 4. de oper. libert.* (dummodo non ſint exhæredati, *d. l. ſi operarum* 29. *eod. tit. de oper. libert.* Illud enim omnimodo requiritur, vt liberi hæredes extiterint patri;

Digitized by Google

patiſ, & quidem ex propria, non ex alterius perſona, ſed non etiam vt paternā hæreditatem retineant, *d. l. cum patronus*, §. 1. vbi quod ait Caius, *ſi patri hæredes extiterint*, malè Donellus ſic accipit, quaſi ſcriptum eſſet, *ſi hæredes exſiſtere potuerint, ſi velint.* Quaſi verò in ſuorum hæredum poteſtate ſit, vt hæredes non exiſtant, tùm etiam cùm abſtinent ex beneficio Prætoris: *l. 1. §. qui ſunt in poteſtate, ff. ſi quis omiſ. cauſ. teſt. l. neceſſariis 57. ff. de acquir. hæred.* Nec meliùs Iacob. Cuiac. *lib. 17. obſeruat. cap.* 14. quod ſcriptum eſt in *d. l. ſi operarum 29 etſi hæres non exiſtat*, ſic interpretatur, ac ſi ſcriptum eſſet, *licèt non perſeuerauerit hæres eſſe.* Nam neque fieri poteſt, vt qui ſemel hæres fuit, non perſeueret hæres eſſe: *l. ait prætor. 7. §. ſed quod Papinianus, de minor. l. ei qui ſoluende* 88. *de hæred. inſti.* etiam poſteàquam abſtinuit bonis patris, *d. l. neceſſariis, l. cum quaſi* 30 *§. ſed etſi ſuus, D. de fideic. libert.* Sic ergo Vlp. intelligendus eſt, vt is demum filius hæres extare dicatur, non qui exiſtit, ſed qui apparet hæres, id eſt, qui hæredem ſe profert, & exerit. In ſumma, qui paternis bonis ſe immiſcet. Nam qui ſe abſtinuit, licèt hæres ſit, tamen hæredis loco non eſt, nec pro hærede habetur à Prætore: *l. ſi filius* 13. *ff. de interrog. in iure facien.* Cur verò, inquies, illatio hæc ex Principio ſuperiore pendet? Quia cum operæ officiales non debeantur patrono, niſi tanquam patrono, cõſtat patroni liberos pro patronis haberi in omnibus ideſt in obſequiis, in operis, & in ſucceſſione liberti: *l. parēs 5 ff. de obſeq. l. libertinus 5. l. filius 13. ff. de bon. libert.* Ideóque nihil intereſt hac parte, an in poteſtate ſint, an emancipati: *l. vt iuriſiurandi* 7. *§. pen. de oper. libert.* ſicut neque an ex æqualibus portionibus, an ex inæqualibus ſint inſtituti: vt *ibid.* Vlp. ſcribit. Cùm n. omnes æquè ſint liberi, omnes etiam æquè pro patronis habendi ſunt, & conſequenter ad operarum petitionem ex æquis partibus admittendi. Sed hac tamen differentia, quod eos qui ſunt in poteſtate ſufficit ſuos hæredes exiſtere, nec vt ſe immiſcuerint requiritur. Emancipatos verò ſiue teſtamento inſtituti, ſiue ab inteſtato vocati proponantur hæredes fieri per aditionem, aut bonorum poſſeſſores eſſe, neceſſe non eſt: ſed illud tantum vt hæredes, vel bonorum poſſeſſores fieri poſſint, ſi velint, vt excludatur vnus ille caſus quo ſint exhæredati. Qui. n. exhæredatus eſt, ritè & rectè, ideſt ſolemniter & iuſtè (vtrumque enim ſupponendũ eſt) ſiue ſuus hæres anteà fuerit, ſiue emancipatus, is patroni loco haberi non poteſt. Dices, emancipatos in iure ciuili pro filiis non haberi, ſed potiùs pro extraneis, *l. ſi generi* 26. *C. de iur. dot. l. quinetiam* 55. *in fin. ff. de rit. nupt.* Quomodo ergo poſſunt haberi pro patronis? Reſp. operarum obligationem & exactionem non ex iure ciuili eſſe, ſed ex prætorio, *d. l. patri 4 ff ſi à paren. quis manum* iunct. *d. l. qui libertinus* 37. *De oper. libert.* Iure autem prætorio filios quamuis emancipatos non eo minùs haberi pro filiis, cùm reuera & ſecundum naturam ſint filij, æquè ac ſi in poteſtate manſiſſent. Non enim à natura, aut à iure gentium, ſed ex iure ciuili eſt ius patriæ poteſtatis. In toto autem eo iure quod pro patronis & circa ius patronatus cõſtitutum eſt, naturalem potiùs quam ciuilem rationem & æquitatem ſeruauit Prætor, ad quam ſcilicet maximè pertinet, vt pro beneficio beneficium reddatur. Vnde & iam ſuprà diximus, naturaliter debitas eſſe operas: *d. l.* 26. *§. libertus D. cond. indeb.* quod & ipſa operarum definitio demonſtrat. Nihil enim aliud ſunt quàm officiũ diurnum, *l. 1. de oper. liber.* Quid ergo, inquies, Cur non debentur operæ patroni liberis etiam exhæredatis? præſertim cùm ſuprà diximus operarum obligationem commune nihil habere cum hæreditate, aut bonorum poſſeſſione: *d. l. 4. eo.* Vnde etiam eſt, quòd quamuis patroni bona venierint, operarum tamen, quæ poſt venditionem præterierint, actio patrono danda eſt, etſi alere ſe poſſit: *l. ſi bona 40. eod* vbi pono punctum poſt verbum *poſſit*. (alia enim eſt ſententia illa quæ ſequitur, *ante venditionem præteritarum non dabitur*, quoniam ex antegeſto agit, vt conſtat ex *l. 4. ff. de curat. bon. dand.*) An fortè facit exhæredatio, ne liberi amplius liberi eſſe videantur? *l. 4. l. ſi bona 40. de oper. libert.* Minimè verò: tollit enim ius ſui hæredis duntaxat, quod eſt merè ciuile, non etiam naturam ipſam ex qua deſcendit ius, nomènque parentum & liberorum. Dicendum igitur eſt, liberos exhæredatos non eo minùs quidem manere liberos, ſed tamen non magis à Prætore, quàm iure ciuili pro liberis haberi, propter exhæredationis notam illam, quæ facit vt tam dulci nomine quantumuis naturali prorſus indigni ſint, qui naturalem ipſam pietatem parentibus debitam offenderunt, & violarunt: *l. non putauit* 8. *ff. de bonorum poſſeſſion. contr. tabul. l. vltim. ff. de liber. & poſthum.* Nec nouum eſt vt deterior conditio ſit filij exhæredati, quàm ſe abſtinentis. Quanquam verius fortaſſe eſt, id quod dicimus, tranſire operarum petitionem ad liberos, etiamſi non extent hæredes: *d. l. ſi operarum*, non generaliter & indiſtinctè verum eſſe, ſed eo demum caſu, quo ſibi ſuiſque liberis patronus ſtipulatus ſit, quod fieri ſolitum fuiſſe indicat *l. 5. & d. l. cum patronus* 22. *§. 1. De oper. libe.* Nulla enim facta liberorum mentione, non alio iure poterant liberi ſuccedere in iure operarum, quàm ſi hæredes exiſterent patrono: *d. §. 1.* Et conſequenter ſeparandi ſunt, hac in re emancipati à ſuis hæredibus, quia ſui hæredes non poſſunt hæredes non exiſtere, niſi ſint exhæredati, tametſi ſe abſtineant; ideóque & in ius patronatus ſuccedunt, & licèt deſinant per abſtentionem haberi loco hæredũ, ſemel tamen acquiſitum ius patronatus cum hæredis nomine retinent. Emancipati verò non aliter hæredes ſunt, aut bonorum poſſeſſores, quàm ſi paternam hæreditatem agnouerint, vel bonorum poſſeſſiones, ob idque nec vt patroni operas petere poſſunt, niſi liberis quoque operas patronus ſtipulatus ſit. Planè ſi ſint inſtituti, licèt ex inæqualibus portionibus, tamen æqualiter admittentur ad operarum petitionem, quia non quemadmodum inſpicimus an ſint hæredes, ita & pro qua parte; ideò fortaſſe quod operarũ obligatio ſui natura indiuidua eſt: *l. 3. l. 15. §. 1. eod. leg. ſtipulationes* 72. *& l. in ſtipulationibus* 14. *§. 1. De verb. obl.* Itaque ad hunc caſum videtur reſtringendum quod ſcriptum eſt in *d. l. 7. §. parui, de oper. lib.* parui referre an in poteſtate fuerint liberi, an emancipati. Etſi idem quoque eſt, mortuo patre inteſtato, ſi in operarum ſtipulatione, aut iureiurando, mentio facta ſit liberorum, quia hoc caſu de illo tantùm quæritur an ſint liberi; non etiam de illo, an ſint hæredes. Hoc autẽ Donellus quoque & cæteri Interpretes non videntur bene explicaſſe. Cæterùm non patroni liberos iura patronatus ſpetare poſſe, conſtat ex *l. libertus* 14. *ff. de tut. & cur. dat.* *l. 7. §. parui eod. l. libertus* 14. *De tutor. & curat. dat.*

ILLA

ILLATIO XV.

De non aliis operis à liberto per patronum exigendis, quam quæ manumiſsionis cauſa promiſſæ ſint.

DEcimoqnintò, ex eodem Principio fit, vt eas demum operas libertus debeat, quæ ſint ei impoſitæ manumiſſionis cauſa: Nullis verò impoſitis, nec promiſſis, nô magis vllas debeat patrono, quàm extraneo: *d.l.2.d.l.qui libertinus 37. d.l.operis 31.*& paſſim, *De ope. lib.* Itaque ſi manumiſſio nulla præceſſerit, atque ita ceſſet cauſa imponendarum operarum, imponi non poterunt & impoſitæ non debebuntur; putà ſi quis hac lege emptus ſit vt manumittatur, & ex conſtitutione D.Marci ob non factam ſuo tempore manumiſſionem, peruenerit ipſo iure ad libertatem, *l.ſi quis hac* t *3. eod.* vbi additur, nec eum, cui libertatum conſeruandarum cauſa bona addicta ſunt, ex eiuſdem Marci conſtitutione, poſſe operas petere, neque ab iis qui directas, neque ab iis qui fideicommiſſarias libertates acceperunt, quamuis qui fideicômiſſarias acceperunt, ipſius liberti efficiantur. Non enim, ait Vlp. ſic fiunt liberti, vt ſunt proprij quos nulla neceſſitate cogente manumiſimus: de quo iam ſcripſimus *illa. 8. ſup.* Itaque quod ad hanc rem attinet, nihil intereſt an nulla manumiſſio præceſſerit, an coacta. Interueniente autem liberali & ſpontanea manumiſſione, ita demum operæ debentur, ſi iure impoſitæ ſint, id eſt eo modo quem pro bono & iuſto habeat Prætor, ex cuius edicto, vt iam diximus, totum hoc ius deſcendit. Modi autem ij tres sût, quos edicti verbis expreſſos fuiſſe refert Paulus in *d.l.qui libertinus.* Si libertus iurauerit ſe operas daturũ. Si promiſerit ſcilicet per obligationem verborum, hoc eſt per ſtipulationem; Si denique aliter obligatus erit. Primus modus, proprius eſt obligationis operarum. Nam vt iuriſiurandi obligatio contrahatur, libertum eſſe oportet eum, qui iurat, & libertatis cauſa iurare: *l.vt iuriſiurandi 7.eod.* ex quo loco, & alia pleraque petenda ſunt, ad hunc obligationis modum pertinentia. *[margin: l. vt iuriſiurandi. 7. de oper. libert.]* Extra hanc cauſam, ſicuti nudo pacto, ita & iureiurando ad nudum pactum accedente nemo obligatur efficaciter, id eſt vt conueniri poſſit. Nam nec pactum, nec iuſiurandum ennmeratur inter certos illos, & legitimos modos contrahendæ obligationis: *l.7.§. igitur nuda, & ſeq. D.de pact.§.vlt.Inſt.de oblig.* Loquimur enim de iureiurando accedente ad pactum, non ad ſtipulationem, vt primus hic modus differat à ſecundo. Secundus namque eſt, ſi libertus operas ſtipulanti patrono promiſerit: hæc enim ſtipulatio valet, non quidem iure communi, vt contra Donellum ſuprà diſputauimus (quia licèt ex ſtipulatione ſoleat iure ciuili naſci actio, *§.de conſtituta, Inſtit. De act.* id tamen tunc rectè dicitur, cùm in ſtipulationem id deducitur quod deduci poteſt, quales non ſunt operæ hominis liberi, per quarum ſcilicet præſtationem, & promiſſionem, ius libertatis quodammodo infringitur: *d. l. 4. ſi à parent. quis manum. ſit*) ſed tuitione Prætoris, qui contemplatione præteritæ ſeruitutis, æquum putauit deteriorem hac parte conditionem eſſe libertinorum, quàm ingenuorum. *[margin: l.7.§.parui eod.l.libertus 14. De pactor.& ver. dat.]* Habet ergo patronus ex beneficio Prætoris hoc etiam caſu, vt operas per ſtipulationem promiſſas à liberto exigere poſſit. Tertium modum iis verbis edicti expreſſum *obligatusve erit*, non malè Donellus ſic explicat, ſi libertas data ſit hac ipſa lege, vt operæ debeantur. Id enim eſt, quod ait *l.in liberto 77.D.de ſolut.* in liberto antiquiorem obligationem nullam eſſe, quàm operarum, ſine qua libertas ei data non eſſet. Quidni verò valebit dicta lex à patrono, dicta inquam manumiſſioni in ipſo actu manumiſſionis, cùm etſi ante manumiſſionem ſeruus quid promiſerit libertatis cauſa, quod tamen manumiſſus præſtare nolit, dãda ſit in eum hoc nomine actio prætoria de dolo: *l.& eleganter 7. §. ſeruus, de dolo*, aut in factum, vt loquitur *l. 3. C.an ſeruus pro ſuo fact. poſt manu. ten.* quamuis in cæteris cauſis conueniri ſeruus ex iis, quæ in ſeruitute geſſit, aut promiſit, non poſſit; ne poſt manumiſſionem quidem: *l.1.2.pen.& tot.tit.C. an ſeru.pro ſuo fact.* Sed non ſatis benè idem Donellus putat, eo demum caſu neceſſarium eſſe auxilium Prætoris & actionis prætoriæ, quo libertus promiſerit operas ex interuallo ante manumiſſionem, non etiam ſi hac ipſa lege præſtandarum operarum fuerit manumiſſus. Quaſi hoc caſu dubitandum non ſit, quin ex ipſo negotio geſto obligetur, & quidem iure ciuili: Sicut euenit, inquit, quoties aliquid facio, vt tu viciſſim facias. Contrahitur enim negotium ciuile, & inde naſcitur ciuilis actio, remota actione de dolo: *l.5.§.vlt.ff. de praeſcr.ver.* At non poteſt hic noſter caſus eam admittere rationem, propter perſonam manumiſſi, qui antequàm ſit plenè manumiſſus, ſicuti reuera ſeruus eſt, & prorſus incapax contrahendæ, aut ſuſcipiendæ obligationis; poſtea verò quàm ex manumiſſione libertatem conſecutus eſt, deſinit poſſe obligari operarum nomine, quarum cauſa, vt dixi onerat & infringit ius datæ libertatis; niſi quatenus Prætori placuit, eam quoque operarum obligationem tueri, & edicto polliceri iudicium operarum ſe daturum in libertos, & libertas: *d.l.2. in fin. De oper.libert.* cuius loci quemadmodum generalia verba ſunt, ita & generaliter intelligenda, vt nullo prorſus caſu efficax ſit promiſſio, aut petitio operarum niſi ex beneficio edicti, & indulgentia Prætoris. *[margin: l. 2. in fin.ff. de oper.lib.]* Quare ad rem non pertinet, quod Donellus obiicit, pactionem hanc operarum hoc ipſo quod in manumittendo adhibetur, non tam cum ſeruo adhibitam intelligi, quàm cum homine iam libero & manumiſſo: *arg.l. ſi quis duas 6 ff. commun. praed.* Nam & promiſſionem operarum à libero homine factam, ſuo etiam manumiſſori, negamus valere iure ciuili; cùm nec aliter à Prætore defendatur, quàm ſi facta ſit à liberto: *leg. ſi quis pro eo, 56.de fideiuſſ.d.l.4. ſi à paren.quis manum.ſit. d.l. 7. de oper. lib.* Poſſétque Donelli ratiocinatio procedere, ſi non de operis, ſed de pecunia; aut qua alia re, quæ cauſam libertatis non oneraret, lex manumiſſioni dicta proponeretur, vt in *d.l.& eleganter, §.ſeruus, & in d. l. 3. C. an ſeruus pro ſuo fact.* Imò nec à liberto, promiſſas fuiſſe operas per ſtipulationem, aut per iuſiurandum ſufficit, vt debeantur ex edicto Prætoris, niſi etiam illud occurrat, vt ſtatim & incontinenti poſt manumiſſionem ea promiſsio facta ſit, vt in ſeq. illatione dicemus.

ILLATIO XVI.

De operis incontinenti poſt manumiſſionem promittendis.

DEcimoſextò, ex eodem Principio fit, vt quemadmodum operas liberto impoſitas, ita demũ tuetur Prætor ſi libertatis & manumiſſionis cauſa impoſitæ ſint, ita nec aliter eas habeat pro impoſitis cauſa manumiſſionis, quàm ſi ſint impoſitæ ſtatim & incontinenti poſt manumiſſionem, ſiue per iuſiurandum, ſiue per ſtipulationem *d.l.vlt.* & in illis verbis, *dummodo incontinenti cùm manumiſſus eſt aut iuraret, aut promitteret d. ff. de lib. cauſ.* Qua de re videnda ſunt, quæ latè ſcripſimus *lib.* 20. *Coniect. cap.* 18. vnde peti potuerunt multa, quæ ad hunc maxime locum pertinerent.

ILLATIO XVII.

De pœna patroni qui operas indebitas exegit à liberta.

l. is qui oneranda 32. ff. de ope. lib.

DEcimoſeptimò ex eodem Principio fit, quod Modeſtinus ſcribit in *l. is qui oneranda 32. De ope. liber.* Si libertus patrono libertatis onerandæ cauſa pecuniam repromiſerit, non modo eum non teneri, ſed etiam patronum ſi pecuniam exegerit, ipſo fortaſſis liberto exceptionem obiicere, vel neſciente, vel non audente, bonorum poſſeſſionem contra tabulas eius petere non poſſe; vt qui in vno contra legem fecit, id quod infectum fieri nequeat, in alio ſaltem excludatur à beneficio legis. Nec diſſimile eſt quod per legem Æliam Sentiá æquè punitur patronus, qui libertum adegit ad iuſiurandum, ne vxorem ducat; aut libertam, ne nubat; aut qui ab illis hac de cauſa aliquid ſtipulatus ſit: *l. adigere 6. ff. de iur. patr. l. vl. ff. qui & à quib. manum.* quamuis etiam per legem Iuliam de maritandis ordinibus, huiuſmodi iuſiurandum remittatur, vt cum Holoandro legendum eſt in *§. vl. d. l. adigere,* niſi in ſingulari caſu *quæſitum pen. ff. qui & à quib. man.* ſi libertam patronus iureiurando adegiſſet; ne ea liberos impuberes habens nuberet: nihil enim contra legem Æliam Sentiam videtur feciſſe, qui non perpetuam viduitatem libertæ iniunxit, ſed ætati liberorum ipſius piè prudentérque proſpectum voluit. Non ſolùm autem ſucceſſione liberti priuatur patronatus, qui fecit contra legem Æliam Sentiam, ſed & omni alio iure patronatus: *l. qui contra 15. ff. de iur. patr.* vbi ſcriptum eſt, nihil hunc iuris habere in libertum. Additur, *nec ipſe, nec liberi eius.* In quo tamen diſſenſerunt Iureconſulti. Celſus primùm & Iulianus, deinde eorum exemplo cæteri. Plerique enim Iuliani ſententiam probant, vt refert Vlp. in *l. adeptinem 8. §. vlt. De in ius voc.* Ergo non omnes, inter quos Paulus in *d. l. qui contra.* Is enim & in aliis pleriſque ab Vlpiano, Iuliano, adeóque Papiniano vltro diſſenſit. Parúmque ſubtiliter facit Donellus, qui vt eos conciliet, vult Paulus intelligi de iis liberis patroni, qui idem fecerint quod eorum pater, aut facienti patri conſenſerint: *ar. d. l. vlt. in prin. qui & à quib. man.* quæ interpretatio non conuenit verbis Pauli, quæ ſunt tam generalia, vt hanc reſtrictionem non facilè patiantur. Neque verò lex Ælia Sentia de patroni liberis locuta eſt, ſed de patrono: ac proinde parum intereſt qui patroni filius fecerit, cùm necquicquam iuris libertum habeat viuo patre, eodémque patrono; nec conſequenter poſſit amittere ius quod non habet, niſi quod ei tanquam patroni filio debetur honor a liberto. Planè dubitandum non puto, quin ſic Paulus intelligi debeat, vt viuo patrono nihil iuris habeant eius liberi in libertum, ne alioqui non tantum ab Vlpiano & Iuliano, ſed etiam à Celſo diſſenſiſſe Paulus videatur. Id enim eſt, quod Celſus dicebat, ius patroni eo viuo in filium non tranſire: ita innuens eo mortuo non eſſe liberis deneganda iura patronatus propter delictum patris, cum ſint ipſi innocentes. Et hæc ſententia certe humanior & fauorabilior eſt, ex generali iuris regula, quæ non vult alieni delicti pœnam ad innocentes peruenire: *l. ſancimus 22. C. de pœn. l. ſi quis ſuo 33. §. 1. C. de inoff. teſtam.* Sicut è contrario magis probarem ſententiam Celſi & Pauli, vt viui patris delictum liberis noceret hactenus, ne viuo patrono, qui à iure patronatus cecidiſſet, idem ius in liberos ipſius tranſiret, quia cùm viuo patrono nihil iuris habeant ipſius liberi niſi ex eius perſona, abſurdum ſanè videtur plus iuris eos habere ob id ſolùm, quòd is, ex cuius perſona aliquod anteà habebant, ſuum amiſerit. Quinimo multò conuenientius eſt, vt ex alterius perſona nemo plus iuris habere poſſit, quàm alter ille habeat: quod & idem Paulus ſentit in *l. qui in ſeruitutem 6. De bon. lib.* Dices hanc rationem, ſi recta ſit, facere debere, vt nec poſt patroni mortem quicquam iuris in eius liberos transferatur. Nego. Eſt enim multò iuſtius & tolerabilius, vt iam mortui, non etiam viui patroni perſona liberis non noceat, qui eo tempore, quo patronus iam defunctus ſit, patronorum loco eſſe incipiunt, non item eo adhuc viuo, quo tempore nihil niſi ſpem iuris patronatus habent: *l. libertus 14. ff. de tut. & cur. dat.* Quanquam fatendum eſt, nouum valde eſſe, vt pro patroni filio ille habeatur, qui eius filius ſit, quem lex non habeat pro patrono: Videtúrque non minùs illud requiri, ne pater, quam ne filius indignus ſit iure patronatus, ad hoc vt patroni filius, quantùm ad ius patronatus attinet, pro patroni filio habeatur? *arg. leg. ſi filius 23. in prin. ff. de iur. patr.* tametſi poſſit interdum ſupereſſe operarum petitio, etiam vbi ius patroni non eſt: vt in *l. vlt. de oper. lib.*

l. qui in ſeruitutem 9. ff. de bon. lib.

ILLATIO XVIII.

Generalem operarum promiſſionem ciuiliter, & ex æquitate interpretandam eſſe.

DEcimooctauò ex eodem Principio fit, vt illa etiam quæ libertatis cauſa iuſtè ſunt impoſita liberto, aut libertæ, interpretationem recipiant ex æquitate, vt quamuis generaliter promiſſæ ſint operæ qualeſcunque, eæ tamen duntaxat promiſſæ videantur, quæ probè ac hîc licito imponuntur: *dict. l. vt iuriſiurãdi 7. §. iur. 2. eo. tit. De ope. lib.* earúmque editio tota pendeat ex æſtimatione edentis id eſt hactenus vt dignitati, facultatibus, conſuetudini, & artificio eius conuenientes edãtur: *l. pen. eod.* patroni quoque perſona ſpectanda eſt, *l. eius artificij 16. §. 1. ea.*

ſed

Digitized by Google

ſed multò magis liberti, ne audiatur patronus ſi poſcat operas, quas vel ætas liberti recuſet, vel infirmitas corporis eius non patiatur, vel quibus inſtitutum, aut propoſitum vitæ liberti minuatur: *l. nec audiendus 17. eod.* Patroni certè ratio hactenus habenda eſt, vt eo loco edi operæ debeant, vbi patronus moratur, ſumptu ſcilicet & vectura patroni: *l. opera 21. eod.* Quod poſtremum ideo adiectum fuit, quia operæ generaliter impoſitæ debentur quidem, ſed in hoc, aut illo loco non debeantur certa lege, ſicut nec in hoc, aut in illo loco morari libertus cogitur. Et huius illationis ratio ea eſt, quòd cùm libertus iam liber ſit, & extra manum ac poteſtatem priſtini domini conſtitutus, non vſque adeò inhumanè cum eo agendum eſt, vt ſuprà quàm libertatis fauor & æquitas pati poſſit, obligatus intelligatur. Hinc fit vt eius artificij, quod poſt manumiſſionem didicerit libertus, operas præſtare debeat, ſi tales eæ ſint quæ quandoque honeſtè, ac ſine periculo vitæ præſtari poſſint, nec ſemper illas, quæ manumiſſionis tempore præſtari debuerunt. Sed ſi turpes operas exercere poſtea cœperit, præſtare debebit eas, quas manumiſſionis tempore præſtabat: *d. l. eius artificij 16 in princ. l. hæ demum 38. eod.* Hinc, quod in omnibus operis præcipuè obſeruandum eſt, vt temporis ſpatia, quæ ad curam corporis neceſſaria ſunt liberto relinquantur: *l. cum patronus 22. in fi. eo.* etſi non ad libertos tantùm, ſed & alium quemlibet operas edentem hoc ius pertinet, quippe quod non ex ſolius libertatis fauore, ſed ex ipſa quoque naturæ neceſſitate proficiſcatur. Hinc, quòd ſi patronus vagari per orbem terrarum velit, non eſt iniungenda liberto neceſſitas vbique eum ſequi: *d. l. quod niſi 20. in fin.* iunct. *l. ſed & hæ 35 §. non ſolùm, de procurat.* Hinc quod ſi patroni plures conſultò in diuerſas regiones diſceſſerint, & liberto ſimul operas indixerint, placet diem quidem operarum cedere; ſed tamen quod certè mirum eſt, libertum non obligari, quia non per eum, ſed per patronos ſtet quo minùs dentur. Sicut accidit cùm ægrotanti liberto operæ indicuntur: *l. hæ operæ 23. §. 1. eo. tit. de oper. libert.* vbi additur, Si diuerſarum ciuitatum patroni ſint, & in ſua quiſque moretur, conſentire illos debere in operis ab eo accipiendis. Durum enim eſt; inquit Iulianus, eum qui ſe liberare poteſt decem diebus operando, ſimul operis indictis, ſi in accipiendis non conſentiant, compelli ad pręſtandam alteri, quinque operarum æſtimationem. Hinc quod ſi libertus ita iurauerit, *Daturum ſe quot operas patronus arbitratus ſit*, non aliter ratum eſſe debet arbitrium patroni, quàm ſi æquum ſit arbitratus. Nam & ea ferè mens eſt perſonam ſuam arbitrio ſubſtituentium, vt quia ſperent eum rectè arbitraturum, id faciãt, non quia vel immodicè obligari velint: *l. ſi libertus 30. in pri. eo.* Hinc, quod interdum & augmentum, & diminutionem, & mutationem recipit obligatio operarum. Nam dum languet libertus, parrooo operæ, quæ iam cedere cœperunt, pereunt. Sed & ſi liberta, quæ operas promiſit, ad eam dignitatem perueniat, vt ineqnueniens ſit præſtare illam operas patrono, ipſo iure hæ intercident: *l. interdum 34. eo.* Vt puta ſi patroni ſui vxor facta ſit, *l. liberta 8. C. eo.* aut etiam conoubina, *l. liberta 46. ff. eo.* Hinc, quod liberta maior annis quinquaginta, operas patrono præſtare non cogitur, *l. liberta 35. eo.* nēpe quod vix ſit, vt poſt eam ætatem fœmina operas commodè præſtare poſſit. Hinc,

l. cùm patronus 22. in fi. eod.

quod finitur obligatio operarum libertatis cauſa impoſitarum, nec minùs præteritarum quàm futurarum, ſi libertinus duos, pluréſve à ſe genitos, natóſve habebit, dum ne infames, vel etiam vnum quinquénem, *l. qui libertinus 37. eod.* Quod tamen ad præteritas operas pertinet; intellige, ſi non iam earum nomine condemnatus ſit libertus: tunc enim non poteſt liberari, quia pecuniam debere iam cœpit, *§. Iulianus, eod. leg.* Senſus eſt operas ſolas eſſe in petitione, & in obligatione, non earum pretium. In præſtatione tamen & condemnatione, non poſſe operas eſſe, ſed earum æſtimationem; quia quæ ſua die non fuerunt præſtitæ, ſi poſteà præſtentur, iam aliæ eſſe videntur: quemadmodum ſi aut ab alio, aut alij præſtarentur: *arg. l. ſi quando 8. l. quia alia 12. eo.* Ideóque quandiu ſecuta condemnatio non eſt, licèt petitæ ſint operæ, non impediri liberationem, ex lege Iulia *de maritandis ordinibus*, quæ de ipſis operis, non de earum æſtimatione locuta eſt: *l. nec patronis 6. C. eod.* Eandem verò rationem facere, vt ex die condemnationis, ac proinde ex quo debitum operarum cœpit transfuſum eſſe in obligationem pecuniæ, non poſſit liberatio induci: *arg. l. ſi fundus 16. §. ſi pluris, D. de pignor. l. 1. §. item ſi ita, ff. ad leg. falcid.* quia lex, vt dixi, de æſtimatione nihil cauit. Additur alia exceptio in *§. ſed ſi, d. l. qui libertinus*, Si creditori ſuo libertum patronus delegauerit (quoad operas ſcilicet fabriles & artificiales; nam officiales alij quàm patrono edi non poſſunt, ne quidem iubente patrono: *d. l. opere 9. l. quoties 24. eod.*) Hoc enim caſu factæ delegationis, non poteſt ex lege Iulia obtingere liberatio: Ratione illa & optima, & neceſſaria, quam Paulus reddit, quòd ſolutionis vicem contineat hæc delegatio, ideóque per eam libertus à patrono liberetur: *l. 3. C. de nouat.* iam autem ſemel liberatus amplius liberari non poſſit. Quod cùm ita ſit, non poſſum intelligere quam rationem habeat diſtinctio, quæ ſubiicitur in hæc verba: *Poteſt tamen dici, ſi is id quod patrono promiſit, alij poſtea delegatus ſit, poſſe eum liberari ex hac lege: nam verum eſt patrono eum promiſiſſe, quamuis patrono nunc non debeat.* Quòd *ſi ab initio delegante patrono libertus promiſerit, non liberari eum.* Quæro enim, Quomodo fieri poteſt, vt illo etiam caſu, quo libertus poſt operarum promiſſionem patrono factam delegatus ſit, liberetur ex lege Iulia *de maritandis ordinibus*, propter ſuſceptos poſteà liberos, cùm iam ſemel per delegationem tanquam per ſolutionem fuerit liberatus? Quòd ſi per delegationem ideò liberatus eſt à patrono, quòd eſt ſoluiſſe videatur, ſoluiſſe autem non aliam ob cauſam intelligitur, quàm quia ſic mandante patrono & iubente, alij eaſdem operas promiſerit; qua tandem ratione aut æquitate fieri poteſt, vt ab eo quoque, cui delegatus eſt, nullis etiam præſtitis operis liberetur? An non verò lex Iulia de patrono ſolo locuta eſt, non etiam de illo cui patronus bona fide libertum delegaſſet? Ratio enim illa, *nam verum eſt patrono eum expromiſiſſe*, ridicula eſt; cùm non illud ſolummodo verum ſit patrono libertum operas promiſiſſe, ſed etiam, quod magis eſt, ſoluiſſe vi & poteſtate delegationis. Habet ſiquidem delegatio duplicem hunc effectum, vt & qui delegatur alieno creditori, proprio ſoluere hoc ipſo videatur: *d. l. 3. C. de nouat.* & vt qui proprium debitorem delegat, proprio etiam creditori ſoluere in-

l. opera 9. l. quoties 24. eod.

I a telligatur:

telligatur : *quamuis 8. §. interdum, D. ad SC. Velleian. l. qui debitorem 18 ff. de fideiuſ.* Sed & ſecunda pars diſtinctionis falſa eſt. Fieri namque non poteſt, vt ab initio delegante patrono libertus promittat alij operas, id eſt quas prius ipſi patrono nunquam promiſerit. Sicut enim nullas operas libertus debet, ne patrono quidem, ſi nullæ impoſitæ ſint ; *d. l. cùm patronus 22. §. 1. in fin. d. l. operis 91. de oper. liber.* ita nec à patrono ſic imponi poſſunt, vt alij quàm patrono debeantur : quia licèt fabrilium & artificialium operarum, de quibus agimus, ea conditio ſit, vt à quocunque cuicumque ſolui poſſint, *d. l. operæ 9. eo.* non tamen ſimiliter vt alij quàm patrono deberi poſſint. Aliud enim eſt extraneo deberi operas, aliud ſolui. Adeò vt neque ſeruus patroni operas ſibi dari ſtipulari poſſit, ſed nominatim patrono ſtipulari debeat ; neque patronus facere vt quis alius, ſiue filius ille ſit, ſiue extraneus, poſſit adiici cauſa ſolutionis operarum, ne aliæ quàm quæ patrono debitæ ſunt operæ, ſolui videantur : *l. ſeruus 10. cum ſeqq. eo.* In eaque rem neceſſarium ideò eſt auxilium & remedium delegationis, *l. ſi non ſortem 26. §. libertus in fin ff. de condict. ind. b.* Denique conſtat delegationem non aliter fieri, nedum valere poſſe, quam ſi delegantis debitor ſit is, qui delegatur: *d. l. quamuis 8. §. ſi mulier, ad Vell. l. ſi quis 12 & ſeq. l. delegare 17.* & paſſim, *ff de nouat.* Prius ergo eſt vt patrono libertus operas debeat, quam vt earum nomine alij delegari poſſit. Et conſequenter fieri nequit, vt patroni creditori delegetur ab initio, id eſt earum operarum nomine, quas patrono nunquam debuerit. Itaque nec illud dici poteſt quo in textu ſequitur, *non liberari eam.* Quomodo enim liberari, aut non liberari poteſt is, qui nec obligatus ſit? Siquidem liberatio præcedentem ſupponit obligationem. Sic dicimus poſthumum liberti non liberare hæredes patris ſui, quòd proficiſci liberatio à liberto debeat, nec quiſquam per mortem ſuam liberari intelligatur, cum iam per mortem ſuam ſit ipſe liberatus, vt eleganter Paulus ratiocinatur in *d. l. qui libertinas, § poſthumas.* Vbi quod additur, *ex lege autem nati liberi proſunt*, hunc ſenſum habet, quòd lex Iulia de ſolis liberis iam natis locuta eſt, non de poſthumis: Vt nimirum inferat libertum, qui patri ſuo iam defuncto & liberato non poſſit amplius acquirere liberationem operarum, nec ipſius hæredibus prodeſſe debere : quibus tamen vtique prodeſſet, ſi lex de poſthumis quoque locuta fuiſſet. Qua ratione non diſſimiliter defendimus legem Iuliam de ſolis patronis locutam iis verbis, *patrono, patrona, liberiſue eorum*, non poſſe libertum liberare ab operis non patrono ipſi debitis, ſed alij cui fuerit ille delegatus. Quò etiam pertinet quod in eiuſdem legis fine ſcriptum eſt, Si libertus operarum nomine expromiſſorem dederit, nihil hoc caput legis Iuliæ ei prodeſſe, quia cùm expromiſſor ille ſit, qui ſolus obligatur pro alio, in quo differt à fideiuſſore (neque enim per fideiuſſionem fit nouatio, ſicut fit per expromiſſionem) lex autem de ſolo liberto liberando egerit, nihil cauſæ eſt cur expromiſſor liberetur, neque principaliter, neque per cōſequentias; quomodo ſi fideiuſſor eſſet, liberaretur per conſequentiam liberato liberto, qui quoniam cum fideiuſſore obligatus manet, perinde liberatur ac ſi ſolus eſſet obligatus, vt eadem lex ait. Non enim propoſitum ſuum lex Iulia ſeruaret, ſi non ſuccurreret fideiuſſori liberti, cum alioquin fieret, vt libertus à patrono iam liberatus, nullum liberationis effectum ſentiret, ſi protinus per interpoſitam fideiuſſoris perſonam, ipſum à quo liberatus eſſet patrono dare cogeretur : *l. 1. §. exceptionem, ff. quar. rer. act. non dat.* In ſumma, cùm fideiuſſoris datio non faciat quominùs libertus ipſe maneat obligatus, ita nec obſtat quominùs idem libertus, ſuſceptis quandoque liberis, liberari poſſit. Eo autem liberato, ipſam quoque fideiuſſoriam obligationem, quæ non niſi acceſſoria eſt, extingui & euaneſcere neceſſe eſt: *l. ſi fideiuſſor 19 ff. de dolo.* Quod non ſimiliter de expromiſſore dici poteſt, quippe qui licet pro alio anteà obligato, tamē ſolus & principaliter obligatur, cùm is qui expromiſſionem dat, hoc ipſo quaſi per nouationē liberetur. Dices non eo minùs fieri vt expromiſſor, poſtquàm ſoluerit habiturus ſit regreſſum aduerſus libertum, perinde ac ſi libertus etiā poſt expromiſſionem in obligatione remanſiſſet. Qui enim referre poteſt an pro eo expromittendo, aut ſoluendo eum liberauerit ? Ita ſanè eſt. Sed tamen non idcirco eadem ratio conſtitui poteſt expromiſſoris & fideiuſſoris, propter illam diſſimilitudinis rationem, quam attulimus. Nec legis Iuliæ propoſitū fuit, libertum propter liberos à ſe ſuſceptos liberare, niſi quatenus eſſet obligatus, quia nec aliter potuit de eo liberando quicquā cauere. Proinde expromiſſore dato pro operis à liberto, quantoſcunque liberos poſteà libertus ſuſcipiat, neque libertus poteſt liberari, quia non eſt obligatus: lex autem non niſi de liberto obligato locuta eſt ; neque expromiſſor, quia libertus non eſt, lex verò de ſolis libertis locuta fuit. Nec quemadmodum ad fideiuſſorem, ita & ad expromiſſorem, legis ſententia trahi poteſt ; quoniam ad fideiuſſorem trahitur per conſequentiam neceſſariam. Ad expromiſſorem verò trahenda eſſet principaliter, cùm ex perſona liberti, qui ipſe non liberatur, conſequi liberationem expromiſſor non poſſit. Eadem igitur ratione dicendum è contrario eſt, ſi patroni creditori libertus delegatus ſit, quamuis poſt factam à ſe, quod neceſſariò ſupponendum eſt, vt diximus, operarum promiſſionem, nullam tamen ei liberationem ex lege Iulia quæri poſſe, quia licèt patroni creditori ſit obligatus, tamen à patrono iam liberatus eſt per delegationem, acſi iam ipſi ſoluiſſet : lex autem Iulia non egit de liberto liberando, niſi à patrono, id eſt non etiā de illo liberando à patroni creditore. Sicque eadem erit ratio expromiſſionis & delegationis, quemadmodum & eadem eſſe debet. Per vtramque enim æquè fit nouatio ; & differentia tantùm in eo eſt, quod per delegationem debitor, id quod vni debet, alij promittit. Per expromiſſionem verò quod vnus debet, alius promittit. Delegatio mutat creditorem, Expromiſſio debitorem. Hæc cùm ita ſint, non video quo colore iam negare quis poſſit, totam illam additionem & diſtinctionem, quæ eſt in *d. §. ſed ſi creditori*, quam nos falſam eſſe & à iuris ratione penitus abhorrere oſtendimus, Triboniano potius, quàm Paulo noſtro tribui oportere. Nihil enim Triboniano familiarius eſt, quàm vt huiuſmodi diſtinctionibus, & reſponſa prudentum corrumpat, & ſuam iuris inſcitiam patefaciat; que ab eo factum eſſe hoc loco, ſi quo vnquā alio, auſim certò affirmare. Huius porrò iuris, quod Iuliæ induxit de liberto ab operarum obligatione propter ſuſceptos à ſe liberos liberando, duplex ratio fuiſſe videtur. Vna generalior

Opera extraneo ſolui poſſunt, liberi nō poſſunt.

vt

Digitized by Google

vt liberi homines in quorum numero ſunt liberti, aliquo propoſito præmio ad iuſtas nuptias contrahendas, iuſtiſque liberis replendam ciuitatem inuitarentur; ideóque nimirum locutà eſt de liberis natis in liberti patris poteſtate: non enim naſcuntur in poteſtate, niſi qui ex iuſtis nuptiis naſcuntur, vt dicemus ad *tit. De patr. pote.* Altera ſpecialior, quòd libertus ex quo tempore, vel iam binos liberos babet in ſua poteſtate, vel ſaltem vnum quinquennem, incipiat operas ſuas debere alendis liberis, non patrono: cùm enim amplius non ſit in domini manu, & poteſtate, ad eum non ad patronum cura pertinet alendorum libertorum, quos vt ſuſcipere potuerit, data ei libertas fecit; ſine qua nec matrimonium contrahere potuiſſet, liberos autem ſine matrimonio ſperare, multò minùs. Et hæc ſecunda ratio ad Principij noſtri ſenſum accommodatior eſt. Nam & inde fit, vt ſiue patronus, ſiue patroni filius & nepos aut pronepos libertæ nuptiis conſenſerit, operarum exactionem amittat, non quidem ante nuptias præteritarum, *d. l. ſi libertus 30. §. in libertam*, ſed earum quæ ex nuptiarum die cedere potuiſſent in id vſque tempus, quo liberta nupta eſſe deſierit. Nec tantùm ſi conſenſus interuenerit, ſed & ſi ratihabitio, *l. ſi quis 13. §. vlt. cum l ſeq. eo.* adeò vt in patrono quoque impubere idem ſit, ſi acceſſerit voluntas tutoris, *d. l. ſi quis, §. impubes.* Non alia ratione, quàm quòd hæc liberta, cuius matrimonio patronus conſenſit, in mariti, non in patroni officio eſſe debeat, vt eleganter ſcribit Herm. in *l. ſicut patronus 48. eo.* Vnde illud etiam fit è contrario, vt quamuis vxorem habeat libertus, idcirco patronus operas exigere prohibeatur, *d. l. ſi quis hac 13. §. etiamſi*, nempe quia non ſicut vxor marito, ita & viciſſim maritus vxori officium debet, in eóque vt & in aliis pleriſque iuris noſtri articulis, deterior eſt conditio fœminarum, quàm maſculorum: *l. in multis 9. ff. de ſtat. hom. l. vxore 59. & ſequ. ff. de his qui not. inſa.* Planè ſi nuptiæ, quibus patronus conſenſit, nullas vires habeant, operas exigere patronus non prohibetur, *d. l. ſicut. §. 2.* quoniam liberta nullum debere poteſt officium ei, qui maritus non eſt, & conſenſus à patrono præſtitus nuptiis libertæ, tacitam ſemper eam conditionem habet, *ſi nuptiæ ſequantur. arg. l. ſi extraneus 6. ff. de cond. cauſ. dat.* Sed etſi patrona aut filia, vel neptis, vel proneptis patroni, libertæ nuptiis conſenſerit, placet operarum exactionem non denegari, quia his perſonis nec ab ea quæ nupta eſt indecorè præſtantur. *d. l. ſicut, in fin.* Quòd ſi plurium liberta vnius tantùm voluntate nupſerit, alteri petitio operarum manet: *l. ſi duorum 18. eod.*

l. ſi duorum 18. eod.

ILLATIO XIX.

De præſtanda operarum æſtimatione.

Decimonon ò ex eodem ſupradicto Principio fit, vt libertus indictas ſibi operas à patrono præſtare præcisè non cogatur, ſed liberetur dando earum æſtimationem; quomodo euenit in cæteris omnibus faciendi obligationibus: *l. ſi quis ab alio 13. §. vltim. ff. de re iudic. l. ſtipulationes non diuiduntur 72. verſ. Celſus, l. quoties quis alium 81. de ver. obligat. l. medicus 26. §. 1. D. de oper. libert.* De quo Anton. Fabr. Iuriſp. Papin. Scient. videnda ſunt quæ ſcripſimus *lib. 20. Coniect. ca. 19.* ne hîc eadem repetamus.

ILLATIO XX.

Libertinum hominem, eius libertum eſſe, à quo manumiſſus eſt.

Viceſimò ex eodem Principio fit, vt qui libertinus eſt, dicatur regulariter libertus eius à quo manumiſſus eſt. Nam ſi libertinus ille eſt qui ex iuſta ſeruitute manumiſſus fuit, planè conſequens eſt, vt patronus ille ſit, qui ex iuſta ſeruitute manumiſit: *l. adoptiuum 8. §. paternum, D. de in ius vocand.* Hinc nullius libertus dicitur, qui ex defuncti domini teſtamento libertatem conſecutus eſt; non quòd nullum manumiſſorem habeat, aut incertum, ſed è contrariò, quia certum eſt, eum fuiſſe manumiſſorem, qui iam nullus eſt, quia defunctus eſt. Vnde & orcinus libertus dicitur: *l. 3. § planè D. de legit. tutor.* iunct. *l. 4. ff. de liber. l. ſi is cui 49 de fideic. libert.* An hoc verò ob id ſolum quod defunctus ſit is, qui manumiſit? Minimè. Nam ſi ita eſſet, orcinus quoque, & nullius libertus dici deberet, qui vindicta manumiſſus eſſet, defuncto tandem manumiſſore, quod falſum eſt. Sed quia cùm directa libertas teſtamento datur, & ex eo teſtamento competit, manumiſſor ille eſt qui ipſo tempore manumiſſionis, & competentis libertatis, iam nullus, id eſt mortuus eſt. Non enim manumiſſio fit eo inſtanti quo libertas legatur, id eſt viuo adhuc teſtatore; ſed eo demum, quo libertas ex legato competit, hoc eſt quo ſuprema voluntas per legem confirmatur, quod non fit niſi mortuo iam teſtatore. Nam, vt & Diuus Paulus ait, mortuum eſſe teſtatorem neceſſe eſt, ad hoc, vt teſtamentum confirmetur: imò & aditam hæreditatem, vt legatum libertatis vtiliter cedat, *l. nam cùm 8. ff. quand. dies leg. ced. l. vnic. §. libertatibus, C. de cad. toll.* Ideóque & qui orcinus libertus eſt; familiæ libertus dicitur: *l. ſi ſocius 48. ff. de manum. teſtam.* non quaſi à familia manumiſſus, quæ nec manumittere vllo caſu poſſet, ſed quia familiam ſequitur, & eius libertus eſt, cuius eſt familia, conſequenter hæredis defuncti, ad quem & familia pertinet. Dices, Quid igitur intereſt an à viuo, an à defuncto manumiſſus ſit? intereſſe namque conſtat ex eo, quod Vlp. ſcribit in *l. 2. De ſtatulib.* ſtatuliberum qui pendente conditione manumiſſus ſit ab hærede, non amittere ſpem orcini liberti. Quod vtique ridiculè diceretur, ſi nihil eius referret, an orcinus, an hæredis libertus eſſet. Aut cur nullius libertus eſſe dicitur, qui libertus eſt hæredis? Reſpondeo multum intereſſe, quia non poteſt hic tanquam ingratus accuſari ab hærede, qui ipſe patronus non eſt, quique beneficium non dedit, cum nec ea accuſatio permittatur illi, qui ex alieno teſtamento fideicõmiſſariã præſtitit libertatem: *l. 1. C. de libert. & eor. liber.* quem tamen nemo dixerit ſi non plus, certè minus iuris habere debere, quàm ſi neque ſponte neque coactus manumiſiſſet. Item quia bonis hæredis venditis, adeóque bonis defuncti, neque hæres ipſe, neque bonorum emptor ius vllum patronatus in hunc libertum habet; quod diuerſum eſſet, ſi aut à defuncto ipſo, aut ab hærede vindictâ manumiſſus fuiſſet: *arg. l. ſi bona 40. ff. de*

l. 2. de ſtatu lib.

oper. libert. Hinc etiam eſt quod is quoque qui fideicommiſſariam libertatem præſtitit, quia re-uera manumiſit, patronus eſt, licèt coactus manumiſerit, quia quòd coactus manumitrit, non facit quin verum ſit, eum ſolum dare libertatem, quæ ex ſola manumiſſione competit, non etiam ex iuſſu manumittendi. Sed facit tamen, vt in quibuſdam pro patrono non habeatur, vt explicauimus *illat. 8. ſup. ex § ven. Inſt. de ſingul. reb. per fideic. relict. l. is quoque 9. ff. de in ius vocand. l. 3. in princ. & §. 1. De ſuis & legit. l. ſi quis hac 13. ff. de oper. lib. l. qui ex cauſa 29. ff. de ben. libert. l. 1. C. de libert. & eor. liber.* Vſque adeò autem manumiſſio & libertum & patronum facit, vt interdum etiam is qui non manumiſit, ſi tamen libertatis cauſam præbuit, pro patrono habeatur: vt purà ſi quis ſeruum ea lege emerit, vt intra certum tempus manumitteret, nec tamen manumiſerit intra id tempus, quo caſu ſeruus habetur pro manumiſſo, & liber fit ipſo iure, *l. ſed ſi hac 10 in princ. ff. de in ius vocand.* quamuis non poſſit libertum tanquam ingratum accuſare, *l. ſi quis hac 30 qui, & à quib. manum.* Sic è contrario, ſi quis ancillam ea lege vendiderit ne proſtitueretur, & ipſa proſtituta ſit ab emptore, placet ita eſſe eam liberam ipſo iure, vt venditor ſit patronus: *d. l. ſed ſi hac, §. 1.* Rationem diuerſitatis reddit Donellus *lib. 11. Comment. cap* 19 quòd ſuperiore caſu tributum erat emptori à venditore vt ſeruum manumitteret: Poſteriore verò venditor ancillam ad libertatem rectà vocat, ſine vllo facto intermedio emptoris. Sed parum ſubtiliter, ni fallor. Neque enim verum eſt, poſteriore iſto caſu vocari ancillam rectà in libertatem à venditore, ſine emptoris facto; ſiquidem fit libera ipſo iure, ac proinde ſola legis poteſtate, non ex ſola venditoris voluntate, quippe quæ non potuit nuda eum habere effectum, vt ancillam ſine manumiſſione perduceret ad libertatem. Ac præterea fatendum eſt, hoc caſu intercedere factum emptoris, cùm non aliam ob cauſam fiat ancilla hæc ipſo iure libera, quàm quia contra legem venditionis proſtituta ſit ab emptore. Illa igitur differentiæ ratio & breuior & planior reddēda eſt, quòd priore caſu lex ſupplet factum emptoris, qui ſecūdùm voluntatē venditoris manumittere & potuit, & debuit: Poſteriore verò nō ſupplet lex, ſed punit factū emptoris ob id, quod fecerit contra licitā & honeſtam legē venditioni dictam à venditore. Porrò abſurdum eſſet, ex eodem facto & pœnam ſubire emptorem, & lucrum ſibi acquirere: quod contingeret, ſi amittendo ancillam, acquireret ſibi libertam. Hinc illud etiam eſt, quod ſi iurauero me patronum eſſe, non ſum abſolutè patronus, id eſt etiam quantum ad ſucceſſionem, quia iuſiurandum non facit patronum, ſed manumiſſio: *l. ſi iurauero 24. D. de iur. patr.* quamuis mihi honor debeatur, ne in ius vocari poſſim, niſi venia priùs impetrata propter vim iuriſiurandi, quod alioqui nullum ius tribueret: *d. l. adoptiuum 8. §. patronum.* Aliud eſt, ſi pronunciatum ſit me patronum eſſe: tunc enim ſententiæ ſtabitur: *d. l. ſi iurauero.* quia res iudicata pro veritate habetur: *l. res iudicata 208. de reg. iur. l. ingenuum 25. ff. de ſtat. homin* & conſequenter pro manumiſſione habetur ſententia, per quam pronunciatum eſt me patronum eſſe, ac ſi pronunciatum eſt me eſſe manumiſſorem, cùm patronus ille maximè ac verè ſit, qui manumiſit. Diſſimilis eſt is qui colluſionem detexit liberti cum patrono colludentis, & pro ingenuo ſe gerentis: de quo *in l. vlt. ff. de colluſ. deteg. & in d. §. patronum.* Hic enim etſi ſit patronus in vicem & locum veri patroni, ſicut & fieret dominus, ſi colluſionem ſerui detexiſſet; *d. l. 1 & tot. ill. tit. De colluſ. deteg.* non tamen ideo ius illud nanciſcitur, quòd pro manumiſſore habeatur, ſed conſtituto iure, quia ſic placuit Senatui ob publicam vtilitatem, ex ratione illa quam ponit Caius *in d. l. 1. eo.* Cùm enim ſenatuſconſultum vim legis habeat, vt ſuo loco diximus, lex autem tanquam quæ & hominum & rerum omnium regina ſit, *l. 1. & 2. ff de legib.* de ſingulorū iure, ſtatu, & dominio diſponat prout Reipublicæ vtilius eſſe videt; nemo dubitat quin & ex ſenatuſconſulto, & ex alia lege qualibet, poſſit ius patronatus, interueniente iuſta cauſa, trāsferri à manumiſſore in nō manumiſſorē, nulla etiam inducta fictione interpoſitæ tacitæ manumiſſionis, quia nec manumiſſio ipſa conferre poſſet libertatem, niſi concurreret poteſtas legis. Lex autem quæ manumiſſioni eam vim tribuit, dummodò ſolemniter ac ritè facta ſit, non ſe ipſam obligat & adſtringit, quominùs aliis quoque modis, id eſt etiam citra manumiſſionem, & liberum facere poſſit, & libertum, & patronum. Vnde & iis caſib. quib. placuit ſeruos pro præmio accipere libertatem, videas requiri neceſſariò ſententiam: *l. 1. ill. tit. C. pro quib. cauſ. ſer. pro præm.* nec tamen manumitti ſeruum ab eo, qui dominus non ſit, vt purà ab ipſo Prætore, vel à Præſide ſi ſeruus domini necem detexerit, & vindicauerit, ſed tantùm pronunciari & ſtatui à Magiſtratu, vt hic liber ſit: quo modo vtique accipienda eſt *d. l 1.* poſtremis illis verbis, *Non ex ipſo facto, ſed aditione & ſententia Præſidis reportabis*, vt conſtat ex *l. ſi necem 4. in pr de bon. liber.* vbi ſcribit Paulus. hunc, de quo Prætor ſic ſtatuit & pronunciauit vt liber ſit, non tamen à Prætore libertatem conſecutum videri, ſed potiùs ex ſenatuſconſulto, ſcilicet de quo in *d. l. 1.* Idemque iuris eſſe puto in cæteris caſibus, de quibus *in l. 2. 3. & 4 eod. tit. C.* id eſt ſi ſeruus reum falſæ monetæ, aut raptus, aut deſertæ militiæ detulit. Nam & hic ſeruus libertate donatur ex Imperatorum conſtitutionibus, ſed adito priùs, & ita ſtatuente Præſide, vel Prætore, vt liber ſit; non autem vt ipſo iure, ac citra vllum Magiſtratus factum liber fiat. Et cōſequenter quod de illo, qui necem domini d... xit, ſcriptum eſt in *d. l. ſi necem*, nullius libertum eum eſſe, idem & aliis caſibus obtinere puto. Quid enim refert an ex Senatuſconſulto, an ex Principis conſtitutione ſeruus libertate donetur? Aut vt Magiſtratus in ſtatuenda & adiudicanda huic libertate, Senatus, an Principis mentem ac ſententiam ſubſequatur? In eóque diſſentio etiam à Donello, qui *lib. 2. Comment. cap.* 12. ſcribit tribus his caſibus fiſcum eſſe manumiſſorem, & patronum duplici ratione; propterea quòd, inquit, cauſa publica ſit, & ad fiſci vtilitatem propter bonorum publicationem pertineat. Item quia fiſcus pretium ſoluat domino, tanquam cui per fiſcalem manumiſſionem ſeruus eripiatur. Quæ vtraque ratio parum apta eſt. Etſi enim bona eius qui de falſa moneta, vel de raptu, vel de militia deſerta delatus eſt, publicanda ſunt ex legibus, ac proinde ad fiſci vtilitatem; quid tamen iuris fiſco tribuere illud poteſt, vt alieni ſerui manumittendi ius nanciſcatur? An non multò potentius eſt ius legis,

l. ſi iurauero 24. ff de iur. patron.

l. 1. Cod pro quib. cauſ. ſerui pro præm.

Digitized by Google

giſ, quam fiſci, ad hoc vt ſiue ignoranti, ſine inuito domino ſeruus, qui libertatem meruerit, eripiatur? Denique quo iure obſecro, aut colore fieri poteſt, vt fiſcus manumittat ſeruum, quem in manu & poteſtate ſua nunquam habuerit? Eos ſiquidem caſus tractamus, in quibus ſeruus non proprium dominum, ſed alium detulerit, atque ita quo fiſcus dominus factus non ſit; alioqui de pretio inferendo per fiſcum domino, tractari non oporteret, quo modo tractatur in *d. l. 3. co. ill. tit.* Hoc ipſum autem, quòd fiſcus pretium domino ſoluere iubetur, non eam rationem habet, quod ſit ipſe manumiſſor, ſicut nec ob id ſolum aut manumiſſor fieri, aut pro manumiſſore haberi poteſt; ſed illam potiùs, ne homus Legiſlator, dum publicæ vtilitati conſulit, interim priuato iniuriam fieri patiatur: vt diximus ad *Princip. 1. illat. 9. hoc tit.* Alia cauſa eſt Monachi, quem Iuſtin. *Nouell. 5. de monach. §. 1.* pro libero haberi voluit, ex quo per triennium monaſticam vitam in monaſterio ſit profeſſus, ita vt exinde abduci à domino non poſſit. Hic enim non ſolùm ſine manumiſſione liber eſt, quam nec aliis ſuperioribus caſibus neceſſariam eſſe diximus, ſed & ſine vllo Prætoris vel Præſidis facto. Nihil enim aliud Iuſtiniani conſtitutio requirit: in quo melioris conditionis eſt monachus, quam is ipſe, cui fideicommiſſaria libertas data eſt teſtamento, tametſi moram in ea paſſus proponatur. Etſi enim non indiget ille manumiſſione, tamen non prius liber eſt, quam Prætor pronunciauerit libertatem ei deberi: *l. cùm vero 26. §. ſubuentum, l. ſi eum ſeruum 10. §. ſi quis ſeruum, ff. de fideic. libert.* niſi hactenus vt ancilla interim, ideſt ante illam quoque pronunciationem, ingenuum pariat: *d. l. cùm vero, §. apparet, l. 1. §. quæri, de ſuis & legit.* Mirum autem illud eſt, contingere hoc caſu libertatem ex eo ſolo, quod Prætor pronunciauerit illam deberi, cùm aliud ſit deberi, aliud competere libertatem. Quæ enim competit, non debetur. Et è contrario, fieri non poteſt vt competat ea, quæ debetur. Vt ſcripſimus *lib. 6. Coniect. cap. 16.* Sed id fit, quia ex quo pronunciatum eſt à Prætore fideicommiſſario, libertatem ex fideicommiſſo deberi, poſteaquam in ea præſtanda iam mora facta eſt, nihil prohibet quominus eodem inſtanti ſuccedat poteſtas iuris, quæ repræſentet factum hæredis manumittere debentis, vt ſeruus, etiamſi reuera non ſit manumiſſus, pro manumiſſo tamen habeatur; ſicut euenit, cùm quis ea lege venditus eſt, vt intra certum tempus manumittatur nec intra id tempus manumiſſus fuit. Atqui dicet aliquis, ſufficit illo caſu vt mora facta ſit manumiſſioni, nec præterea requiritur, vt pronunciatum ſit libertatem deberi. Eſt enim ille liber ipſo iure, & ob hoc ſolum quod moram paſſus fuit. Ita certè eſt: Sed ratio diſſimilitudinis alioquin ſubobſcura ex eo pendet, quod multa poſſunt incidere, propter quæ aut fideicommiſſaria libertas non debeatur, aut hæredis qui eam non præſtitit, mora excuſanda videatur, quod non ſimiliter dici poteſt cùm emptor moram in manumittendo fecit contra legem venditionis. Quandiu autem facti quæſtio implicita eſt, poteſtas iuris exerere vices ſuas non poteſt. Adde quod etſi Prætor pronunciaret, emptorem qui intra præſtitutum tempus non manumiſit, debere libertatem; hoc ipſo faceret ille contra venditionis legem, pronunciaret enim emptorem abſolutè & pleno iure ſerui huius dominum eſſe, cùm non alius debere ac præſtare libertatem poſſit, quam qui abſolutè ac pleno iure dominus eſt. Atqui ex lege & conuentione traditioni dicta, apparet, non aliter factum fuiſſe emptorem dominum, quàm hac conditione, vt intra certum tempus daret ſeruo libertatem. Ergo prærerito illo tempore non magis emptor pro domino haberi poteſt, quam ſeruus pro libero, cùm amplius conſequi libertatem intra præfinitum tempus non poſſit: ne alioqui diuidatur vẽditio, quia aliàs venditor non fuerat contracturus: *l. C. de pact. int. empt. & vendit. l. in traditionibus 44. ff. de pact.* Dices. Cur ergo fuit neceſſaria autoritas conſtitutionum, vt ſeruus hic ex ſolo lapſu temporis fieret liber ipſo iure, & citra manumiſſionem? Reſpondeo, quia ſupradicta ratio concludit duntaxat, emptorem, qui non niſi hac lege dominus factus fuerit, ſi contra legem venditionis fecerit, libertatem, quam non dederit, debere non poſſe, tanquàm qui nec plenè & abſolutè dominus intelligatur. Ex hoc autem euenire potius neceſſe eſſet, vt ſeruus hic maneret, quippe qui nec reuera eſſet manumiſſus, nec à venditore ipſo manumitti amplius poſſet: ad quem ſcilicet dominium per traditionem tranſlatum, ſine noua traditione regredi non poteſt, quoties pactum tale appoſitum nõ eſt, quod ipſo iure venditionem reſoluat. Itaque vt liber hic fieret citra manumiſſionem, neceſſarium fuit auxilium conſtitutionis; vel eo magis, quod neque ipſius venditoris voluntas illa vnquam fuit, vt is ſine manumiſſione liber eſſet, cùm emptori impoſitam voluerit neceſſitatem manumittendi. Conſtitutio autem factum emptoris ſupplet ac repræſentat, vt is ipſe intra præſtitutum tẽpus manumiſiſſe intelligatur, vt nihil ſit quod faciat, ne videatur hic ſeruus fuiſſe in pleno dominio emptoris, quominus libertatem conſequi poſſit. At in hærede qui fideicommiſſariam libertatem debet, nihil tale tractari poteſt, nec in alio quolibet, cui ſeruus legatus ſit ea lege, vt eum manumittat, niſi additum ſit, *ſi non manumiſerit, liber eſto*, quo caſu placet ſeruum ſtatim liberum fieri: *l. ſi ita ſcriptum 37. ff. de man. teſt.*

Nouell. 5. De monach. §. 1.

l. 1. Cod. pro quib. cauſ. ſerui pro præm.

l. ſi ita ſcriptũ 37. ff. de man. teſt.

ILLATIO XXI.

Factus liber inuito domino, non fit eius libertus.

Vicesimoprimò ex eodem Principio fit, vt quoties inuito domino, præſertim verò ſi ob culpam domini ſeruus ſine manumiſſione, & ipſo iure perueniat ad libertatem, ita vt nec domini factum legis poteſtate ſuppleatur & repræſentetur, non fiat patronus qui priùs dominus fuit; vt putà ſi ſeruus propriis nummis emptus, vt ab emptore manumitteretur, non fuerit manumiſſus; de quo *Vlp. in l. 4. ff. de manu.* Siue enim emptor coactus eum manumiſerit, ſiue eo latitante, ſeruus ex ſententia Prætoris peruenerit ad libertatem, exemplo fideicommiſſariæ libertatis, vt ait *l. qui ſe dicit 67. l. vix certis 53. ff. de iud.* non habebitur pro patrono, *d. l. ſed ſi hac 10. ff. de in ius voc.* Erit quidem patronus ſi eum manumiſerit; licet coactus, quia fieri nequit vt patronus non ſit qui manumiſſor eſt; ſed tamen pro patrono non erit habendus. At ſi eo latitante ſeruus ſine manumiſſione peruenerit ad libertatem, neque patronus, neque patroni loco habẽdus erit ille, qui dominus fuit:

Eâdémque cauſa eſt eius, pro quo manumittendo alius pecuniam dederit, quia parum intereſt an à ſeruo ipſo, an ab alio pecuniam acceperit dominus ad manumittendum, *l. ſi quis ab alio 19. ff. de man.* Item ſi is qui ancillam vendiderat ea lege ne proſtitueretur, eam ad ſe receptam ipſe proſtituerit, placet non eſſe illum patronum, *d. l. ſi hac, §. 1.* qua neque manumiſit, neque pro manumiſſore habendus eſt, cùm in pœnam proſtitutionis ab eo ipſo factæ, ancilla libertatem conſequatur. Non enim debuit inhoneſtè committere in legem, quam emptori venditor honeſtè dixerat.

ILLATIO XXII.

De libertate ignoranti, adeóque inuito danda.

VIceſimoſecundò ex eodem Principio fit, vt & inuito, & multò magis ignoranti libertas dari poſſit, *l. vlt. §. ſin verò, C. de teſtam. manum.* & conſequenter etiam infanti & furioſo: *l. penult. & vlt. ff. de manum.* Nam cùm libertatem dare, nihil aliud ſit quàm è manu ſua emittere, apparet nullum in eo requiri factum, ac nequidem conſenſum manumiſſi, ſed ſufficere factum manumittentis: Sicut & vt auis, quam in manu mea habeo, recipiat priſtinam ſuam libertatem, ſufficit vt è manu mea illam emittam, dommodo eo animo vt fiat illa libera, nec amplius eam perſequi velim: *l. naturalem 5. l. Pomponius 44. de acq. rer. dom.* Idque eſt quod ait *d. l. pen.* hoc fieri ex ipſa iuris ratione, vt infans liber fieri poſſit, id eſt non ætatis fauore hoc receptum eſſe, vt alia pleraque; ſed ad iuris communis cauſam pertinere: quoniam qui infantem in manu habet, perinde atque ſenem è ſua manu emittere poteſt: ſimiliter & furioſum æquè ac hominem ſanæ mentis. Denique quod in mente & corpore ſanis etiam ignorantibus, iuris ratio induxit: idem in furioſis quoque & infantibus obtinet, qui ſcilicet ignorantibus comparantur: *l. filiusfamilias 16. in fin. ff. qui teſtam. facer. poſſ.* licet nonnunquam is qui infans eſt, adeóque pupillus, melioris conditionis ſit, quàm qui prorſus abeſt, & ignorat, vt in ſpecie *l. cùm filiusfamilias 49. §. in hac ſtipulatione, de verb. obligat.* Et ſanè cùm is qui libertatem accipit, nihil noui acquirat, ſed tantùm priſtinam & naturalem libertatem recuperet, ſublato vinculo ſeruitutis, quod ius gentium induxerat, quid obſecro impedit quominùs tollatur illud vinculum etiam inuito ſeruo, quo etiam inuito fuerat contractum? *ex reg. nihil tam naturale 35. De reg. iur. l. prout. 80. ff. de ſolut.*

l. vlt. §. ſi verò, C. de teſt. man. l. pen. & vlt. ff. de manum.

ILLATIO XXIII.

De prohibito manumitti.

VIceſimotertiò ex eodem Principio fit, vt ſeruus maneat, nec libertinus fieri poſſit, quiſquis prohibitus eſt manumitti. Siue ea prohibitio facta ſit per teſtamentum, *l. 2. C. qui non poſſ. ad libert. peru.* ſiue per contractum aut expreſſis verbis, vt cùm quis ea lege venditus eſt, ne vnquam manumittatur, *l. ea quidem 5. C. ſi mancip. ita fuer. alienat. l. 4. §. in illis, l. ſeruus 9. ff. de manumiſſ. l. ille 9. §. vlt. qui, & à quib. manum.* aut æquipollentibus, vt cùm ſeruus venditus fuit ea lege vt exportaretur, *d. §. in illis.* Scilicet ſi non ante fidem ruptam manumiſſus eſt, id eſt niſi prius fuerit exportatus. Hic enim poſtea manumiſſus fit liber: *l. 1, C. ſi ſeru. export. ven.* Idem eſt ſi quis à Præfecto, vel à Præſide, aliôve Magiſtratu ob delictum aliquod prohibitus ſit manumitti: *d. l. ſeruus 9. d. l. ille 9. § vlt.* In quo numero computantur etiam ij, qui in perpetua vincula damnati ſunt: *l. 1. C. qui non poſſ. ad libert. peruen.* Quid enim tam contrarium manumiſſioni quàm perpetua vincula? Sed etſi ad certum vſque tempus in vincula damnatus quis ſit, idem eſt vt nimirum intra illud tempus manumitti non poſſit, quoniam ad finem vſque illius temporis æquè perpetua ſunt vincula, *d. l. 1.* Sic & lege Fauia *de plagiariis*, prohibetur intra decem annos manumitti ſeruus plagiarius, pro quo dominus pœnam intulit: *l. lege Fauia 15. ff. de man.* vbi additur, in hoc decennio computando, non mortis, ſed facti teſtamenti tempus inſpiciendum eſſe. Idem generaliter placuit ex Hadriani conſtitutione in ſeruis, ideo tantùm manumiſſis, vt crimini ſubtraherentur: *l. qui pœna 8. in fin. ff. de manum.* Ne ſcil. ad iuſtam libertatem peruenire vnquam poſſint. Nam in ſeruis qui culpa vacant, perinde conſtitutum eſt, vt ſi pro alieno delicto quæſtioni ſubiici poſſint, manumitti interim nequeant; ne quæſtioni ſubtrahantur, nempe ad certum vſque tempus; putà ſexaginta dierum; in ſpecie *l. proſpexit 12. ff. qui & à quib. manum. l. 3. C. de adulter.*

ILLATIO XXIV.

De adſignatione libertorum.

VIceſimoquartò ex eodem Principio fit, vt qui ſeruum manumiſit, eique libertatem dedit, vſque adeò patronus eius fiat, vt etiamſi moriens plures liberos relinquat, poſſit cui velit ex liberis ſuis libertum adſignare, ex Senatuſc. de quo in *l. 1. tot. tit. ff. de adſign. libert.* ideſt ſignificare, cuius ex liberis libertum eum eſſe velit: *l. adſignare 107. de verb. ſign.* adeóque nuda voluntate, ideſt non ſolum quibuſcunque verbis, & ſiue viuus, hoc eſt inter viuos, ſiue in vltima voluntate vt teſtamento, & codicillis; ſed etiam nutu, & quocunque indicio voluntatis: *l. 5. §. adſignare*, necminùs filio exhæredato, quàm inſtituto: *§. ſed etſi exhæredato, ibid.* ſicut & non minùs libertum qui apud hoſtes ſit, quàm eum qui ſit in ciuitate: *§. is quoque, ibid.* nimirum propter ſpem poſtliminij, quæ huic liberto perinde ac cæteris ciuibus Romanis competit, cùm ſit ipſe & liber & ciuis. Propter quam etiam cauſam ſi apud hoſtes moreretur, in ciuitate deceſſiſſe intelligeretur ex fictione legis Corneliæ, vt hæredem poſſet habere eum ex liberis patroni, cui adſignatus à patrono fuiſſet. Illud notandum eſt, adſignatione liberti, neque quaſi fideicommiſſum percipi, ideóque nec fideicommiſſo poſſe onerari; vt ait Scæuola *in l. adſignare 7. eod. tit.* *l. adſignare 7. eod.* Nimirum quoniam qui adſignat libertum, diſponit quodammodo de homine libero, qui tamen cùm in hominum commercio non ſit, neque legari, neque per fideicommiſſum relinqui poteſt. Ideóque nec adſignandi ius haberet patronus iure communi, ſi non ſpecialiter eo Senatuſconſulto datum illi eſſet. Vnde etiam eſt, quòd liberi patroni, quanquam & ipſi in plerìſque cauſis iure manumiſſoris cenſeantur, tamen paternum libertum,

Digitized by Google

libertum, etiamſi eis à patre fuerit adſignatus, *l. liberi 8. eod.* ipſi liberis ſuis adſignare non poſſint: *l. liberi 8. eo.* Non alia ratione, quàm quia ius adſignati liberto ex ſolius Senatuſconſulti authoritate competit: Senatuſconſultum autem de eo ſolo patrono locutum eſt, qui reuera fuerit ipſe manumiſſor, ideſt à quo libertus libertatem conſecutus ſit, vt ex verbis Senatuſconſulti apparet. Inde illud quoque, quod non ei tantùm qui in poteſtate eſt, ſed etiam emancipato filio libertum adſignare patronus poteſt: ſed ita tamen, ſi modò non pauciores quàm præter eum duos habeat in poteſtate: *l. vtrum 9. eod.* Vtrumque enim fit ex verbis Senatuſconſulti, quod in danda adſignandi licentia, de eo ſolo locutum eſt, qui duos pluréſve liberos ex iuſtis nuptiis quæſitos in poteſtate haberet. Cùm verò egit de liberis, quibus adſignatio fieret, generaliter ita ſcripſit: *cuius ex liberis ſuis*, nulla diſtinctione facta, ſuúſne hæres eſſet ille filius, an emancipatus. Itaque nouum ius alioquin fauorabile Senatuſconſulti, cuius verba eſſent generalia, generaliter quoque intelligi debere viſum eſt, vt etiam ad emancipatos pertineret. Quòd ſi quis curioſiùs inquirat, cur Senatuſconſultum de eo ſolo patrono conceptum ſit, qui duos pluréſve liberos habeat in poteſtate, ad excluſionem eius qui totidem emãcipatos duntaxat haberet, aut vnum in poteſtate, alium emancipatum, cùm ſuprà diximus etiam emancipatos poſſe in ius patronatus ſuccedere, adeóque ex æquis portionibus cum ſuo hærede, licèt ex inæqualibus fuerint inſtituti, maximè verò agatur de obligatione operarum, quæ pendet ex iure patronatus, *l. vt iuriſiurandi 7. §. ſi liberi, & §. parum, ff. de oper. libert.* Dicendum eſt, Senatuſconſulta omnia, ſicuti iuris ciuilis partem conſtituunt, ita & emancipatos pro extraneis habere non pro filiis, ideóque vix vnquam mentionem vllam facere emancipatorum: ſed eorum tantùm qui ſint in poteſtate, vel ob id etiam vt inuitarentur ciues Romani ad iuſtas nuptias contrahendas, ſine quibus nec iuſtos liberos, nec patriam poteſtatem ſperare poſſent. Aliam autem eſſe rationem edicti prætorij, ex quo proficiſcitur non tantùm actio, quæ operarum nomine in libertum datur, *l. 2. eod. l. 4. ff. ſi à parent. quis man.* ſed & quicquid præterea eſt, quæ ad ius patronatus ſpectat: *l. 1. de bon. libert.* Prætor enim liberos emancipatos perinde habet pro liberis, atque ſi in poteſtate retenti eſſent: nec in eo ius nuptiarum dedit, cùm ex iuſtis nuptiis ſuſceptos, & in patris poteſtate natos fuiſſe neceſſe ſit omnes, quotquot emancipantur. Quare nec improbabiliter quis meo iudicio dixerit, adſignationem illam liberti, quæ facta ſit in fauorem filij emancipati, non tam iure ciuili & ex Senatuſconſulto ipſo defendi poſſe, quàm tuitione Prætoris, hac parte, vt & aliàs plerumque ſubſequentis non minùs patris, quàm Senatus voluntatem: *arg. l. pater 10. in fin. ff. de cap. & poſtlim.* cùm ſufficiat Prætorem nihil facere contra Senatuſconſultum, licet neque faciat ex præſcripto *l. vlt. § 1. de adſig. libert.* Senatuſconſulti: *l. necnon 28. §. quod eius, ff. ex quib. cauſ. maior.* Hinc illa etiam dubitandi ratio in *l. vlt. §. primo, eod. tit. de adſig. libert.* An in poſthumis quoque locum habere poſſit Senatuſconſultum, videlicet quia de liberis qui ſunt in poteſtate Senatus locutus eſt. Ergo de poſthumis nihil eo Senatuſconſulto prouiſum eſt, vt lex ait, quia poſthumi ... nec fingi poſſunt *l. vlt. ff. de collat. bonor.* eſſe in poteſtate patris: *l. vlt. ff. de collat. bonor.* quia nec quod ad hoc habemus pro natis, quandiu in vtero ſunt, vt diximus *ad Princip. 3. verſ. Errant etiam, ſup. de ingen.* Magis tamen putat Pomponius etiam poſthumos contineri, ſcil. ex ſententia potiùs, quàm ex verbis Senatuſconſulti. Hinc rurſum dubitandi cauſa. Vtrum poſſit quis teſtamento adſignare vt libertum eum, quem eodem teſtamento manumiſerit. Etſi enim certum eſt, etiam teſtamento fieri poſſe manumiſſionem, *tot. tit. de man. teſt.* illud tamen etiam conſtat, non priùs valere manumiſſionem, quàm per legem duodecim tabularum confirmata ſit, ac proinde confirmato iam teſtamento: quod non fit, niſi defuncto teſtatore; vt ſæpius diximus ex Vlp. *in Titul. tit. 1.* Præpoſterum ergo videtur, vt eum qui nondum liber eſt eo tempore, quo paterfamilias teſtatur, adſignare vt libertum poſſit. Contrà tamen reſponſum eſt in *d. l. vlt. in prin.* *d. l. vlt. in prin. D. de adſig. libert.* valere huiuſmodi adſignationem, quia neque ex die teſtamenti vires habere incipit, ſed ex eo tantùm tempore quo teſtamentum totum per legem confirmatur. Atque ita eodem inſtanti confirmatio fit, & manumiſſionis, & adſignationis. Nec alterutrum tempore præcedere neceſſe eſt, cum vtrumque fiat ex legis poteſtate, quæ ſemper in inſtanti operatur, licet ordine intellectus neceſſariò priùs libertum quem eſſe oporteat, quàm vt quaſi libertus adſignari poſſit. Simile quiddam eſt in *l. ſi quis ita 42. de man. teſt.* Denique inde illud etiam eſt, quod quamuis ex die certa adſignari quis poſſit, tamen vſque in diem certam vix poteſt, vt Pomponius loquitur in *d. l. vl. §. vlt.* vbi rationem reddit quoniam ipſe Senatus huic negotio finem *propoſuit* (ſic enim lego, non *prepoſuit*:) Senſus eſt, ex ipſius Senatuſconſulti verbis declaratum ſatis eſſe, quando finiri adſignationem Senatus voluerit, nempe ſi ei, eiſve ex liberis, cui libertus, aut quibus liberti adſignati eſſent, nulli ſupereſſent liberi, poſtquàm ille, aut illi in ciuitate, eſſe deſiiſſent, per mortem ſcilicet, aut per deportationem, vel etiam damnationem in metallum. Nam ex quacunque cauſa, etiam perduellionis damnato patre, iura libertorum paternorum liberis ſalua ſunt: *l. 4. ff. de iur. patron.* tanquam quæ ad ipſas perſonas liberorum ſpectent magis, quàm ad cauſam bonorum patroni, cùm nihil commune habeat ius patronatus cum bonis: *l. ſi bona 40. ff. de oper. lib.* neque cum hæreditate aut bonorum poſſeſſione: *l. 4. eod.* adeò vt non poſſit videri quis locupletior factus ob id ſolùm, quòd libertum adquiſierit: *l. nemo prædo eſt 126. §. 1. De reg. iur.* Si tamen ex liberis, cui libertus adſignatus fuit, ab hoſtibus captus ſit, non videbitur in ciuitate eſſe deſiiſſe, quia in ciuitatem reuerti poteſt: *d. l. vlt. §. pen. de adſig. libert.*

ILLATIO XV.

De reuocandis iis quæ in fraudem patroni alienata ſunt.

Vigeſimoquintò, & vltimò, ex eodem ſupradicto Principio fit, vt propoſitum ſit à Prætore edictum. *De reuocandis iis quæ in fraudem patroni à liberto alienata probari poſſunt.* Nam cùm ad remunerandum tam grande beneficium, quod in libertos confertur, cùm ex ſeruitute ad ciuitatem Romanam perducuntur, nihil non viderentur liberti debere patronis, eiúſque honoris moderandi gratia, & ad temperandam exactionem

nem etiam duriſſimarum rerum, quam patroni facere ſolebant, propoſita ſit a Prætore illa pars edicti, quæ eſt, *De bonis libertorum*, vt Vlp. ſcribit *in l. 1. ill. tit.* ſicuti libertis conſultum eſt, ne quid ab iis præter operas exigi poſſit: & ſi quid aliud eſt quod libertatis cauſa ſic impoſitum ſit, vt tamen non oneret libertatem, nec niſi certæ partis bonorum poſſeſſio poſt liberti mortem patrono detur: Ita & patronis viciſſim proſpici æquum fuit, ne quid in eius portionis fraudem à libertis fieri poſſet, aut vt ſi quid factum eſſet, reuocaretur. Quam in rem duplex actio propoſita eſt, Fauiana, & Caluiſiana, de quibus *in toto illo tit. Si quid in frau. patron.* Sed de vtraque accommodatior erit dicendi locus, ad *tit. de ſucceſſ. lib.* vbi cætera etiam omnia tractabimus, quæ ad bona & ſucceſſionem libertorum pertinent. Hoc verò attigiſſe ſufficiat, vt intelligatur ad hoc Principium referri debere, quicquid à Prætoribus conſtitutum eſt in fauorem patronorum, ſiue in perſonas, ſiue in bona libertinorum.

Fauiana, & Caluiſi. na actio.

PRINCIPIVM III.

De plena libertate, quam cum ciuitate habent hodie libertini.

HOdie quiſquis libertinus eſt, non modo liber, ſed etiam ciuis Romanus eſt, nimirum ex Iuſtiniani conſtitutionibus, quæ extant ſub *ti. De ded. lib. toll.* at non etiam ex iuris, ſiue gentiũ, ſiue ciuilis ratione, id eſt ex ſola manumiſſionis poteſtate, cùm manumiſſio id tantùm reddere poſſit quòd ſeruitus abſtulerat: ſeruitutem autem nemo dixerit abſtuliſſe aliud, quàm naturalem illam libertatem, quæ ſicut omnibus hominibus communis eſt, ita cum ciuitate Romana nihil commune habet. Non enim quiſquis liber eſt, idem & ciuis Romanus eſt: Ne quidem poſt conſtitutionem Imp. Antonini, de qua in *l. in orbe Romano 17. ff. de ſtat. ho.* per quam factum eſt vt quotquot in orbe Romano ſunt, ciues Romani effecti intelligantur. Non enim ad libertos pertinuit ea conſtitutio, non magis quàm ad ſeruos, ſed ad ingenuos duntaxat: Et vt eleganter, non minùs quàm verè Donellus ſcribit *lib. 2. Commen. c. 16.* beneficium Antonini ad eos ſolùm pertinuit, qui non propria conditione perſonæ, ſed conditione natalis loci & patriæ impediebantur, quo minus eſſent ciues Romani. Etſi non facilè probo diſtinctionem illam Donelli, vt aliud ſit dicere *in orbe Romano*, aliud *in imperio Romano*. Itaque ad Iuſtiniani vſque tempora manſit libertinorum ſtatus tripertitus, vt ſupradictis conſtitutionibus teſtatur Iuſt. *& in §. libertinorum, hoc t.* Primus erat eorum qui maiorem & iuſtam libertatem, id eſt cum libertate ciuitatem Romanam conſequebantur. Neque enim vnquã indignum viſum eſt, eum, qui ſeruus fuiſſet, fieri ciuem Romanum, niſi ſeruo hoſtium libertas per fideicommiſſum data proponeretur: *l. generaliter 24. §. 2. ff. de fid. liber.* vbi tamen additur nihil prohibere, quominus etiam hoſtium ſeruo fideicommiſſaria libertas relinquatur, in eum ſaltem caſum, quo cœperit ſeruus eſſe Romanorum. Secundus illorum qui inferiorem & minimam libertatem, id eſt dediticiam, cuius conditio peſſima omnium fuit. Tertius & medius eorum qui mediam, id eſt minorem libertatem obtinebant, qui & Latini & Iuniani ex lege Iunia Norbana dicebantur. Quorum omnium quænã & quàm diſpar, & in quo diſpar conditio fuerit, addiſcẽdum eſt ex Iuſtiniano *in d. l. vnic. C. de lat. lib. toll.* & ex Vlpiani & Caij Inſt. *tit. 1.* Paul. *lib. 4. Sent. tit. 22.* Eſt enim ea tractatio parum conueniens inſtituto noſtro, cùm non ex principiis iuris, de quibus tantùm agimus, differentiæ illæ libertinorum inductæ eſſent, ſed ex iure ita conſtituto pro arbitrio Legiſlatoris. Illud certè ad iuris veteris cognitionem omnino pertinet, iuſtam illam libertatem, quæ adnexum habebat ius ciuitatis Romanæ, indéque & iuſta dicebatur, non niſi altero ex tribus modis liberto per manumiſſionem acquiri potuiſſe, videlicet ſi quis manumiſſus eſſet aut vindicta, aut teſtamento, aut cenſu. Quem poſtremum modum (nam de prioribus iam ſatis multa diximus) ſic interpretatur Vlp. *in frag. tit. 1.* vt per cenſum manumitti olim dicerentur, qui Romæ iuſſu dominorum luſtrali cenſu inter ciues Romanos cenſum profitebantur: de quo etiam Cicero in *Topicis*. In huiuſmodi veteris manumittendi locum, qui cum antiquo illo cenſus more in vſu eſſe deſiit, ſubſtitui puſſunt alij ex Iuſtiniani conſtitutione *in d. l. vnic. C de latin. lib. toll.* ſi quis ancillam ſuam homini libero in matrimonium collocauerit, & pro ea dotem dederit: ſi dominus apud acta ſeruum ſuum *filium* nominauerit: ſi inſtrumenta quibus ille ſeruus nominabatur, ipſi ſeruo dederit corrumpenda, vel ipſe corruperit. Adde *§. vlt. inf. De adop.* Item ſi ſeruus ſciente & non contradicente domino in Clerum allectus ſit: Nam & hunc ſola ipſa allectione, non tantùm liberũ, ſed etiam quod magis eſt ingenuum fieri voluit Iuſtin. *Nouell. 123. de ſanctiſſ. Epiſc. §. ſi ſeruus.* Sic & locum alterius veteris modi manumittendi vindicta, qui ſolemnitates multas exigebat, placuit Iuſtiniano ſufficere vt dominus ſeruum in actis publicis filium ſuum nominauerit: *d. l. vnic. de latin. lib. toll.* Aut vt manumittatur in cœtu Eccleſiæ, id eſt ſub aſpectu plebis & Sacerdotum. Domino ipſo, aut alio, qui publicè verba ibi faciat, idipſum publicè ſignificante, id eſt ſeruum illum à domino ſuo manumitti: *l. 1. & 2. C. de his qui in Eccleſ. manum. §. multis, hoc tit.* Itaque hodie non requiruntur acta illo caſu, vt in præcedente; ſed ſufficit qualiſcunque ſcriptura dummodo ab ipſis dominis vice teſtium ſubſignata. Inter amicos autem & priuatim iã olim manumittere licuit, & hodie licet; nec tantùm inter amicos, ſed etiã per epiſtolã, ſed ita tamẽ vt quinq; teſtes adhiberi oporteat, exẽplo codicillorũ: *d. l. vnic. & d. §. multis*, iũct. *l. vlt. §. vlt. C. de iur. codicil.* præterquàm ſi à Clerico libertas data proponatur, quo caſu placuit Conſtantino, vt valeat libertas etiam ſine teſte, aut interprete, dummodo de voluntate conſtet: *l. vlt. C. de his qui in Eccleſ. manum.* Rata etiã manumiſſio eſt hodie quæ fit per adoptionem: *d. §. vlt. inf. de adop.* id eſt cùm tanquam filius adoptatur. Quid ni enim ſufficit adoptio, cum ſatis ſit vt ſeruos in actis, quemadmodum diximus, *filius* nominetur? Sanè ſicut olim non ſufficiebat nuda voluntas domini ad dandam ſeruo libertatem, ita nec hodie; quia quo pretioſior libertas eſt, eo magis neceſſarium eſt vt ſeriò & diligenter agat quiſquis tanti momenti rem vult dare. In iis ſolis manumiſſionibus quæ teſtamento fiunt, nihil ex iure vetere immutatum fuit: excepto caſu *l. vlt. C. ill. tit. de teſt. man.* Illud obſeruatione dignum eſt, quod Cuiac. tractat *lib. 4. obſeruat. c. 5.* hodie ſublatam eſſe

Tres modi antiqui conferenda pleniſſima libertatis.

Noui modi à Iuſtiniano introducti.

eſſe libertinorum conditionem, poſtquam placuit Iuſtin. *Nou.* 78. manumiſſos ingenuos fieri non libertinos, nimirum ſi manumiſſor ius patronatus remiſerit. Sed tamen Nouellæ verba oſtendunt non minus manere omni caſu & libertum, & libertinum, eum qui manumiſſus fuit.

Nouell. 78.

PRINCIPIVM IV.

De iis qui ſunt iuriſdictionis voluntariæ de plano expediendis.

QVæ ſunt iuriſdictionis voluntariæ, non contentioſæ, de plano expediri poſſunt, id eſt quocunque loco, etiam tranſeunte Magiſtratu, quia neque per libellum, neque cum cauſæ cognitione, ſed ad nutum & arbitrium petentis expediuntur. Multóque magis poteſt in eam rem libellus ſufficere, ſi offeratur: *l. nec quicquam 9. § vbi decretum, & §. de plano, ff. de off. proconſ. l. omnia quecunque 71. de reg. iur.* Eſt enim iuriſdictio duplex, vna voluntaria, altera contentioſa: *l. 2. de off. proconſ.* Voluntaria dicitur non ex parte Magiſtratus qui officium ſuum petenti impertiri ſemper debet, ac neceſſe habet, ſed ex parte illius qui adit Magiſtratum, quoties id petit quod ei omnino concedendum ſit, quia nullius alterius contradictione impediri poſſit. Contentioſa autem è contrario, vt & verbum ipſum ſonat, de iis rebus eſt, de quibus inter duos pluréſve contenditur, ac proinde quæ non in volentem, ſed in inuitum contendentem & reluctantem exercetur. Sicut autem voluntaria, & contentioſa iuriſdictio inter ſe opponuntur: ita & illa, *de plano, & pro tribunali cognoſcere.* De plano cognoſcit Magiſtratus, qui non niſi voluntariam iuriſdictionem exercet: *d. §. de plano.* Pro tribunali verò, qui contentioſam: *l. ſcire oportet 23. §. oportet autem, ff. de excuſ. tut. l. 1. §. abolitio, ff. ad SC. Turpill.*

Tres modi antiqui conferendæ pleniſſimæ libertatis. Nouo modo à Iuſtiniano introducti.

ILLATIO I.

De ſeruis, quòd quocunque loco & tempore poſſint manumitti.

EX hoc Principio fit, quod Iuſt. ſcribit *in §. ſerui. hoc tit.* vt ſerui à dominis manumitti poſſint, ſemper, id eſt quocunque non ſolùm tempore, ſed etiam loco: nec neceſſe ſit pro tribunali manumittere, vt Caius loquitur *in. l. non eſt 7. de man. vind.* vbi addit quod & Iuſt. confirmat, plerumque in tranſitu ſeruos manumitti ſolere, cùm aut lauandi, aut geſtandi, aut ludorum gratia prodierit Prætor, aut Proconſul, Legatúſve Cæſaris. Imò, quòd magis eſt etiamſi manumiſſionis, quæ vindicta olim fieri dicebatur, illa eſſet ſolemnitas vt per lictorem fieret, quemadmodum ex Boëtio ſuprà explicauimus, Teſtatur tamen Vlp. *in l. ego cum in villa 8. eo. ti.* ſe in villa cum Prætore feriantem paſſum fuiſſe apud eum manumitti, licet præſentia lictoris non eſſet. Ratio eſt, quia vt ſæpius monui, poteſt ſeruus etiam inuitus manumitti, neque cauſa recuſandæ libertatis vna ex iis eſt, in quibus ſeruo aduerſus dominum conſiſtere permittatur: *l. vlt. C. de teſt. man.* iunct. *l. iuris certis 5. ff. de iud.*

l. non eſt 7. ff. de man. vind.

ILLATIO II.

Cognitionem de obſequiis parenti, aut patrono præſtandis, de plano expediri.

EX eodem Principio fit, vt ſi agatur de obſequio parentibus, patroniſque aut liberis patronorum exhibendo, ſoleat Prætor & poſſit de plano id expedire, id eſt comminari & terrere filium à patre obligatum, qui non vt oportet conuerſari dicatur, & ſimiliter libertum non obſequentem emendare, aut verbis, aut fuſtium caſtigatione; vt Vlpian. ait *in dict. leg. nec quicquam 9. §. de plano. ff. de offic. proconſ.* Nempe quia his caſibus, nihil niſi voluntatem patris, domínive, aut patroni explorat Prætor: ad cuius officium pertinet, vt eam pro patre contra filium ſententiam dicat, quam pater ipſe dici voluerit: *l. ſi filius 3. C. de patr. poteſt.*

ILLATIO III.

De tutore per libellum ſe excuſante.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt à tutela excuſare ſe tutor per libellum non poſſit: *l. excuſare 25. ff. de excuſ. tutor.* nimirum quia excuſatio tutoris ad contentioſæ, non ad voluntariæ iuriſdictionis cauſam pertinet; cùm ſicut inuitus tutor dandus eſt, ſi non iuſtam habeat excuſationem; ita & inuito etiam pupillo excuſandus, ſi iuſta ſit excuſatio. Quod tamen quomodo accipiendum ſit, dicemus latiùs *ad tit. de excuſ. tutor.*

leg. excuſare 25. ff. de excuſ. tut.

ILLATIO IV.

De abolitione accuſationis non niſi pro tribunali facienda.

QVartò ex eodem Principio fit, vt abolitio inſtitutæ accuſationis non de plano, ſed tantùm pro tribunali facienda ſit, quia non in accuſatoris poteſtate & arbitrio eſſe debet, vt ab ea accuſatione, ad quam fortaſſis non modò temerè, ſed etiam per dolum & calumniam proſilierit, reſilire impunè poſſit, ne alioqui eueniat vt optimi cuiuſque vita, vel exiſtimatio improborum delatorum calumniis exponatur, ideóque magna in ea re cautio, plenáque cauſæ cognitio adhibenda eſt, ne quid fiat in fraudem Senatuſconſulti Turpilliani, quo pœna conſtituta eſt aduerſus accuſatores iſtos, qui ab accuſatione, quàm ſine cauſa inſtituerint, etiã ſine cauſa deſiſtunt: *d. l. 1. § abolitio,* & paſſim, *ff. ad SC. Turpill.*

ILLATIO V.

De permittenda diſtractione prædiorum minoris.

QVintò ex eodem Principio fit, vt ſi agatur de diſtrahendo prædio minoris, quod non niſi permittente Prætore fieri poteſt, ex Senatuſconſulto illo facto ad orationem Seueri, de qua in *leg. 1. & tot. tit. ff. de reb. eor. qui ſub tutel. vel cur.*

cur.ſunt ſine decreto non alien. non ſufficiat libellum Prætori obtuliſſe: *l. minorum 9.C. de prad.minor.* quia cauſæ cognitio in eam rem adhibenda eſt, & quidem exactiſſima vt conſtat ex *leg. magis puto 5. §. non paſſim, & ſequ ff. de reb. cor.* Prohibuit enim Senatus, ne poſſint bona immobilia minoris alienari ſine decreto, quod ipſum *decreti* nomen nihil ſignificat, niſi plenam cauſæ cognitionem: *d.l. 9 §. vbi decretum, de offic. procon.* Nam & Latinis *decernere* nihil aliud eſt, quam de ea re, de qua priùs deliberaueris, certi tandem aliquid maturo iudicio conſtituere. Vnde & decretalis bonorum poſſeſſio, quam Prætor decernit cauſa cognita, vt ius tribuat, quæque ideo poſtquam decreta eſt, repudiari iam non poteſt: *l. 1. §. decretalis, ff. de ſucceſſ. edict.* Ad differentiam edictalis bonorum poſſeſſionis, quæ ſicut ex edicto competit, ita & de plano, ac ſine cauſæ cognitione dari ſolet, ob idque vt plurimum ſine re eſt: vt Vlpian. *in Titulis* loquitur, *Tit. de bonor. poſſ.* id eſt ſine effectu. Quamquam nec nouum eſt, vt edictalis quoque cauſa cognita detur, id eſt fiat decretalis, ita vt nec ſine decreto, nec niſi pro tribunali detur: *l. 3. §. ſi cauſa cognita, ff. de bon. poſſeſ.* Sicuti tamen non omnis edictalis, ex edictali fit decretalis, ita neque edictalem fuiſſe neceſſe eſt omnem, quæ ſit decretalis. Plerumque enim ad decretalis bonorum poſſeſſionis remedium decurritur, edictali deficiente, id eſt, manco iure & auxilio edicti, & vrgente tamen æquitate, vt in ſpecie *l. ventre 84 in fin. ff. de acquir. hared. l. 4. § vlt. cum l. ſeq ff. de bonor. poſſ. contr tab. l. ſcriptus 12. ff. de Carbon. edict.* de quo latiùs diximus ad *Tit. de bonor. poſſeſſ.* Denique de ea re, quæ ex vnius hominis voluntate non pendeat, & de qua proinde ſit deliberandum, vt ſciatur vtrius ex contendentibus potior cauſa ſit, fieri nequit vt Magiſtratus quicquam decernat niſi auditis partibus, ob idque non de plano, & per tranſitum, aut per libellum, ſed pro tribunali quicquid tale eſt, expediri debet.

Bonorum poſſeſſio, ſine re.

ILLATIO VI.

De iubendo caueri, & poſſideri ex cauſa damni infecti.

SExtò ex eodem Principio fit, vt in cauſa damni infecti, cùm res celeritatem deſideret, ac periculoſa dilatio Prætori videretur, ſi ex ea cauſa ſibi iuriſdictionem reſeruaret, rectè Prætor delegandum putauerit magiſtratibus municipalibus, vt poſſint iubere caueri prætoria ſtipulatione, & in poſſeſſionem mittere niſi caueatur. At non etiam vt, ſi dubitaretur, non caueri liceat ei, qui miſſus fuit in poſſeſſionem, ſuo nomine poſſidere, quia tertium hoc non niſi cauſa cognita fieri ſolet: *l. 1. l. 4. § duas ergo res, & ſeq. ff. de damn. infect.* Quo pertinet quod Paulus ſcribit in *l. vbicunque 105. De reg. iur.* vbicunque cauſæ cognitio eſt, ibi Prætorem deſiderari. Eſt enim illa lex ex Pauli *lib. 1. ad edictum*, in quo tractaſſe Paulum, ſicut & Vlpianum de ea parte edicti, quæ eſt *De damno infecto*, conſtat ex *l. 1. & l. pratoris 5. ff. de dam. inf.*

CONFVTATIO I.

De iuriſdictione contentioſa ſummaria, quam Noſtri æquiparant voluntariæ.

COntra hoc Principium pugnat quod Bart. ad hunc locum ſcribit, idem iuris hac parte conſtituendum eſſe in iuriſdictione contentioſa ſummaria, quod in voluntaria, Scilicet vt quod ad eiuſmodi iuriſdictionem pertinet, etiam de plano, & quocunque loco expediri poſſit, ex *l. voluit 4. §. 1. ff de interrog. in iur. fac* Etſi enim fateor iuriſdictionis contentioſæ cognitionem aliam plenariam eſſe, aliam ſummariam, *l. 3. §. cauſa cognitio, De Carb. edict.* cùm tamen vtraque contentioſa ſit, neque hæc, neque illa exerceri poteſt, niſi inter plures contendentes. Et conſequenter ſicut ex eo fit, vt nullum ſit iudicium adeo ſummarium, quod ſine partis citatione poſſit expediri: ita nec in quo citatam partem audiri, ac proinde cauſæ cognitionem interponi neceſſe non ſit. Quid enim attineret citari aduerſarium, ſi non eſſet etiam audiendus? vtrumque enim, vt & citandus, & audiendus ſit, an, & qua de cauſa contradicere velit, ex eodem principio fit, nimirum ne vel ignorans, vel inuitus, ad nutum & voluntatem aduerſarij ſui lædatur, vt ſcripſimus ad *Princip. 4. illat. 4 de iuſtit. & iur. ex l. nam ita 35. ff. de minor. l. etiamſi 29. §. 1. ff. de minor. l. in concedendo 8. ff. de aqua, & aqua pluu. arc. l. vlt. in princip. ff. de natal. reſtit. l. de vnoquoque 47. ff. de re iudic.* At in voluntaria iuriſdictione aliud eſt, quæ tota, vt dixi, ad vnius hominis voluntatem & petitionem accommodatur. Nec obſtat quod ſcriptum eſt *in d. l. voluit 4. §. 1. de interrog. in iur. fac.* ius eſſe ſolũ, ad eum locum, vbi Magiſtratus vel iudex iuris dicendi, aut iudicandi gratia conſiſtat: *vel ſi domi, vel in itinere hoc agat.* Senſus enim eſt poſſe Magiſtratum ius dicere interdum etiam domi, aut in itinere, nec ſemper requiri vt ius dicat in loco Maiorum, nimirum ſi non de ferenda ſententia, plenáque cauſæ cognitione adhibenda tractetur, ſed de præparatorio aliquo iudicij, cuiuſmodi ſunt interrogationes omnes de quibus *ill. tit.* quæ etſi ad contentioſam, non ad voluntariam iuriſdictionem pertinent, hoc tamen ſimile habent cum voluntaria iuriſdictione, quod ex interrogantis voluntate pendent, paucique caſus ſunt quibus non debeat reſpondere quiſquis interrogatur, dummodo de ſe, non de alio interrogetur: *l. & quia 6. §. 1. l. 9. §. alius, dicto titul.* Cæterum conſiſtere in aliquo loco Prætorem neceſſe eſt, vt admittat interrogationem, nec eo tranſeunte poteſt fieri interrogatio, quomodo fieret manumiſſio, quæ eſt voluntariæ iuriſdictionis.

l. voluit 4. §. 1. De interrog. in iure faciend.

TITVLVS

TITVLVS SEXTVS.

Quib. ex cauſ. manumittere non licet.

PRINCIPIVM I.

De libertate quæ ſemel competiit, nunquam reuocanda.

LIBERTAS quæ ſemel competiit reuocari poſtea non poteſt, nec ſi probetur data ex falſa cauſa: *§. ſemel autem, hoc tit. l. iuſta cauſa 9. §. 1. ff. de manum. vindic. l. ſicut ſemel 20. l. ſicut datam 26. C. de liber. cauſ.* cum aliis plerisque in hanc ipſam rem citatis ad *Princip. 2. illat. 2. De iur. perſon. ſupra.* Vbi veram huius Principij rationem, retulimus ad merum fauorem libertatis, quæ naturalis eſt, & ad naturalem cuiuſque rei in primæuum & naturalem ſtatum reditus propenſionem: *l. ſi v. us 27. §. pactus ne peteret, ff. de pactis.* Sicut enim qui liber natus eſt non niſi certis modis & à iure ſiue gentium, ſiue ciuili inductis, ex libero ſeruus fieri poteſt: Ita nec qui è ſeruitute reſtitutus eſt in libertatem, poteſt libertatem illam facilè amittere, quippe quam non ſolum habeat ex manumiſſione, ſed etiam à natura. Nihil enim aliud adfert manumiſſio niſi quod tollit obſtaculum ſeruitutis, quo ſublato talis remanet homo, quales ſunt natura omnes, ac proinde liber. Adeò autem verum eſt reuocari non poſſe libertatem quæ ſemel competiit, vt ſi quid ad eam reuocandam additum ſit in illa ipſa clauſula, per quam libertas data
l. Imperatores 52. ff. de man. teſt. fuit, tota illa adiectio ſit inefficax & inanis: *l. Imperatores 52. de manum. teſtam.*

ILLATIO I.

De lege Sentia impediente libertatem datam in fraudem creditorum.

EX hoc Principio multa fiunt, quæ nos iam cumulauimus *loco ſuprà citato.* Sed illud maximè quod *initio huius ti.* Iuſtinianus ſcribit, vt in fraudem creditorum datæ libertates per legem Æliam Sentiam impediantur. Nam ſi non impedirentur, vtique competerent ipſo iure, tanquam ab eo datæ qui habuit ius dandi, id eſt qui dominus fuit. Sicut enim conſtat libertatem non ab alio, quàm à domino dari poſſe, vt diximus ad *Princip. 1. tit. prox.* Ita certum eſt omnem, qui dominus ſit, habere ius manumittendi, niſi quatenus lege, vel conſuetudine aliqua prohibetur. Illud autem etiam indubitatum eſt, eum qui tam multos habeat creditores, vt nec ſoluendo ſit, ſiue ſe ſoluendo non eſſe ſciat, ſiue neſciat, nihilominus perinde bonorum ſuorum omnium dominum manere, ac ſi nullos haberet creditores. Quoniam inter amittendi dominij modos, qui ciuili iure certi ſunt & conſtituti, vnus hic non eſt, ſi quis incipiat habere creditores (ſicut è contrario, nemo rei vllius dominus ſit ob id ſolùm quòd nullos habeat creditores:) Adeóque nec ſi iis creditoribus bona ſua vel generaliter, vel ſpecialiter obligauerit, cùm neque per conuentionem, neque per traditionem pignoris dominium in creditorem transferatur, *l. cùm & ſortis 35. in fin. ff. de pign. act.* ob idque nec prohibeatur debitor, quominùs res ſuas alienet, earúmque dominium tranſeat in accipientem ſcilicet eum ſua cauſa: *l. ſi conuenerit 18. §. ſi fundus, eod. l. ſi debitor 4. §. 1. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit. l. alienato 67. ff. de contr. empt.* Qua ratione fuit neceſſe proſpici à Prætore aduerſus huiuſmodi alienationes, non vti ne valerent, quod neque Prætor ſalua iuris ratione facere potuit; ſed vt quamuis ipſo iure valerent, reuocandæ tamen eſſent, ita demum ſi non ſolùm in creditorum fraudem factæ, ſed etiam fraudis conſilium ab emptore participatum eſſe probaretur. Quæ ſumma & ſententia eſt totius edicti prætorij, de quo in *l. 1. & tot. tit. ff. quæ in fraud. credit.* Itaque cùm manumiſſio, veluti quædam alienatio ſit, *leg. obligari 9. §. 1. ff. de aut. tut. l. vlt. C. de reb. alien. non alienand.* poterat ſufficere Prætoris edictum, ad reuocandas libertates in fraudem creditorum datas, ſi libertas eſſet ex earum rerum numero, quarum alienatio reuocari poſſet. At quia libertas, vt diximus, vbi ſemel competiit, reuocari amplius non poteſt; neque tamen magis æquum eſt vt in fraudem creditorum libertas dari, quàm vt quiduis aliud fieri poſſit, oportuit viam excogitari, per quam non de reuocanda, ſed de impedienda libertate ageretur. Quod ipſum non aliter fieri potuit, quàm per legem, quia quemadmodum lex illa eſt, quæ dominij transferendi modos aut approbat, aut improbat: Ita & ad ſolius legis authoritatem pertinet, vt impediat ne per traditionem etiam à domino factam, néve per alium actum quemlibet, qui alioquin ad alienationem vtilem faciẽdam efficax eſſet, alienatio inducatur. Ob id enim dicitur lex, & hominum & rerum omnium regina, quòd & de perſonarum iure, & de omnium rerum dominio pro arbitrio diſponat. Ea verò lex fuit Ælia Sentia, per quam expreſſim cautum eſt, ne valeant libertates in creditorum fraudem data. Sicut autem huius legis ferendæ neceſſitatem illud præbuit, quòd aliter poſito iure, fieri nullo modo poterat vt manumittentium fraudibus vel occurreretur, vel ex poſtfacto remedium quæreretur: Sic & latæ legis æquitas euidens illa eſt, quod nunquam permittendum ſit debitori, vt ſui creditoris ſiue inuiti, ſiue ignorantis conditionem alienando faciat deteriorem, ex regula generali
l. ſoluendo 39. ff. de negot. geſt. leg. non debet alteri 74. De reg. iur. nec qua alia ratione, niſi *l. ſoluendo 39. ff. de negot. geſt.*
adiiciendo ſibi creditorem: *l. 1. §. ex contrario, ff. de ſepar.* quod ipſum non alia ratione *l. 1. § ex contrario ff. de ſeparat.*
receptum eſt, quàm quia, vt diximus, creditores habens, non eò minùs manet dominus, adeò vt ſi

poſterioribus creditoribus bona ſua obligauerit, quæ prioribus nondum fuerant obligata, præferendi ſint poſteriores prioribus in bonorum venditione: *l. pro debito 6. C. de bon. autor. iud. poſſid. l. eos qui 9. C. qui potior. in pign. hab.* Nec ad hunc caſum porrigi poteſt edictum Prætoris De reuocandis iis omnibus, quæcunque per debitorem geſta ſunt in fraudem creditorum: quia licèt ex noui creditoris adiectione prior creditor damnum ſentiat, fieri tamen non poteſt vt fraudis conſilium participet poſterior, quem ponimus eſſe verum creditorem, quique vt maximè priori præferatur, nullum tamen lucrum aut commodum ea debitoris fraude ſentit, cùm nihil niſi ſuum conſequatur. Quænam enim fraus in eo poteſt eſſe, ſi initium inſpiciatur, cùm quanto pauperior fit is qui nouum ſibi adiicit creditorem, tantò etiam locupletior fiat accipiendo ab eo pecuniam quam hoc ipſo ſuam facit: *ar. l. quod bonis 15. §. ex donationibus ff. ad leg. fal.* Sed & obſeruandum illud eſt, quod ex ſuperioribus omnino ſequitur, legem Æliam Sentiam quæ impedit libertates in fraudem creditorum datas, non ad eos creditores pertinere, qui ſeruum, de cuius libertate agatur, pignori ſpecialiter acceperint; ſed ad illos tantum, qui vel nullũ prorſus, vel generale duntaxat ius pignoris in eo ſeruo habuerint, quia cæteris non fuit neceſſe per legem proſpici, quibus ſcilicet ſatis, ſuperque cautum eſſet, per propriam & ſpecialem pignoris conuentionem. Seruum enim ſpecialiter obligatum conſtat non poſſe manumitti, non ſolum in fraudem creditorum, ſed nec ſi debitor ſit ſoluendo. Propter eas rationes quas attulimus *ad Prin. 1. ill. 3. ſup. ti. prox. ex l. 3. ff. de man. l. 3. C. de ſeru. pig. dat. man.* Sic nec edictum Prætoris de reuocandis iis, quæ in creditorum fraudem alienata ſunt, ad eos creditores pertinet, quos pignoratitios appellamus, quod ex bonis debitoris aliquid vel generaliter, vel ſpecialiter pignori acceperint; ſed ad chirographarios duntaxat, quia debitor alienando bona ſua etiam omnia, fraudare non poteſt creditores ſuos pignoratitios, quippe qui ex cauſa contracti vtiliter pignoris, habituri ſint paratam in rem actionem, & quaſi Seruianam aduerſus quemlibet poſſeſſorem; cum alienatio fieri non potuerit niſi cum ſua cauſa, vt iam docuimus. Sed in eo melior eſt conditio ſerui manumiſſi, quam cæterarum rerum obligatarum, quod ſi generaliter tantum obligatus fuerit ab eo, qui etiam poſt datam libertatem non deſiturus ſit ſoluendo eſſe, non impeditur ipſius libertas, *l. ſi quis 6. ff. qui ſine manum. ad libert. peruen. d. l. 3. C. de ſeru. pign. dat. manum.* Cùm tamen in rebus cæteris nihil interſit an generaliter, an ſpecialiter fuerint obligatæ, nec quod ad hoc vt earum alienatio valeat: nec rurſum quod ad illud, vt in eas alienatas actio quaſi Seruiana creditori pignoratitio accommodetur. Cuius diſſimilitudinis ratio non ex alio ſane proficiſcitur, quam ex fauore libertatis. Quid autem ſit in fraudem creditorum manumittere, definit Caius *in l. in fraudem 19. ff. qui & à quib. man.* vbi ait in fraudem creditorum manumittere videri eum, qui vel iam eo tempore quo manumittit ſoluendo non eſt, vel datis libertatibus deſiturus eſt ſoluendo eſſe. Sæpè enim inquit, de facultatibus ſuis plus ſperant homines, quam in iis reuera ſit. Quod frequenter accidit his, qui tranſmarinas negotiationes, & in aliis regionibus quàm in quibus ipſi morantur, per ſeruos atque liberos exercent: quod ſæpè attriti iſtis negotiationibus longo tempore id ignorant, & manumittendo ſine fraude conſilij indulgent ſeruis ſuis libertatem. Quibus verbis videtur Caius innuere in fraudem creditorum manumittere videri etiam eum, qui non habeat conſilium fraudandi; nec aliud quicquam eſſe inſpiciendum, niſi an datis libertatibus deſiturus ſit debitor eſſe ſoluendo, an non, atque ita omnimodo per legem Æliam Sentiam impediri libertatem. Quod tamen non ita eſt. Præualuit enim ſententia exiſtimantium non aliter libertatem impediri, quàm ſi is qui dedit, animum fraudandi habuerit, tametſi bona eius non ſufficiant creditoribus, vt Iuſtin. ſcribit *in §. in fraudem, hoc tit.* quod & regulariter in iure noſtro obtinet, vt fraudis interpretatio non ex euentu tantum, ſed ex conſilio quoque ſumatur: *l. fraudis 79. de reg. iur.* vbi quod dicitur *ſemper*, accipe pro *regulariter*: non enim ſemper idem eſt, vt conſtat ex *l. vlt. C. qui man. non poſſ.* licèt malè nonnulli in hanc rem afferant *l. ait prætor. 10. §. 1. quæ in fraud. cred.* Ibi enim fraus & ex euentu, & ex conſilio ſimul æſtimatur. Et ſanè cùm verba legis ſint generalia, nec diſtinctionem hanc inducant, vtrum euentu tantum, an etiam conſilio fraus facta ſit, facilè potuit libertatis fauor hanc interpretationem extorquere. Ac niſi me valdè fallo, mancus & mutilus eſt locus ille Caij, quem proximè retulimus, ſupplendusque ex *d. §. in fraudem*, vt interſeratur tota illa clauſula quæ eſt apud Iuſtinianum, *Præualuiſſe tamen videtur, niſi animum quoque fraudandi manumiſſor habuerit, non impediri libertatem, quamuis bona eius creditoribus non ſufficiant.* Non ſolum quia locus hic Inſtitutionum ex illo Caij deſumptus eſt, vt præcedentia & ſequentia demonſtrant, ſed etiam quoniam non aliter quadrare poteſt ratio illa quam Caius reddit, quod ſæpè de facultatibus ſuis pluſquam in iis ſit homines ſperent. Ad excuſandam enim magis, quam ad coërcendam manumiſſoris fraudem pertinet, ſicut & poſtrema illa legis verba, *& manumittendo ſine fraudis conſilio indulgent ſeruis ſuis libertatem.* Et verò ad id expreſſim accommodatur ratio hæc à Iuſtiniano, quod proximè dixerat, præualuiſſe ſententiam exiſtimantium non aliter impediri libertatem, quàm ſi fraudandi conſilium accedat. Nemo autem probabiliter dixerit eandem rationem facere poſſe, vt libertas & valere debeat, & impediri. Neque rurſum Caius in principio legis ſic loquitur, vt dicat abſolutè in fraudem creditorum manumittere illum, qui vel iam tempore quo manumittit ſoluendo non ſit, vel datis libertatibus deſiturus ſit ſoluendo eſſe, ſed *manumittere videri*: vt intelligamus, ſi nihil hic niſi res ipſa ſpectetur, fraudem reuera fieri creditoribus, qui non ſint habituri vnde ſuum conſequantur; ſed tamen quod ad hanc legem Æliam Sentiam, id non ſufficere ad impediendã libertatem, ſi non adſit etiam animus fraudandi. Eamque aliorum quoque Iureconſultorum ſententiam fuiſſe apparet ex Iuliano *in l. ſi quis cum haberet 15. ff. quæ in fraud. cred.* vbi ait, ad hoc vt reſcindantur libertates in fraudẽ creditorum datæ, & conſilium fraudis & euentum exigi, adeóque quod magis mirum eſt, in eorumdem creditorum perſona. Ex quo infert, ſi quis cũ haberet Titium creditorẽ, & ſciret ſe ſoluendo non eſſe libertates dederit teſtamento, deinde dimiſſo Titio poſtea Semproniũ creditorẽ habere cœperit,

l. 3. ff. de manum. l. 3. C. de ſeruo pignor. dat. manu.

l. in fraudem 10. ff qui, & à quib. man.

§ in fraudem hoc tit.

l. fraudis 79. de reg. iur.

cœperit &, eodem teſtamẽto deceſſerit, libertates datas debere ratas eſſe, tametſi hæreditas ſoluẽdo nõ ſit, quia nec fraudatur creditor, cuius fraudãdi conſilium initum erat; nec aduerſus eum qui fraudatur, conſilium initum fuit. Vnus tantùm caſus excipiendus eſt, qui proponitur ex Paulo in *l. ſeq.* niſi priores creditores, ex pecunia poſteriorum dimiſſi probentur: quod & Vlp. ex Marcello ſcribit *in l. ait prætor 10. verſ. cæterùm, eo. tit. quæ in fraud. credit.* Plerumq; enim ſolet eadẽ eſſe ratio poſteriorum creditorum, ex quorum pecunia dimiſſi ſunt priores, quæ nunc foret priorum, ſi dimiſſi non eſſent: *l. 2. ff. de ceſſ. bon. l. ſi venerit 24. §. vlt. ff. de reb. autor. iudic. poſſid.* Aliàs *l. 9. de priuil. cred.* Sed exceptio hæc ad eam ſpeciem, quam Iulianus tractauit, parum eſt accommodata. Excluſerat enim Iuſtinianus caſum illum, quo Titius primus creditor ex pecunia Sempronij poſterioris creditoris dimiſſus fuiſſet. Ponit ſiquidem dimiſſum fuiſſe Titium, antequàm idem debitor Sempronium creditorem habere cœpiſſet, iis verbis, *deinde dimiſſo Titio, poſtea Sempronium creditorem habere cœpit:* Ergo non ex pecunia Sempronij: alioqui priùs cœpiſſet debitor habere Sempronium creditorem, quàm Titium dimiſiſſet. Videtur tamen hac in ſpecie à Iuliano diſſenſiſſe Papinianus. Hic enim apertè ſcribit in *l. in fraudem 25 ff. qui & à quib. manum.* in fraudem creditorum datas teſtamento libertates, prioribus creditoribus dimiſſis, propter nouos creditores, irritas eſſe. Nec alia conciliationis ratio pleriſque videtur adferri poſſe, quàm ſi Papiniani ſententia coanguſtetur ad eum caſum, quo non ſit ſatisfactum omnibus omnino, qui creditores erant tempore datæ libertatis. Quod tamen ipſa Papiniani verba meo iudicio non patiuntur. Illa namque oratio, *prioribus creditoribus dimiſſis*, cùm indefinita ſit, proculdubio æquipollet vniuerſali: & apertiſſimè caſum illum exprimit, quo dimiſſi ſint priores omnes, quotquot erant creditores. An igitur Papinianus ex ſupradicta Pauli diſtinctione intelligendus erit, vt ita demum libertates in fraudem priorum creditorum datæ, ſint irritæ propter nouos creditores, ſi ex horum pecunia priores dimiſſi proponantur? Ne hoc quidem dici poteſt ſine nimia diuinatione. Probabilius eſt, meo iudicio, diſtinguere caſum Iuliani à caſu Papiniani. Iulianus tractat de eo debitore qui tametſi ſoluendo non eſſet, tamen non niſi vnum habebat creditorem Titium, nec proinde poterat animum habere fraudandorum creditorum, ſed fraudandi tantùm Titij. Ex quo fieri neceſſe eſt, vt poſtmodum dimiſſo Titio, non poſſit hic debitor videri vnquam animum habuiſſe fraudandi Sempronij. qui poſteà nouus creditor ſuperuenit. Nihil. n. cauſæ eſt, cur conſilium fraudandæ certæ perſonæ, ab ea perſona ad aliam, de qua tùm neque in genere, neque in ſpecie cogitatum dici poſſit, protrahatur: præſertim ad impediendam libertatem. At Papinianus è contrario caſum illum tractat, quo is qui teſtamento libertates dedit, plures habuerit creditores, de quibus omnibus non ſpecialiter & nominatim, ſed generaliter fraudandis, iam tùm cogitauerit: quod cùm euenit, parum prodeſſe debet ad confirmandas libertates, quòd priores creditores dimiſſi ſint, ſi ſuperuenerint noui, qui effectu ipſo fraudentur. Nam nec iſtorum fraudandorum ab initio defuit mens, cùm ponamus fuiſſe cogitatũ in genere de creditoribus omnib. fraudandis, quicunque & quotcunq; tandẽ eſſent;

Anton Fabr. Iuriſp. Papin. Scient.

L. in fraudem 25 ff. qui & à quib. ma.

in quorum numero illi etiam certè continentur, qui poſteà ſuperuenerũt, cùm æquè ſint creditores licèt poſteriores. Nemo enim dubitat quin poſſit quis eo eſſe animo, vt etiã futuros creditores fraudare velit: quo caſu non minus æquum eſt proſpici creditoribus illis, qui poſtea fraudis neſcij, bona fide fraudatoris fidem ſecuti ſunt, quàm ſi iam ipſo commentæ fraudis tempore creditores fuiſſent. Imò tantò æquius, quantò improbior eſt is, qui fraudem ſuam fide ſua non modò potiorem, ſed etiam antiquiorem eſſe velit.

Illud tamen ſciendum eſt, fraudandi animum & conſilium in hoc tractatu non ex eo æſtimandum eſſe, quòd manumiſſor eo tantùm animo & propoſito dederit libertates, vt fraudaret ſuos creditores ſiue præſentes, ſiue futuros; ſed ſufficere vt ſciuerit tunc, cum libertates dedit, aut ſe iam ſoluendo non eſſe, aut datis libertatibus deſiturum ſoluendo eſſe, licèt alioqui iuſtiſſimam habeat libertatis dandæ cauſam: putà ſeruo de ſe bene merito. Id enim eſt quod generaliter Pomponius ſcribit in *l. ſemper 23. qui, & à quib. manum.* ſemper in fraudem creditorum libertatem dari ab eo, qui ſciret ſe ſoluendo non eſſe, quamuis dederit bene merenti. Aliter ſi quidem poſito iure, nihil eſſet facilius quàm fraudari impunè creditores, datis libertatibus, ſi ad conuincendam fraudem, probandum haberent quid manumiſſor teſtamenti tempore animo & mente agitaſſet: Vt & cæterorum omnium perdifficilis probatio eſt, quæ in animo conſiſtunt: *l. quia plerumque 3. de interrog. in iur. fac. l. non omnes 5. §. à barbaris. ff. de re milit.* Dices hoc ipſum, quod creditoribus probandum eſſe dicimus, quòd manumiſſor ſciuerit ſe habere creditores, ex earum rerum numero eſſe quæ ſtant in animo. Sed quamquam ita eſt, facilè tamen probari poteſt ſcientia ex factis, aliiſque rerum argumentis, quæ videntur; puta ex inſtrumentis contractuum ab hoc ipſo manumiſſore celebratorum. Neque enim audiendi erunt ſerui teſtamento manumiſſi, ſi velint contendere defunctum ea ignoraſſe quæ ipſe geſſerat: *l. quanquam 7. D. ad SC. Velleian.*

Id etiam obſeruandum eſt, quod Iulianus in *d. l. ſi quis tùm haberet*, ſic loquitur, vt dicat libertates in fraudem creditorum datas reſcindi. Aliud enim eſt reſcindi, quomodo & alij Iureconſulti paſſim loquuntur, cùm tractant de huiuſmodi libertatibus in fraudem creditorum datis, aliud verò reuocari. Non poteſt, vt Principium noſtrũ habet, libertas reuocari, ſed reſcindi facile poteſt. Reuocari enim libertatem cum dicimus, hoc ipſo ſignificamus tractare nos de libertate, quæ ſemel competierit: ſiquidem reuocari non poſſet per rerum naturam illa, quæ nunquam competiiſſet, cùm priuatio habitum ſemper præſupponat; vt diximus *ad Princ. 4. tit. de ingen.* At reſcindi libertatem qui dicit, nihil niſi datam eſſe libertatem præſupponit. Datam, inquam, non à iure, ſed ab homine. Denique reuocatio ſignificat poteſtatem iuris; reſciſſio verò, poteſtatem facti: & quidem eius quod non ſit hominis, ſed legis. Quod addere lubet, vt intelligamus aliud eſſe reſcindi libertatem, aliud adimi. Reſcinditur à lege, Adimitur à teſtatore: *l. ſi ſeruus 50. ff. de fideic. libert.* quamuis & à lege interdum adimi dicatur, eo ſenſu, vt perinde omnia obſeruentur, ac ſi ab ipſo teſtatore adempta eſſet: *l. vnic. ff. de adempt. libert. l. ſi ita ſcriptum 13 §.*

Reſcindi libertatem facilius eſt, quam reuocari.

Aliud eſt reſcindi libertatem, Aliud adimi.

K 2 regula;

Digitized by Google

regula, ff. de liber. & poſthu. Dicet aliquis, non poſſe reſcindi libertatem, quæ ipſo iure non teneat, quoniam id quod ipſo iure nullum eſt, neque reſcindi, neque rumpi poteſt: *l.nam etſi 5.ver. pnto, ff.de iniuſt.rupt.* Reſpondeo tenere ipſo iure dationem libertatis in propoſita ſpecie, id eſt quoties verus dominus, etiam qui ſe ſoluendo non eſſe ſciuit, proprios ſeruos manumiſit, ſi excludas legis Æliæ Sentiæ poteſtatem, quæ hoc ipſo quòd hanc libertatem impedit ne valere poſſit, cùm alioqui eſſet valitura, non malè dicitur eam reſcindere. Quomodo & alienationem prædiorum minoris ſine decreto factam contra orationem Diui Seueri, dicimus reſcindi, non ſolùm authoritate illius orationis & ſenatuſconſulti, quod ad eam orationem factum eſt, ſed etiã per ſententiam Præſidis: *l.etſi n 9.C. de præd.minor.* quamuis ſit ipſo iure nulla, quia ipſo iure valeret tanquam à domino facta, ſi per ſenatuſconſultum nõ impediretur. Sententia enim Præſidis nihil niſi executio, aut potiùs viua vox ſenatuſconſulti eſt, vt de iure prætorio dicimus eſſe id viuam vocem iuris ciuilis: *l.nam & ipſum 8. D. de iuſt. & iur.* Itaque cùm dicimus reſcindi libertatẽ, minùs propriè loquimur, pro eo quod eſt, reſcindi manumiſſionem. Ipſa namque manumiſſio, facti eſt; Ius autem, quod ex eo facto naſcitur, datio libertatis. Id verò duntaxat, quod facti eſt, reſcindi per legem poteſt, hoc eſt pro eo haberi vt pro non facto habeatur; non etiam, id quod eſt iuris. Occurrit enim lex manumiſſioni, non vti ne fiat, quod facere lex nequit, ſed ne iuris effectum illum habeat, quem haberet ſi lex non eſſet impedimento, id eſt ne poſſit libertas competere ex eiuſmodi manumiſſione. In eámque rem nimirum neceſſe eſt, manumiſſionem ipſam per legem Æliam Sentiam reſcindi, viuo adhuc teſtatore: id eſt in ipſo ſaltem vltimo inſtanti vitæ, quod mortis inſtans eſt (quo demum inſtanti iam certa lex eſt & conſilio & euentu fraudem creditoribus factam eſſe.) Ne alioqui ſerum ſit eius legis auxilium, confirmata iam ex eo mortis inſtanti ſuprema defuncti hominis voluntate per legem duodecim tabularum, quæ ſicuti per legem Æliam Sentiam ſublata non eſt, ita nec quominùs vires ſuas exerat, totúmque teſtamentum confirmet, impediri poteſt. Ex quo magis intelligimus legis Æliæ Sentiæ poteſtatem non in eo conſiſtere, vt reſcindat competentem libertatem, quia etiam ſi nihil eſſet quod teſtamẽtariam manumiſſionem reſcinderet, aut effectum eius impediret, non priùs tamen ex eã competeret libertas, quàm teſtamentum ex lege 12. tab. confirmatum eſſet. Non ergo iam competentem libertatem impedit lex Ælia Sentia, ſed competituram.

Lex Ælia Sentia non reſcindit libertatem iã competentẽ, ſed impedit competiturã.

De differentia libertatis directæ, & fideicommiſſariæ datæ in fraudem creditorum.

QVod autem diximus, non aliter impediri libertates in fraudem creditorum datas, quam ſi mens, & conſilium fraudandi cum fraudis effectu concurrat, ad libertates duntaxat directas pertinet; ad fideicommiſſarias non item. Nam in his placet ſolum fraudis euentum ſpectari, nec illud etiam requiri vt fraudandi animum habuerit manumiſſor: *l.vlt.C.qui manu.non poſſ.* An quòd lex Ælia Sentia in iis locum habeat, vt pleríque putant? Minimè. Potiùs enim ea res facere deberet, vt ex fideicommiſſo data libertas, quominùs in creditorum fraudem, deſiderетur: cùm ſi tollas impedimentum legis Sentiæ, nihil ſuperſit quod obſtare queat, quominùs verè liber ſit is, qui manumiſſus eſt ex cauſa fideicommiſſi, tanquam à vero domino manumiſſus, tametſi fideicommiſſum ab eo iniunctum proponatur, cuius hæreditas non ſit ſoluendo. Et verò fuerunt generalia verba legis Æliæ Sentiæ ad omnes omnino libertates pertinentia, quæcunque in fraudem creditorum datæ eſſent, ſiue inter viuos, ſiue in vltima voluntate, ſiue directò, ſiue per fideicommiſſum. Ex omni enim cauſa, & omni caſu creditoribus in hac parte lex Sentia proſpexit: *l. in fraudem 27. l. generaliter 29.* & paſſim, *ff.qui & à quib.manum.* Quid ergo eſt? Aliter accepta lex fuit quoad directas libertates, ſiue inter viuos, ſiue teſtamento datas: Aliter quoad fideicommiſſarias: Non equidem quoad hoc; vt magis minúſve hæ, quàm illæ valeant, ſi in fraudem creditorum datæ probentur, ſed vt in hoc ipſo æſtimando, an in fraudem creditorum datæ ſint, nécne, minus fauorabilis interpretatio fiat pro fideicõmiſſariis, quàm pro directis: proptereà quòd directæ non aliter in fraudem creditorum datæ intelligantur, quàm ſi fraudis conſiliũ præcedat, fideicõmiſſariæ verò contrà, ſi modò euentus fraudẽ habeat. Hoc ipſũ verò, cur ita? Suauis mehercule eſt Bartolus, ne dicã ridiculus, dum hic ſubtilem agit in perquirenda diſſimilitudinis ratione. Ait enim: Ex eo quod ſupponitur fraus in directa libertate, coniecturamus, inquit, incontinenti fraudẽ cùm habeat paratam executionẽ, ſed quia nemo doloſus prima facie præſumitur, ideò duo requiruntur. At in fideicommiſſaria, ſuſpenditur, eo quod datur, & rogatur de vno in alium. Et ideò cùm in illo ſuſpenſo, ſeu interuallo res dicatur quodammodo ſtare in aëre, non coniecturat lex nec ex iſto, nec ex illo fraudem, ſufficitque ſolus euentus. Quibus verbis quid ſibi velit ille, planè non intelligo. Nec enim directa libertas ſi teſtamento data ſit paratam habet executionem, cùm nõ priùs competat quàm teſtamẽtum per legem 12. tab. confirmatum ſit, quod iam ſæpius diximus non fieri, niſi mortuo teſtatore. Interim igitur libertatem in ſuſpenſo manere neceſſe eſt, in id ſaltem vſque tempus, quo teſtator deceſſerit. Vnde etiam fit vt ſi teſtamenti tempore fuerit non ſoluendo is, qui libertatem dedit, locupletior verò & ſoluendo factus deceſſerit, competat libertas, quia fraudandi conſilio euentus non reſponderit. Cùm tamen ſi ea manumiſſio teſtamẽtaria paratam haberet executionem, vtique per legem Æliam Sentiam impediretur. Deinde quid obſecro illud eſt quod ait Bar. libertatem fideicommiſſariã, quãdiu præſtita non eſt, ſtare quodãmodo in aëre? Aut quid poteſt ea res habere cõmune cũ hoc, de quo quærimus. Cur in fideicõmiſſariis libertatibus ſolus euentus ſpectetur? Dicẽdum igitur eſt, libertates fideicommiſſarias eſſe minùs fauorabiles, quàm directas; quia neque liberã habent voluntatẽ hæredis manumittentis, neq; iuſtam teſtatoris qui iuſſit manumitti. Non habent liberam hæredis voluntatẽ, quia iuſſu teſtatoris & coactus magis quàm ſponte cẽſetur manumittere, qui manumittit ex cauſa fideicommiſſi: *l.ſi quis hac lege 13.§.1.in fin. De ope. lib.* Vnde fit, vt nec niſi in quibuſdam, patroni iure & nomine cenſeatur: *l.nequaquam 24.ff. de excuſ.tut. leg. qui ex cauſa 29. De bon.lib.* Rurſum non habent fideicommiſſariæ libertates iuſtam teſtatoris voluntatem, quia lex 12.tab. quæ ſola confirmat ſupremas omnes defunctorum

Libertates fideicommiſſaria minus fauorabiles quàm directa. Et quare.

voluntates

voluntates, de directis tantum libertatibus locuta eſt; de fideicommiſſariis verò, nullo modo, non magis quàm de cæteris fideicommiſſis, quorum nec vſus, nec vigor vllus fuit, at ne quidem cognitum eorum nomen ante tempora Auguſti, inductúmque vſum codicillorum; vt dicemus ad *tit. De codicil. inf.* Nam vt hoc obiter moneamus, etiamſi maximè fideicommiſſa iam tum in vſu fuiſſent, cùm promulgatæ ſunt leges 12. tab. fieri tamen non potuit vt lege 12. tab. confirmarentur, quia cum lex non poſſit confirmare defuncti hominis voluntatem, niſi talem qualis eſt; alioqui confirmatio dicenda non eſſet, ſed reformatio; eueniret neceſſariò, vt quemadmodum teſtator non imperauit hæredi, cuius fidei commiſit, vt ſeruum manumitteret, ſed eum duntaxat rogauit; ſic à lege non iuberi præcisè & imperari, ſed tantum rogari hæredem oporteret: quod tamen omnino alienum eſſet à maieſtate legis; cuius virtus in eo conſiſtit, vt iubeat, vel vetet, vel puniat, non in eo etiam vt roget. *l. legis virtus 7. ff. de legib.* Rogare namque eius eſt, qui impelare vel non audeat, vel non poſſit, quorum neutrum legi vlli conuenit. Sed & ob hanc ipſam cauſam indignus videtur is qui fideicommiſſum relinquit, vt eius voluntatem lex adiuuet & confirmet, cum aſpernatus ille ſit beneficium legis in eo, quod hæredis ſui fidei maluit committere id, quod vt fieret præcisè pro ſuo iure poterat, ſi maluiſſet, imperare. Non igitur iuſta dici poteſt voluntas teſtatoris, qui cum directam libertatem dare poſſet, maluit dare fideicommiſſariam; non quod ea voluntas æqua non ſit, ſed quia iuris auxilio munita non eſt & confirmata. Proinde nulla cauſa eſt, cur non impediri debeat omnimodo fideicommiſſaria libertas per legem Æliam Sentiam, ſi futurum ſit vt ex eius præſtatione creditores fraudentur. Nec debuerunt legis Æliæ verba, quæ fuerunt generalia, donari hac parte eadem interpretatione, qua donantur; cum de directis libertatibus agitur, ſiue inter viuos, ſiue in teſtamento datis, vt nimirum fraudis quoque conſilium exigatur, cùm ſit æquiſſimum fauorabiliorem cauſam eſſe creditorum, ſiue oneroſam, ſiue etiam lucratiuam cauſam habeant, quique ex huiuſmodi manumiſſione damnum paterentur; quàm huius libertatis fideicommiſſariæ, quæ nec iuſta teſtatoris, nec libera hæredis voluntate nitatur. Si teſtamento libertas directò data eſſet, non tam facile prohibenda & impedienda eſſet, quippe quæ iuſto teſtatoris iudicio relicta, legis auxilium & confirmationem vtique mereretur. Si inter viuos à domino vltrò præſtita proponeretur, puta ab hoc ipſo hærede, quem ponimus rogatum vt manumitteret, dubitandum etiam non eſſet, quin valeret; nec per legem Æliam impediretur, quia præſtita eſſet ex libera veri domini voluntate, tametſi reuera fraudarentur creditores, dum ne fraudandi conſilium vllum præceſſiſſet. At in fideicommiſſaria libertate, omnia, vt diximus, ſunt diuerſa: ita vt non ſolum cæterorum creditorum potior cauſa eſſe debeat, quam huius ſerui ex fideicommiſſo manumiſſi, ſed eorum etiam, quibus aliquid ex fideicommiſſi cauſa debeatur, vt ſcriptum eſt in *d. l. 27. qui, & à quib. manum.* Ex cauſa, inquam fideicommiſſi ab eo ipſo debiti, qui libertatem fideicommiſſariam dedit: Sic enim is locus accipiendus eſt, non de fideicommiſſo, quod ille ipſe reliquerit: cum fideicommiſſarius nunquam dici poſſit creditor ſui teſtatoris.

l. legis virtus 7. ff. de legib.

Caſus in quo melior eſt conditio libertatis fideicommiſſaria quàm directa.

Illud obſtare ſuperioribus videtur, quod fideicommiſſariarum libertatum melior interdum conditio eſt, quam directarum; vt in ſpecie *l. Papinianus 8. §. vlt.* cum *l. ſeq. ff. de inoff. teſtam.* vbi ſcriptum eſt: Siquidem teſtamentum inofficioſum dici cœptum eſt poſt quinquennium, ex magna & iuſta cauſa, non eſſe reuocandas libertates, quæ vel competierunt, vel præſtitæ ſunt, ſed viginti aureos à ſingulis præſtandos victori. Sed ſi intra quinquennium filius egerit, libertates quidem directas non competere, verumtamen filium libertates fideicommiſſarias præſtaturum, ſcilicet viginti aureis & hoc caſu à ſingulis præſtandis. Sed reſponderi poteſt caſum hunc ſpecialem quandam habere rationem, quia fauor libertatis facere non poteſt, vt competant libertates ex eo teſtamento, quod per querelam inofficioſi teſtamenti ruptum & reſciſſum fuit. At fideicommiſſaria libertas non ex teſtamento ipſo competit, ſed ex facto hæredis qui manumittit. Itaque nihil vetat liberum fieri eum, qui manumiſſus ſit ab hærede, licet ex cauſa fideicommiſſi in eo teſtamento relicti, quod per querelam ruptum fuerit & reſciſſum. De quo tamen, déque tota illius loci ſententia videnda ſunt, quæ ſcripſimus alibi: præſertim verò *in Rationalibus.*

ILLATIO II.

De minore 20. annis prohibito manumittere, niſi cauſa cognita.

Secundò ex eodem Principio fit, vt eadem lege Ælia Sentia neceſſe fuerit prohiberi minorem annis viginti, ne ſeruum ſuum manumittere poſſet niſi cauſa cognita, & apud conſilium approbata: *l. 5. ff. de man. l. ſi minor. § 1. & ſeqq. ff. de man. vindict.* Nam ſi lex non prohiberet, vtique manumiſſio valeret tanquam à domino facta, quamuis à minore. Etſi enim manumiſſio alienatio quædam eſt, *l. obligari 9. §. 1. de autor. tutor.* non tamen minori prohibita eſt alienatio rerum ſuarum, præterquam immobilium, idque per orationem Seueri, de qua in *l. 1. & tot. tit. de reb. eor. qui ſub tutel. D. & de præd. minor. C.* in quo immobilium genere ſerui non continentur, ſed in genere mobilium: *l. 3. §. Nerua filius, de acquir. poſſ.* Sed & oratio Seueri *De non alienandis prædiis minorum,* poſterior fuit lege Sentia. Ideóque fuit omnino neceſſaria lex Ælia Sentia, ad impediendã ſerui à minore manumiſſi libertatem. Cur autem libertas hæc impediri debuerit, ratio illa fuit, quod res tanti momenti, quanti libertas eſt, non niſi certo animi indicio dari debeat, vel ob hoc ipſum, quod ſemel data reuocari nunquam poteſt, neque prætextu ætatis, neque alio quolibet vllo colore: *l. ſi ex cauſa 9. §. vlt. de min. & tot. tit. C. ſi adu. libert.* Satiſque libertati in hoc indultum eſt, quod etiam minori annis 25. dummodo maiori 20. permiſſum eſt dare libertatem ſine ſpe reſtitutionis, cum ex cæteris bonis ſuis nihil adminiſtrare poſſit ante 25. quin ſi læſus ſit, paratum habeat

Seruus in numero mobilium.

auxilium reſtitutionis. *Tot. tit. De min. ff. & de in integr. reſtit. min. C.* Sed & cum præcipua vis patrimonij conſiſtat in ſeruis, propter infinita commoda, quæ dominis per ſeruos iure poteſtatis acquiruntur, non facilè fuit permittendum minori, vt ex hac parte patrimonium ſuum diminueret ſine cauſa, quandiu ſaltem viceſimum annum non impleniſſet: quandoquidem experientia quotidiana compertum eſt, quàm ſit debile & infirmum hominis cuiuſque iudicium ante eam ætatem, præſertim ad agenda illa, quæ maioris ponderis & momenti eſſe videantur. Non enim ex luxuria, quæ in ea potiſſimum ætate maximè dominatur, neque ex deliciis quibus adoleſcentia ſtudere ſolet, ſed ex iuſtis adfectionibus danda eſt libertas: *l. illud 16. ff. de manum. vindict.*

l. illud 16. ff. de manum. vindict.

ILLATIO III.

De neganda minori aduerſus datam libertatem reſtitutione.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt libertas ſiue à maiore annis viginti, ſiue à minore quidem data, ſed poſt iuſtam manumiſſionis cauſam apud conſilium probatam, reuocari nunquam poſſit, neque auxilio reſtitutionis in integrum & beneficio ætatis, neque ob id quod manumiſſionis cauſam probatam poſteà falſam fuiſſe appareat: *d. l. ſi ex cauſa 9. §. fin. ff. de min. l. iuſta 9. §. 1. ff. de man. vindict.* vbi additur idem eſſe, non ſolùm ſi cauſa quæ probata eſt, iuſta fuerit, ſed falſa: verum etiamſi iniuſta, dummodo ſemel fuerit recepta. Id enim eſt quod lex ait, *qualiſcunque cauſa probata ſit, & recepta.* Nam ſiue iuſta manumiſſionis cauſa ſit, ſiue iniuſta, & ſiue vera, ſiue falſa, fauor libertatis facit vt ſufficiat & probatam eſſe, & receptam; ad hoc vt ex eiuſmodi manumiſſione libertas competat: ſemel autem competens nunquam reuocetur. Et ve *ibidem* ſubiungit Marcianus, cauſæ probationi contradicendum, non etiam cauſa iam probata retractanda eſt: *§. ſemel autem, hoc tit.* De iuſtis verò cauſis manumiſſionis tractatur in *d. l. 9. 11. & ſeqq. de man. vind.* Denique ex eodem Principio alia multa fiunt, quæ nos iam cumulauimus ad *dict. Princ. 2. illat. 2 ſup. De iur. perſon.* & quæ hic repetere nil eſt neceſſe.

Caſus in quo videtur reuocari libertas quæ competere credebatur.

COntra hoc Principium pugnare videtur quod diximus ex *d. l. Papinianus 8. & l. ſeq. D. de inoff. teſt.* libertates eo teſtamento datas, quod inofficioſum poſteà pronunciatum fuerit, reuocandas eſſe, ſi modò intra quinquennium actum ſit de inofficioſo. Sed obſeruandum eſt, non ſic nos locutos fuiſſe, nec ſic loqui Modeſtinum in *d. l. 9.* ſed hoc caſu libertates directas non competere. Nam ſi ſemel competiiſſent, procul dubio reuocari nunquam poſſent. Illud tamen non abs re mirari quis poſſit: Cur non competant, cùm inofficioſi teſtamenti querela non detur niſi contra hæredem, i. poſt aditam hæreditatem; *d. l. Papinianus, §. ſi conditioni.* Ab adita autem hæreditate cedat dies libertatis, *d. l. vnic. §. libertatibus, C. de caduc. tol.* & quidem vtiliter; ſiquidem nec adiri poteſt hæreditas niſi ex eo teſtamento quod ipſo iure valeat, quemadmodum nec per inofficioſi querelam, aut alio modo reſcindi poteſt teſtamentum, niſi quod ipſo iure tenet? Verùm dicendum eſt, non poſſe competere libertates ex eo teſtamento quod inofficioſum pronunciatum eſt, quia per inofficioſi querelam reſcinditur teſtamentum hoc colore, quaſi non ſanæ mentis fuerit teſtator cùm teſtamentum ordinauit: *l. 2. ff. de inoff. teſt.* Nec proinde quicquam valere poteſt quod eo teſtamento datum ſit, adeò vt nec ab inteſtato repeti poſſit, tanquam datum à demente: *l. Titia 13. in fin. l. cùm mater 28. eod. tit.* Itaque ad rem non facit, quod ex eo teſtamento hæreditas iam adita proponatur. Aditio enim fit irrita, rupto, reſciſſoque teſtamento, & exitum inteſtati facit paterfamilias ex poſtfacto, ſaltem pro ea parte, pro qua de inofficioſo actum & obtentum eſt: *l. mater decedens 19. l. circa 24. eod.*

PRINCIPIVM II.

De fraude quam lex Ælia Sentia requirit ad impediendam libertatem.

LEx Ælia Sentia impedit libertatem ab eo datam, qui ſoluendo non eſt, ſi fraus non tantùm euentu, ſed etiam conſilio & propoſito facta ſit, præterquàm ſi de fideicommiſſaria libertate agatur; in qua placuit ſolum euentum ſpectandum eſſe: *l. in fraudem 10. D. qui & à quib. manum. l. vlt. C. qui manu. non poſſ.* Quæ omnia, quam ſententiam & rationem habeant, iam ſatis explicauimus *Princip. præcedente.*

l. in fraudem 19. ff. qui & à quib. man. l. vlt. Co. qui manum non poſſ.

ILLATIO I.

De libertate ob inopiam teſtatoris impedienda licèt hæres ſit locuples.

EX hoc Principio illud primum fit, quod Iulianus ſcribit in *l. cùm hæreditas 5. in Princip. qui, & à quib. manum.* cùm hæreditas ſoluendo non eſt, libertatem non eo magis ex teſtamento competere poſſe, quod hæres locuples exiſtat, *l. ſi locuples 57. ff. de manu. teſt. l. 5. C. eo.* Non ſolum quia lex Aelia Sentia generaliter locuta eſt, non adhibita ea diſtinctione, An inopi debitori eidemque manumiſſori locuples hæres extiterit, necne, ob idque generaliter etiam intelligenda eſt: *vulg. l. de pretio 8. de Public. in rem act. l. 1. §. pen. ff. de aleator.* Sed etiam, quia neſciri poteſt an locuples hæres extiturus ſit, néc ne, niſi agnita demum hæreditate, cùm damnoſam hæreditatem adire nemo compellatur: *l. nec emere 16. C. de iur. delib.* imò nec opulentam: *l. 4. ff. ad SC. Treb. l. ſi in teſtam. 22. in fi. ff. ſi quis omiſ. cau teſt.* Interim autem, id eſt adhuc incerto eo, & ex ipſo inſtanti quo hæreditas per legem 12. tab. conſtituitur, hoc eſt quo paterfamilias defunctus eſt, lex Ælia Sentia vires ſuas exerit & impedit libertatem, ne per 12. tab. legem hac parte confirmari teſtamentum poſſit; quod tamē confirmatū eſſe neceſſe eſt, priuſquàm ex eo hæreditas acquiratur, ſiquidem acquiri non poteſt, niſi quæ priùs fuerit delata: *l. delata 151. de verb. ſignif.* nec rurſus deferri niſi per legem, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato: *l. lege obuenire 130. eo.* nec denique deferri per legē ex teſtamento priuſquàm ea ipſa lex

lex confirmanerit teſtamentum. Inde igitur fieri neceſſe eſt, vt hæreditatis agnitio quandocunque ſecuta, per quam factum ſit, vt egeno debitori locuples hæres nunc exiſtat, facere tamen non poſſit vt conualeſcat libertas, quæ iam ſemel reſciſſa & impedita fuit. Non enim huiuſmodi legis Æliæ Sentiæ impedimentum tale eſt, quale hominis vt plurimùm eſſe ſolet, hoc eſt, vt duntaxat libertatem ſuſpendat & remoretur; ſed tale vt omnino impediat, ne vnquam ea libertas competere poſſit, id eſt, vt ab initio eam reſcindat. Quæ autem ſemel reſciſſa eſt, quomodo redintegrari ea poſtfacto poteſt? Quare ad rem non pertinebit ſi quis obiiciat, non aliter legi Æliæ Sentiæ locum eſſe, quàm ſi non tantùm conſilio, ſed etiam effectu ipſo fraus creditoribus facta ſit; fraudem autem in effectu nullam eſſe, cùm hæres locuples eſt, cùm nihil interſit creditorum, an ea defuncti debitoris ſui bonis, an ea hæredis patrimonio ſuum conſequantur, poſtquàm per hæreditatis aditionem confuſa ſunt bona, & hæreditas defuncti conuerſa in patrimonium hæredis; obligato exinde hærede ad omne æs alienum, quod defuncti fuit: *l. vlt. ff. ſi pars hæred. pe. l. mere 8. ff. de acq. hæred. l. 3. §. ſi is qui, de Carbon. edict.* Nam reſpondeo, Vt fraus creditoribus non tantùm conſilio, ſed etiam effectu, & euentu facta eſſe intelligatur, ſufficere quod hæreditas ſoluendo non ſit eo tempore, quo aditur, *l. ſi mortis 18. ff. qui, & à quib. man.* atque ita ea eo inſtanti legem Æliam Sentiam reſcindere libertatem, non expectato quod adita ſit hæreditas, factaque confuſio bonorum, vt iam dictum eſt. Minùs verò obſtat ſi quis dicat, ſoluendo eſſe hæreditatem quæcunque inueniat hæredem, *l. libertus qui ſoluendo 36. ff de bon. libert. l. qua dotis 33. ff. ſolut. matr.* ſicut & quæ inuenit emptorem, *l. 3. in prin. ff. ad leg. falci.* Id enim eò pertinet, vt perinde teneatur hæres de ſuo ſoluere creditoribus hæreditatis, acſi locupletiſſimam hæreditatem nactus eſſet: at non etiam, vt eo minùs ſit locus legi Æliæ Sentiæ, quæ ſcilicet expectare non poteſt, vt hæreditas, quam certum eſt non eſſe ſoluendo ante aditionem, fiat ſoluendo per aditionem; quia legis virtus & poteſtas in ſuſpenſo manere nequit; ſed quo primùm inſtanti poteſt, operatur: vbi verò ſemel operata eſt, multo minùs fieri queat, vt quod fecit, vel irritum faciat, vel irritum vllo modo fieri patiatur.

ILLATIO II.

De libertate data citra fraudandi conſilium, ab eo tamen, qui non erat ſoluendo.

SEcundò exeodem Principio fit, quod ſequitur apud Iulianum in *d. l. cùm hæreditas*, ſi is qui ſoluendo non erat, hoc modo libertatem dederit: *Si creditoribus meis ſolidum ſolutum fuerit, Stichus liber eſto*, valere dationem libertatis, quia non poſſit videri teſtator hic fraudandorum creditorum ſuorum animum & conſilium habuiſſe. [*l. cùm hæreditas. & d. l. ſi locuples.*] Quod & Caius confirmat in *d. l. ſi locuples 57. ff. de manu. teſt.* vbi addit, hunc qui ſub conditione ſupradicta ſeruum ſuum, liberum eſſe iubet, vſque adeò ſine fraudis conſilio libertatem dare videri, vt è contrario apertiſſimè curet, ne creditores ſui fraudentur. In quo tamen mirum illud eſt, quod idem Caius refert Iulianum in contraria fuiſſe ſententia, & exiſtimaſſe, ne eum quidem libertatem conſecuturum, quem is qui ſoluendo non eſſet, ita liberum eſſe iuſſiſſet: *Cùm æs alienum ſolutum erit, Stichus liber eſto.* Niſi quis dicat Iulianum in *d. l. cùm hæreditas*, hoc tantùm ſcripſiſſe, & admiſiſſe; quod certè veriſſimum eſt, teſtatorem, qui eam libertati conditionem adſcripſerit, nihil in fraudem creditorum feciſſe videri: Sed non ideo ſtatim conſequens eſſe, vt putauerit valere libertatem. Potuit enim Iulianus credere, nec omnino improbabiliter, inutilem eam eſſe; at alia ratione, illa, vt puto, quod teſtator qui ſciens ſe ſoluendo non eſſe, libertatem dat ſub hac conditione (nam in eo qui ſe ſoluendo eſſe putaſſet, dubitationem res non haberet, ne quidem purè data libertate) non videatur animum habere dandæ libertatis. Sicuti de eo dicere idem Iulianus ſolebat, cui libertas data quidem eſſet, an collata in tam longum tempus, vt tunc viuere manumiſſus non poſſet: Aut ſi tam difficilem, ac penè impoſſibilem conditionem teſtator adſcripſiſſet, vt aliunde obtingere libertas non poſſet; puta ſi hæredi millies dediſſet: *l. 4. §. 1. ff. de ſtatulib.* Aut ſi Stichum, cùm is moreretur, liberum eſſe iuſſiſſet: *l. vlt. ff. de manum. teſtam.* [*l. 4. §. 1. ff. de ſtatulib. leg. vlt ff. de manu. teſt.*] vbi Pomponius ea eodem Iuliano ſcribit, libertatem, quæ in vltimum vitæ tempus collata ſit, ideo nullius momenti eſſe, quòd teſtator impediendæ magis, quàm dandæ libertatis gratia ita ſcripſiſſe intelligatur. Adeo vt, etiamſi ita ſcriptum ſit, *Stichus, ſi in Capitolium non aſcenderit, liber eſto*, perinde tamen inutiliter datam eſſe libertatem Iulianus putauerit, non quidem abſolutè, ſed ita demum ſi appareat, quod teſtator in vltimum vitæ tempus libertatem conferre, nec Mutianæ cautioni interim locum eſſe voluerit. Alioqui cùm huiuſmodi conditiones poſitæ in non faciendo, quæ per rerum naturam non niſi vltimo vitæ momento impleri poſſunt, admittant remedium Mutianæ cautionis, vt pro ſtatim impletis habeantur; *l. 4. §. 1. ff. de condit. inſtit. l. cum tale 72. in princip. & §. 1. De condit. & demonſtr.* poſſet hæc conditio viuo Sticho & ante mortem impleri commodè, ſi teſtatoris voluntas non obſtaret. Similiter igitur poſſet quis pro Iuliano dicere, animum dandæ libertatis nullum eſſe in eo, qui ſciens ſe non eſſe ſoluendo, non aliter tamen Stichum liberum eſſe iubet, quàm ſub ea conditione ſi æs alienum fuerit exſolutum. Quomodo enim exſolui poteſt, cùm hæreditas non eſt ſoluendo? Dices pro Caio, poſſe fieri, vt exſoluatur per hæredem qui locuples futurus ſit. Et ſanè ita neceſſariò ſupponendum eſt, totum æs exſolutum fuiſſe ab hærede, vt libertas iſta competat, non quidem ad excludendam legis poteſtatem, quæ hoc ipſo ſatis excluſa eſt, quod teſtator fraudandi animum non habuit, ſed ad implendam conditionem, quæ, ſi non impleatur, libertatem ſub ea datam competere impoſſibile eſt. Sublato enim obſtaculo legis, poteſtate conditionis, ſupereſt ipſius conditionis obſtaculum, quod non priùs remoueri poteſt quàm conditio fuerit impleta. Verum adhuc reſpondere pro Iuliano poſſum, quòd Caius admittit, in *d. l. ſi locuples*, ad rem nullo modo pertinere, an locuples, an egens hæres exiſtat, ſed quarum facultatum

teſtator deceſſerit: Qua potiſſimùm ratione motum fuiſſe Iulianum innuit non obſcurè Caius, cùm ſtatim poſt illa verba ſubiicit, *Quam ſententiam Iulianus adeò ſequitur, &c.* Etſi non inuitus eo in Caij ſententiam, cùm ob fauorem libertatis, tùm ob id etiam maximè, quòd ceſſante lege Ælia Sentia in eo teſtatore, quem conſtet fraudandi animum non habuiſſe, nihil vetet manere in ſuſpenſo libertatem datam ſub conditione, quamdiu conditio, neque impleta, neque defecta eſſet: ſicut eueniret, alia qualibet adſcripta conditione; ac proinde nihil cauſæ eſt, cur exſoluto quandocunque per hæredem vniuerſo ære alieno, atque ita conditione impleta, libertas non competat, quæ per legem Æliam Sentiam impedita & reſciſſa nunquam fuit. Ad illá verò rationem quam pro Iuliano attulimus, dicendum eſt, non ſolere inſpici quiſnam hæres ſit, egénſne, an locuples, cùm de eo ſolo quæritur. An lex Ælia Sentia locum habeat, necne; ſed aliud eſſe, cùm de conditionis adſcriptæ implemento diſputatur: quia non ſicut lex Ælia Sentia, ita & libertatis conditio factum hæredis expectare nequit. Siquidem conditionis proprium eſt, vt non modò diſpoſitionem cui adiecta eſt, ſed & ſeipſam teneat in ſuſpenſo. Cæterùm ex ſupradicto Caij loco apparet manifeſtè, ni fallor, Tribonianum, cui probabilior Caij ſententia viſa eſt, Iuliani textum in *d. l. cùm hæreditas*, interpolaſſe; cúmque ſcripſiſſet ille *Si is qui ſoluendo non eſt hoc modo libertatem dederit, Si creditoribus meis ſolidum ſolutum fuerit, Stichus liber eſto; non poſſe quidem videri fraudandorum creditorum gratia liberum eſſe iuſſiſſe: ſed tamen non eo magis libertatem valere:* aut quid aliud ſimile: ſuſtulit Tribonianus id, in quo Iulianus à cæteris diſſentiebat, reliquit duntaxat id, in quo conſentiebat. Nam & Triboniani manum illud prodit, quod homo, non minùs malè in grammatica Latina, quam in Iuriſprudentia noſtra verſatus, pluralem numerum ſuo more, pro ſingulari vſurpans, ſcripſit *liberos eſſe iuſſiſſe:* quaſi de pluribus locutus eſſet Iulianus, qui tamen de vno Sticho egerat.

Tribonianus.

ILLATIO III.

De eo qui liber eſſe iuſſus eſt, ſi hæredi dederit, quanti ſeruus ipſe eſt.

l. ſi mortis 18. §. 1. qui & à quib. manum.

TErtiò ex eodem Principio fit, quod Paulus ſcribit in *d. l. ſi mortis* 18. §. 1. *qui & à quib. manu.* Si is cui libertas relicta eſt, iuſſus ſit hæredi dare tantum, quanti eſt, & liber eſſe: dubitari quidem poſſe an adhuc fraus ſit creditorum, quia hæres mortis cauſa eam pecuniam accepturus eſt: An verò nulla ſit fraus, ſaltem ſi alius pro eo det, vel ipſe aliunde quàm de peculio: Sed tamen ſi hæres locuples non proficit ad libertatem, nec eum, qui pecuniam dat, prodeſſe poſſe. Vtrumque enim ex eadem illa ratione naſcitur, quod lex Ælia Sentia reſcindit libertatem, ſtatim atque reperit, & conſilio, & euentu fraudatos eſſe creditores: nec expectat, aut expectare poteſt id tempus, quo hæres iam adierit hæreditatem, aut quo ſoluetur hæredi pecunia, ſiue ex peculio, ſiue ab alio quàm à ſeruo cui libertas data eſt, & ipſius nomine. Quanquam illa etiam ratio libertati nocet, ne poſſit ex pòſt facto conualeſcere, & reintegrari: quod, vt Paulus ait, pecunia illa quæ conditionis implendæ cauſa hæredi datur, ſiue à ſeruo ipſo, ſiue ab alio, non tam teſtamenti iure, & ex iudicio teſtatoris, quã mortis cauſa & ex ſolius dantis voluntate capi intelligitur: *l. Mæuius* 55. *ff. de cond. & demonſt. l. qui pretio* 8. *leg. inter mortis* 38. *ff. de mort. cauſ. donat.* quia ſcilicet non imperauit teſtator, neque verò imperare potuit, vt eam pecuniam ſeruus daret, ſed in eius arbitrio reliquit, an conditionis implendæ cauſa dare, an verò conditione deficí mallet. Non enim iure teſtamenti, aut ex teſtatoris iudicio relictum videri poteſt, niſi quod imperatiuis verbis legis modo relictum eſt, ſi quidem lex duodecim tabularum eam demum hominis defuncti ſupremam voluntatem confirmat, per quam quis legaſſit, vt habent ipſa legis verba, *l. verba legis* 120. *De ver. ſignif.* id eſt legis modo & exemplo diſpoſuerit, & conſequenter imperatiuè, *d. l. legis virtus* 7. *ff. de leg.* Vnde eſt quod Vlp. *in fragm.* legatum definit generaliter omne id, quod legis modo imperatiuè relinquitur. Et ob id quoque adiecit lex verba illa *ſuæ rei*; aut vt alij ponunt, *ſuper re ſua*; quoniam de ſua tantùm re, non etiam de aliena imperare quilibet poteſt, & debet: *l. conficiuntur* 8. §. *ſi poſt factum, ff. de iur. cod.* Itaque quod hæres pro libertate ſeruo data capit implendæ conditionis gratia, non poteſt facere quominùs in fraudem creditorum ea libertas data intelligatur, verúmque ſemper ſit hæreditatem ſoluendo non eſſe.

ILLATIO IV.

De eo qui per legem Sentiam prohibetur manumitti, quamuis poſſit ſolui.

l. cùm hæreditas 5. § ſi Titius, qui & à quib. man.

QVartò ex eodem Principio fit, quod addit Iulianus in *d. l. cùm hæreditas* 5. §. *ſi Titius, eod. ti. qui, & à quib. man.* Si Titius nihil amplius in bonis, quàm Stichum & Pamphilum habeat, eóſque promiſerit Mæuio ita ſtipulanti, *Stichum aut Pamphilum dare ſpondes*: deinde cùm alium creditorem non haberet, Stichum manumiſerit, libertatem per legem Æliam Sentiam reſcindi. Quamuis enim fuit in Titij poteſtate, inquit, vt Pamphilum daret, tamen quandiu eum non dederit, quia interim mori poſſit, non ſine fraude ſtipulatoris Stichum manumiſit. Diuerſum eſſet, vt *ibidem* ſubiungitur, ſi ſolum Pamphilum dari promiſiſſet. Tunc enim dubitandum non eſſet, quin manumiſſus Stichus ad libertatem perueniret; quamuis ſimiliter Pamphilus mori poſſit. Multùm namque intereſt, an ipſa ſtipulatione contineatur is, qui manumittitur, an extra obligationem ſit. Nam qui ob aureos quinque, Stichum & Pamphilum pignori dederit, cùm vterque eorum quinum aureorum ſit, neuter manumitti poteſt, quia verum eſt vtrumque eſſe in pignoris obligatione, ſeruum autem ſpecialiter pignori obligatum, manumitti nullomodo poſſe, etiamſi debitor ſit locuples & ſoluendo: *l. 3. ff. de manu.* At ſi Stichum ſolum pignori dediſſet, Pamphilum in fraudem creditoris manumittere non videretur. Argumentatur Iulianus à ſeruo promiſſo per ſtipulationem, ad ſeruum pignori obligatum, & ab obligatione in qua Stichus & Pamphilus coniunctim ambo poſiti ſint, ad obligationem in qua iidem ambo poſiti ſint alternatiuè; nempe quia inter hos caſus nihil intereſt, quod ad hoc, vt in creditoris fraudem manumiſſus videatur, qui fuit in obligatione. Niſi quòd apertior res eſt eo caſu, quo ambo poſiti ſunt

coniunctim

Digitized by Google

coniunctim in obligatione pignoris. Nam & cum quis Stichũ aut Pamphilum promiſit, perinde vterque eſt in obligatione, licèt nõ niſi alternatiuè: *l. 2. §. Scæuola, de eo quod cert. loc. l. ſi in emptione 34. §. pen. de cont. emp. l. Stichum 95. ff. de ſol.* Rectè autem ſubiicitur ex Scæuola in *l. ſeq.* Iulianum de eo loqui, qui in ſubſtantia nihil aliud niſi Stichum & Pamphilum habeat. Nam ſi habeat, inquit Scæuola; quare non dicetur vnum poſſe manumitti? Siquidem eo caſu, & vno mortuo, ſoluendo eſt; & vno manumiſſo, ſoluendo eſt. Atqui, dicat aliquis, ſicut ex duobus ſeruis vnus moti poteſt, ita & ex tribus duo. Sed aduentitius ille caſus eſt, id eſt ad obligationis conſtitutæ formam & cauſam nil pertinens, ideóque non eſt computandus; hoc eſt, nulla eius ratio haberi debet, ne alioqui paulatim dici incipiat: Etiam ei qui vnum duntaxat, cúmque certum ex ſeruis ſuis promiſerit, neminem manumittere licere.

ILLATIO V.

De libertate data codicillis in fraudem, ab eo qui teſtamenti tempore ſoluendo erat.

l. ſi quis 7. eod.

QVintò ex eodem Principio fit, quod idem Iulianus tractat in *l. ſi quis 7 eod. tit. qui & à quib. manu.* Si quis integris facultatibus codicillos confirmauerit per teſtamentum, deinde cùm conſilium fraudandorum creditorum cepiſſet, codicillis libertates dederit, obtineri non poſſe quominus lege libertates interpellentur. Etſi enim codicillorum teſtamento confirmatorum ſingulare ius eſt, vt quæcunque in his ſcribuntur, perinde habeantur ac ſi in teſtamento ſcripta eſſent: *l. 2. §. codicillorum, ff. de iur. codicill.* tamen in æſtimando teſtatoris conſilio fraudulento, non illud tempus obſeruandum eſt, quo confirmantur codicilli, id eſt quo teſtamentum fit, ſed illud quo libertas codicillis datur: quia lex Ælia Sentia de libertatibus in fraudem creditorum datis locuta, ipſius dationis tempus demonſtrauit: *arg. l. liberorum 11 §. 1. ff. de his qui notant. infam. l. 4. §. ſi extraneus, ff. de noxal. act.* Verum autem eſt, libertates codicillis datas, non eo tempore datas eſſe, quo teſtamentum factum, eóque codicilli confirmati ſunt; ſed eo demum quo facti ſunt codicilli. Vnde illud etiam fit, vt ſi poſt teſtamentum factum mortuo codicillis quis legauerit, quamuis teſtamento confirmatis, pro non ſcripto legatum ſit, perinde acſi iam teſtamenti tempore mortuus legatarius fuiſſet: *l. Diuus 6. §. vlt. ff. de iu. codicil.* Nimirum quia quod non in teſtamento, ſed in codicillis datum eſt, non alio, quàm codicillorum tempore datum videri poteſt.

n hære- 55 ſi .qui quib.

ILLATIO VI.

De libertatibus à debitore conditionali datis in fraudem creditorum.

l. cum is 8. qui & à quib. manu.

SExtò ex eodem Principio fit, quod Africanus ait in *l. cùm is; 8. eod. tit. qui & à quib. man.* legem Æliam Sentiam locum habere, tùm etiam cùm is qui ſub conditione debet, manumitit fraudandorum creditorum cauſſa. Sic enim proculdubio apud Africanum legendum eſt; non vt vulgò, *fideicommiſſi cauſa.* vt eleganter & verè iampridem obſeruauit Iacob. Cuiac. *lib. 4. obſ. cap. 31. & tract. 3. ad Afric.* tam ex Baſilicis, quàm ex Paulo in *l. ſi cùm 16. eod. tit. §. ne quis.* vbi Paulus ſcribit, Quod attinet ad legem Æliam Sentiam qua cauetur ne quis creditorum fraudandorum cauſa ſeruum manumittat, creditores eos intelligi, quibus ex quacunque cauſa competat actio cum fraudatore, ac proindè, ſiue purè debitum ei fuerit, ſiue ſub conditione. Quod apertiùs exprimit Hermo. in *l. in fraudem 27. eo.* vbi ait nihil hac parte intereſſe, an dies ſoluendæ pecuniæ iam ceſſerit, an verò in diem, vel ſub conditione debeatur. Omnes enim æquè ſunt creditores: *l. creditores 10. cum ſeq. l. conditionales 54. & ſeq. de verb. ſign.* Solus excipitur conditionalis legatarius, quem placuit pendente conditione creditorem non haberi, & in eo minùs iuris habere, quàm creditorem conditionalem, *l. is cui 42. ff. de obl. & act.* propter eam diſſimilitudinis rationem, quam attulimus *lib. 15. Coniect. cap. 7 & 8.* Extra hunc caſum proſpexit lex Ælia Sentia creditoribus omnibus, & ex omni cauſa, etiam fideicommiſſario; quamuis ſit ille incognitus legibus, & iuri ciuili; quamquam videtur hoc non tam ex verbis legis, quàm ex Prudentum ad eam legem interpretatione profectum eſſe; vt innuunt poſtrema illa verba *l. 1. C. qui man. non poſſ. Inter creditores autem etiam eos numerandos eſſe, quib. fideicomm. debetur, olim placuit.* Quod tamen obſeruandum eſt de eo fideicommiſſario ſolo intelligi debere, cui fideicommiſſum purè relictum ſit: non de illo, cui ſub conditione. Non enim plus iuris habere poteſt fideicommiſſarius, quàm legatarius. Minus habere poteſt; vt ex eo apparet quòd de legatario, cui purè legatum eſſet, dubitatum nunquam fuit, quin propriè ad legem Æliam Sentiam pertineret; nec vlla in eam rem opus fuit Prudentum interpretatione. Natus autem error eſt in *d. l. cùm is*, ex notis quib. veteres librarij, vt breuiùs ſcriberent, vt ſolebant, cùm duab. illis litteris F. C. contenti eſſent, ad exprimendum *fraudandorum creditorum:* quib. tamen æquè ſignificari poterat dictio *fideicommiſſi.* Nam & nos ferè ſimilem errorem obſeruauimus in *l. vbi purè 19. §. 1 ff. ad SC. Trebell.* quo loco ſcriptum eſt *ſenatuſconſulti*, pro eo quod ſcribi debuit, *fideicommiſſi*, ex affinitate non vtriuſque dictionis, ſed notarum, quib. vtraque dictio ſignificabatur *S. C.* & *F. C.* Priores enim duæ ſenatuſconſultum ſignificant; poſteriores fideicommiſſum. Certè nemo poſſit verè dicere legem Æliam Sentiam habere locum ad impediendam libertatem eius, qui ex cauſa fideicommiſſi manumiſſus fuit; tametſi multos creditores ſiue puros, ſiue conditionales habuerit is, qui fideicommiſſariam præſtitit libertatem. Quomodo enim fraudandorum creditorum animum dici poteſt habuiſſe, qui id fecit, quod vt faceret etiam à Prætore cogi potuit? *l. quod autem 6. §. apud Labeonem ff. quæ in fraud. credit. l. ſi is qui 55. De hæred. inſtit.* Aut quis ferat, vt fideicommiſſariæ libertati vtiliter datæ damnum aliquod inferatur, ob hæredis rogati creditores? *ar. l. 1. §. 1. & tot. tit. De ſeparat.* Nec ſimile eſt quod dici ſolet, minorem annis viginti, ſi fideicommiſſariam libertatem præſtare velit, non minùs cauſam manumiſſionis probare debere, quàm ſi directam daret: *l. cauſam 10. §. non idem. ff. de manu.* Id enim ideo placuit, quia ipſe manumiſſor eſt, nec niſi facto ipſius interueniente

l. in fraud. 27 eod. tit.

ſeruus

ſeruus hic ad libertatem peruenire poteſt. Vnde fit, vt aliud ſit, ſi minor viginti annis ſeruum manumittendi gratia acceperit, quia & ſine manumiſſione ſeruus ille ad libertatem perueniret: *d. l. cauſam, in princ.* Item, vt ſi cùm fideicommiſſa libertas deberetur, minor annis viginti ſeruum vendiderit, vt manumitteretur, non magis impediatur alienatio, quàm ſi emiſſet ipſe hac lege, vt manumitteret: *l. ſi cùm fideicomm. 16. in prin. ff. qui & à quib. manu.* At cùm de libertate in fraudem creditorum data tractamus, nihil prodeſt, aut nocet, manumiſſionem eſſe, vel non eſſe; ſed fraudem vel feciſſe, vel non feciſſe. Fraudis autem ſuſpicio nulla cadere poteſt in eum, qui ex cauſa fideicommiſſi, ideſt coactus magis, quàm ſponte manumittit: *arg. l. ſi quis hac 13. §. 1. in fin. de oper. libert. l. 5. § ſi quis rogatus, ff. de donat. int. vir. & vxor.*

cùm ſi dei-commiſſ. 16. qui & à princip.

ILLATIO VII.

De libertatibus datis à milite in fraudem creditorum.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt etiamſi miles iure militari teſtamento facto libertates dederit in fraudem creditorum, & non ſoluendo deceſſerit, impediantur libertates: *d. l. cum ii 8. §. 1. qui & à quib. man.* Nam cùm generalis ſit definitio & determinatio legis Æliæ Sentiæ, non minus ad militum, quàm ad paganorum teſtamenta pertinet: *arg. l. in fraudem 15. §. vlt. ff. de teſtam. milit.* vbi Vlp. ex Papiniano ſcribit, bonorum poſſeſſionem vltra tempora edicto determinata, nec militis poſſe agnoſci, quia generalis eſt illa determinatio. Et in *ead. l. in fraudem, in princip.* idem Vlp. apertius ſcribit. In fraudem creditorum, nec militem amplius quàm vnum neceſſarium hæredem facere poſſe. Ratio eſt, quia priuilegia militum, ſicut & aliorum perſonarum ad alienam iniuriam porrigi non oportet: vt idem Papin. ait in *leg. impuberi 40. ff. de admin. & peric. tutor.*

ILLATIO VIII.

De manumiſſis in fraudem ciuitatum.

OCtauò ex eodem Principio fit, vt in fraudem ciuitatum manumiſſi ad libertatem peruenire non poſſint: *l. in fraudem 11. ff. qui, & à quib. man* vbi Marcianus ſcribit ita Senatum cenſuiſſe. Vt intelligamus, non tam ex lege Ælia Sentia hoc fieri, quam ex autoritate Senatuſconſulti, ad exemplum & extenſionem legis ſecuti. Sed cur non ex lege Ælia? Quia lex de iis tantum manumiſſionibus locuta eſt, quæ in fraudem creditorum factæ ſint: quo nomine *creditorum*, priuati magis quàm ciuitates ſignificantur; quia & quod ciuitati debetur, nulli ex vniuerſitatis perſonis ſingulis debetur: *l. ſicut 7. §. 1. ff. quod cuiuſque vniuer. nomin.* vt proinde quod non niſi in ciuitatis fraudem factum eſt, in nullius fraudem factum dici poſſit. Nomina enim iſta *ciuitatis, vniuerſitatis, collegij*, & alia huiuſmodi quæ in abſtracto proferuntur, ſunt iuris nomina, & ſignificant rem intellectu magis, & iure, quàm corpore ſubſiſtentem: *l. 1. & toto illo eo. tit. l. proponebatur 76. ff. de iud. l. hæreditas 50 ff. de petit. hæred.* Ex quo fit vt plerumque conſtitui, vel moueri neceſſe fuerit, quid iuris obſeruandum ſit ratione ciuitatum, & rerum publicarum, etiam in iis rebus, de quibus quod ad priuatos certum ius eſſet, ac exploratum; vt in *l. ciuitas 27. De reb. cred. l. ſi pignus 8. ff. qui potior. in pign. hab. l. 3. C. de remiſſ. pign. l. 1. & tot. tit. C. de ſeru. reipub. manu. & tot. tit. De manu. & quæ ſeruis ad vniu. pertin. imponunt.* & aliis ſexcentis locis. Videtur autem Marcianus intelligere fortaſſis Apronianum ſenatuſconſultum, cuius meminit Paulus in *l. omnibus 26. ff. ad SC. Treb.* quo ſubuentum eſt omnibus ciuitatibus ſub imperio populi Romani exiſtentibus. In illo etiam inter cætera, vt iis quoque reſtitui hæreditates fideicommiſſariæ, ſicut perſonis ſingulis & poſſent & deberent. Item vt actiones in eas transferri ex Trebelliano poſſent. Quam in rem ideo neceſſaria fuit ſenatuſconſulti Aproniani auctoritas, quoniam Trebelliani verba fideicommiſſarii perſonam demonſtrabant, Ciuitatis autem perſona nulla eſt. Itaque quod in ſuperioribus diximus & probauimus, manumiſſiones in fraudem creditorum factas, non ipſo iure ciuili, ſed per legem Æliam Sentiam impediri, oſtendit fuiſſe neceſſarium auxilium Senatuſconſulti, manca legis poteſtate; ſimulque docet qua æquitatis ratione Senatuſconſultum nitatur, ſcilicet ea ipſa, quæ & legi Æliæ Sentiæ ferendæ cauſam dedit.

ILLATIO IX.

De reſcindendis per legem Sentiam libertatibus in fraudem fiſci datis.

NOnò ex eodem Principio fit, vt ad reſcindendas libertates in fraudem fiſci datas, neceſſarium fuerit auxilium Principalium conſtitutionum, vt idem Marcianus ait in *d. l. in fraudem 11. §. 1 qui & à quib. man.* quippe cùm neque iuris communis ratio prohiberet, quominùs ex libertates valerent tanquam à domino datæ, neque lex Ælia Sentia, quæ de creditoribus duntaxat locuta fuerat; neque ſenatuſconſultum, quod ciuitatibus tantum proſpexerat: Cùm tamen inconueniens videretur, deterioris conditionis eſſe fiſcum, qui aliis in omnibus cauſis vel vtitur communi priuatorum iure, vel habet priuilegium; *tot. ti. C. de priuil. fiſ.* vt pote qui dignior ſit priuato: *l. procurator 7. C. de eden.* Idque eſt quod Paulus ſcribit in *l. in fraudem 45 §. à debitore, ff. de iur. fiſc.* à debitore fiſci datas in eius fraudem libertates retrahi placuiſſe. Non enim ſic locutus fuiſſet ſi ad huiuſmodi libertates lex Ælia Sentia pertinuiſſet: nec rurſum ſi aliquo fiſci priuilegio libertates in eius fraudem datæ non valerent. Fiſci verò priuilegium hac parte nullum eſſe, ex illo etiam apparet, quòd in cæteris quoque alienationibus, ſi quid in ipſius fraudem factum ſit, vtitur iure communi, vt non eo minus valeat alienatio, ſed tamen tanquam fraudatoria reuocetur: *d. l. in fraudem 45. in princip. De iur. fiſc.* At quoniam ita inducto iure ex Principalibus conſtitutionibus, vt legis Æliæ Sentiæ poteſtas, ad eas quoque libertates protraheretur, quæ in fraudem fiſci datæ eſſent; poterat dubitandi cauſa emergere, An non etiam melior fiſci conditio eſſe deberet hactenus ſaltem, vt ſufficeret debitorem fiſci ſoluendo non eſſe? Diui fratres reſcripſerunt, non vtique, ſi debitor fiſci manumiſerit, libertates ſtatim & omnimodo impediri; ſed ita demum ſi eum non eſſet

l. in fraudem 45. §. à debitore ff. de iur. fiſc.

Digitized by Google

eſſet ſoluẽdo, in fraudem manumiſerit, hoc eſt ſi concurrat fraudandi cõſilium cum fraudis euentu, ſicut & in priuatorum cauſis obtinet. Videamus tamen ne dici verè, non minùs quam ſubtiliter poſſit, aliquatenus differentem eſſe hac parte conditionem fiſci, & priuatorum. Diximus namque in præcedentibus, & verum eſt, libertates in fraudem priuatorum datas impediri, ne competant, non autem reuocari; quod & in libertatibus in fraudem ciuitatum datis locum habet. Cenſuit enim Senatus de iis, qui in fraudem ciuitatum manumiſſi ſunt, non vt reuocentur in ſeruitutem, ſed vt non veniant ad libertatem, quomodo ſcriptum eſt in *d. l. in fraudem* 11. *in prin.* At libertates in fraudem fiſci datas retrahi placuit, vt Paulus loquitur in *d. §. à debitore*, id eſt reuocari, ac proinde valere & competere ipſo iure, alioqui nec reuocari poſſent. Vnde & idem Paulus in *d. l. ſi cùm fideicommiſſa 16. qui, & à quib. manu. in §. Ariſto.* ita ſcribit, vt dicat eum, qui in fiſci fraudem manumiſſus ſit, reuocari in ſeruitutem: quod ipſum non aliter fieri poteſt, quàm ſi ponas priùs eum perueniſſe ad libertatem. Hoc verò cur ita? An quòd fauorabilior ſit cauſa fiſci, quàm libertatis iam competentis, quæ ſcilicet ab alio quam à fiſco reuocari nunquam poſſet? Minimè verò. Conſtat namque in dubio reſpondendum eſſe & contra fiſcum: *l. non puto* 10. *ff. de iur. fiſ.* & pro libertate, *l. ſi fuerit* 20. *in fin. De reb. dub. l. pœnales* 32. *§. vlt. ff. ad leg. falc.* An potiùs quòd odio fiſci admittendum ſit valere ipſo iure, & competere libertatem, quæ in fraudem priuatorum data impediretur? Ne hoc quidem. Nulla enim ratio eſt cur fiſci conditio hac parte durior eſſe debeat, quàm priuati cuiuſlibet creditoris. Dicendum igitur eſt, quemadmodum totum hoc ius quod in fiſci fauorem inductum eſt, proficiſcitur ex Principalibus conſtitutionibus: ita ex earundem conſtitutionum verbis factum eſſe, vt libertates in fraudem fiſci datæ retrahantur, & reuocentur, non impediantur: Non quòd id egerint Imperatores, vt fiſci meliorem, aut deteriorem conditionem facerent, quam cæterorum; ſed quia dubitandum non eſt, conſtitutionibus cauſam dediſſe manumiſſiones iam factas & præteritas, non futuras, conquerente ſcilicet Procuratore fiſci aut Cæſaris, de quibuſdam ſeruis à fiſcali debitore in fraudem fiſci manumiſſis. Quod cùm iam factum proponeretur, & quidem nullo iure prohibente, quia neque iuris communis ratio, neque lex Ælia Sentia, neque Senatuſconſultum Apronianum huiuſmodi libertates impediebat; nec tamen ferendum videretur, vt impunè fraus fiſco facta eſſet, quæ nec priuato, nec ciuitati vlli fieri potuiſſet; neceſſe omnino fuit Imperatores, qui facere non poterant vt libertates non competerent quæ vtiliter datæ eſſent, hoc ſaltem fauore fiſci conſtituere quod vnum ſupererat, vt reuocarentur. Quod certè non ſimiliter conſtitutum fuiſſet, ſi futuris tantùm negotiis & manumiſſionibus, non etiam præteritis legem dare Principes voluiſſent exemplo legis Æliæ Sentiæ, & Senatuſconſulti. Sed ne id facere Principes voluerint, fecit auaritia, ne dicam ratio & vtilitas fiſci. Hoc tamen æquitatis colore, quòd cùm legis Æliæ Sentiæ latæ tempore, nihildum eſſet quod impediret, ne in fraudem quoque creditorum libertates vtiliter ipſo iure dari poſſent; nihil cauſæ erat, cur quæ iam tum datæ fuerant, reuocari deberent, obſtante in contrarium fauore libertatis iam competentis: itémque naturali conditione legum ferè omnium, quæ illa eſt, vt præteritis negotiis legem dare non debeant, ſed futuris: *l. leges & conſtitutiones* 7. *C. de legib.* At cùm fiſco proſpiciendum fuit, aduerſus manumiſſiones in ſui fraudem factas, iam lata erat lex Ælia Sentia, quæ licèt de fiſco locuta non eſſet, iuſtam tamen occaſionem præbebat conſtituendi, ne deteriore iure fiſcus cenſeretur; quod contigiſſet, ſi in ipſius fraudem factæ poſt legem Æliam Sentiam manumiſſiones ratæ manere debuiſſent. Porro fieri non poterat, vt fiſcus, quod ad eas manumiſſiones præteritas, deterioris conditionis eſſet, quam cæteri, quin fieret melioris; hactenus videlicet, vt libertates iam tenera competentes reuocarentur, quæ fauore priuatorum reuocari non poſſent. Vbi verò ſemel ab Imperatoribus ita reſcriptum eſt ob præteritas manumiſſiones, vt quæ in fraudem fiſci factæ eſſent, reuocari deberent; idem ius ad futuras quoque tractum eſt, quaſi nulla neceſſaria conſtitutione noua. Ideo fortaſſis, quòd in effectu parum intereſſe videretur, an libertates reuocarentur, an ab initio impedirentur, cùm neutro caſu effectum habeant. Sed tamen propiùs intuenti non eſt differentia hæc ſine effectu. Inde ſiquidem pendet quod Paulus ſcribit in *d. l. ſi cum 16. §. Ariſto. qui & à quib. manum.* à debitore fiſci qui ſoluendo non erat manumiſſum, ita reuocari in ſeruitutem, ſi non diu in libertate fuerit, id eſt non minus decennio: iunctus enim fauor libertatis ſemel competentis, cum temporis longinquitate, hanc ſententiam facilè extorſit; quæ non perinde locum habet in libertatibus datis in fraudem, ſiue creditorum, ſiue ciuitatum; quia cùm per legem Æliam Sentiam, & per Senatuſconſultum de quo diximus, reſcindantur, ac impediantur; etiamſi is qui contra legis, aut ſenatuſconſulti prohibitionem manumiſſus eſſet, in libertate per vicennium, aut tricennium ſtetiſſet, liber tamen fieri nunquam poſſet, quoniam ab initio impeditur libertas, ne vnquam competiiſſe dici poſſit. Idque ex fauore libertatis deſcendere, ex illo etiam intelligimus; quòd cætera, quæ in fraudem fiſci in huius hominis manumiſſi ſignum collata ſunt, poſt decennium quoque reuocantur, non alia ratione quàm quòd libertatis priuilegium non merentur. Itaque ſi effectum inſpicias, melior eſt conditio libertatum in fraudem fiſci datarum, quàm ſi in priuati, vel ciuitatis fraudem datæ eſſent; non in eo ſolùm quod ipſo iure competunt, nec ab initio impediuntur, quamuis ex pòſt facto reuocentur; ſed in eo etiam quod tractu temporis ita confirmati poſſunt, vt nunquam reuocentur: quod in cæteris, vt diximus, diuerſum eſt.

Quantum interſit an manumiſſio facta ſit in fraudē priuati creditoris, vel ciuitatis, an in fraudem fiſci.

l. ſi cùm fideicommiſſa 16. §. Ariſto, qui & à quib. manum.

ILLATIO X.

De ſtatulibero ex manumiſſione facta in fraudem creditoris conditionalis.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt ſi ſeruum ſuum quis manumiſerit in fraudem eius, cui non niſi ſub conditione pecunia debeatur, pro ſtatulibero habendus ſit is, qui manumiſſus eſt, ideſt, pendeat libertas ex conditione;

ditione, *d. l. ſi cùm fideicommiſſa 16. §. ſi ſub conditione ff. qui, & à quib. man.* Nam cùm impediendæ per legem Æliam Sentiam libertatis alia ratio nulla ſit, quàm quod in fraudem creditoris data videatur; conſequens eſt, vt quemadmodum creditor conditionalis eſt, ita non niſi ſub conditione fraus facta videri poſſit, ſi conditionem, ſub qua debebatur, euenire contingeret; ac proinde, vt nec niſi ſub ea conditione libertas reſcindatur. Interim ergo libertas ex hac manumiſſione non competet, quandiu in eo res eſt, vt legi locus eſſe poſſit, ne quod eſſet abſurdiſſimum, hominis facto poteſtas legis præſertim prohibitoriæ impediatur. Eóque pertinet quod ex Paulo diximus, ſtatuliberum hunc eſſe, ſi quidem ſtatuliber pendente conditione ſeruus manet: *l. ſi debitor 45. §. vlt. de fideic. libert. l. ſtatuliberum 9. in princip. l. ſtatuliberos 25.* & paſſim *ff. de ſtatulib.* de quo ſcripſimus *ad Princip. 1. de iur. perſon. illat. 1.* Eſt autem hic caſus ex iis, in quibus ſtatuliber quis ſit non conditione expreſſa, ſed tacita; & quod idem eſt, vi ipſa; vt idem Paulus loquitur in *l. 1. in fin. ill. tit. de ſtatulib.* & à nobis mox explicabitur.

ILLATIO XI.

Statuliberum eſſe omnem, qui manumiſſus eſt in fraudem creditorum.

VNdecimò ex eodem Principio fit, quod Paulus ſcribit in *d. l. 1. de ſtatulib.* Vi ipſa ſtatuliberum quem fieri, non illo ſolùm caſu, de quo proximè diximus, cùm in fraudem conditionalis creditoris facta eſt manumiſſio pendente conditione; ſed generaliter quoties fraudandi creditoris cauſa quis manumiſit, etiamſi purè debitor fuerit, non ſub conditione. Nam dum incertum eſt, an creditor iure ſuo vſurus ſit, licèt certum ſit poſſe illum vti ſi velit, cùm purus creditor eſt, non conditionalis, interim ſtatuliber eſt qui manumiſſus fuit: Ratione illa quam Paulus *ibidem* ſubiungit, quoniam fraus cum effectu in lege Ælia Sentia accipitur. Senſus eſt, ad hoc vt lex Ælia Sentia locum habeat, & reſcindantur libertates in fraudem creditorum datæ, non ſufficere, vt is qui manumiſit, & re vera non ſoluendo fuerit, & fraudandi animum habuerit, ſed illud præterea requiri, vt creditores qui fraudati ſunt, & conſilio, & euentu; iure ſuo vti velint: id eſt legis Æliæ auxilium implorare; aut quod idem eſt, in hunc ſeruum, qui manumiſſus ſit, æque ac in alia debitoris bona perinde agere, atque ſi manumiſſus non eſſet. Nam ſi cùm ſe fraudatos ſciant & videant, ſuum tamen ius nolint exequi, quin potiùs manumiſſioni conſentiant, nemo dixerit eos in effectu fraudatos eſſe, ſi verum eſt quod habet iuris regula, neminem videri fraudare eos qui ſciunt & conſentiunt: *l. nemo videtur 145. de reg. iur. l. quod autem 6. §. præterea, ff. quæ in fraud. credit.* Itaque quamuis hoc caſu fraus facta ſit non tantùm conſilio, ſed etiam euentu, quia tamen effectum nullum habet, ad legem Æliam Sentiam non pertinet, nec impedit libertatem. Cur verò in lege Ælia Sentia fraus non niſi cum effectu accipiatur, ratio petenda eſt, non ex eo tantum quod vulgo dici ſolet, in qualibet diſpoſitione verba cum effectu eſſe accipienda,

Cur in lege Ælia Sentia fraus accipiatur cum effectu.

l. 1. §. hæc autẽ verba, ff. quod quiſque iur. l. pen. §. acere, ff. ne quis eum qui in ius vocat. eſt, vt exim. ſed potiſſimùm ex fauore libertatis, non iam faciliè impediatur libertas, quæ iure communi ex manumiſſione à domino facta competit, quoties lex impedimento non eſt. Et verò cùm legis Æliæ Sentiæ propoſitum illud fuerit, non tam vt noceret libertatibus, quàm vt creditoribus prodeſſet, ne quid ex debitoris facto damni & incommodi paterentur, quid obſecro attineret libertates in fraudem creditorum datas reſcindere, fauore illorum, qui iure ſuo vti nollent: *arg. l. ſi poſt mortem 10. §. liberi ff. de bono. poſſeſſ. cont. tabul.* Obſtare tamen huic ſententiæ illud videri poteſt, quod ſupra diximus, legis Æliæ Sentiæ poteſtatem in ſuſpenſo manere non poſſe, indéque fieri vt quamuis egeno debitori locupletiſſimus hæres fuerit, nihilominùs libertates per legem reſcindantur; cùm tamen fatendum ſit, eo caſu non fraudari cum effectu creditores, qui à debitoris hærede ſuum conſequi poſſint, ſi velint. Sed reſpondendum eſt valde diſſimilia hæc eſſe. Poteſtas enim legis Æliæ Sentiæ non in eo conſiſtit, vt omnimodo reſcindatur libertas in fraudem creditoris data, id eſt etiamſi creditor nolit; cùm è contrario ſolius creditoris fauore illam reſcindat: ſed in eodem demum, vt poſſit ius ſuum exequi creditor ſi velit, perinde acſi libertas data non eſſet. Quemadmodum nec legis Falcidiæ poteſtas illa eſt, vt hæres legatis oneratus omnimodo quartam habeat, etiam inuitus; ſed vt eam deducere ſi velit, poſſit; quod & de Pegaſiano ſenatuſconſulto, quo inducta eſt retentio quartæ ex fideicommiſſis vniuerſalibus, ſimiliter dici poteſt: *l. 5. §. ſi quis rogatus, ff. de donat. int. vir. & vxor. l. patre 19. & ſeq. ff. quæ in fraud. credit.* iunct. *l. quod bonis 15. §. 1. ff. ad leg. falcid. l. ſi quando 35. § illud, in fin. & §. & generaliter, C. de inoff. teſtam.* Nec denique legis duodecim tabularum ex ea parte, qua & teſtamentarias & legitimas hæreditates confirmat, poteſtas in eo verſatur, vt inuitum quemquam & neceſſarium faciat hæredem, ſed in eo tantùm vt hæreditatem deferat etiam inuito, eam tamen poſtmodum agnituro ſi velit, aut repudiaturo ſi malit. Delata ſiquidem hæreditas intelligitur, quam quis poſſit adeundo conſequi: *l. delata 151. de verb. ſignif.* licèt eam poſteà nec adeat, nec conſequatur: *l. nec emere 16. C. de iur. delib. l. 4. ff. ad SC. Trebell.* Sic igitur & in propoſito lex Ælia Sentia nihil aliud propoſitum habet, niſi vt libertas quæ in fraudem creditoris data eſt, reſcindatur fauore creditoris, etiam inuitis & manumiſſo & manumiſſore. At non etiam vt inuitus creditor ius ſuum exequi compellatur, aut vt eo quoque non exequente libertas impediatur, alioqui libertatibus nocere magis, quàm creditoribus proſpicere voluiſſe videretur, nec propoſitum ſuum ſeruare, vt Vlp. loquitur in *l. 1. §. exceptionem, ff. quar. rer. act. non dat.* ſi quæ libertates duntaxat in fraudem creditorum datas reſcindere cogitauit, eas quoque reſcinderet, quas reſcindi creditores nolint, cùm vt diximus non poſſint dici fraudari creditores, qui libertatem, quam in ſui fraudem datam eſſe ſciunt, valere nihilominùs volunt, & conſentiunt. An igitur quandiu incertum eſt, an creditor iure ſuo vſurus ſit, poteſtas legis erit in ſuſpenſo? Ita ſanè. Nec enim fieri poſſet vt manumiſſus interim ſtatuliber dici deberet, ſi non ipſius libertas ſuſpenderetur, quæ

In quo conſiſtat poteſtas legis Æliæ Sentiæ.

In quo poteſtas legis falcidiæ, & ſenatuſconſulti Pegaſiani.

Poteſtas legis, an & quandiu poſſit manere in ſuſpenſo.

porro

Digitized by Google

Poteſtas legis, an & quando poſſit manere in ſuſpenſo.

porro non ſuſpenderetur, ſed ab initio præcisè impediretur, ſi legis poteſtas ipſa in ſuſpenſo non eſſet. At id abſurdum non eſt, ſuſpendi poteſtatem legis, quandiu factum ex quo lex pendet incertum eſt; quod euenit, quandiu ignoratur an creditor fraudatus iure ſuo vti velit, quia nec interim certum eſt an ſit fraudatus, nec proinde an verba legis locum habeant, quæ diximus cum effectu eſſe accipienda. Nam & idem accidit tùm etiam cùm fraudandi animum habuit manumiſſor, quem contigerit non ſoluendo deceſſiſſe. Manet ſiquidem eo caſu ſuſpenſa poteſtas legis in tempus vſque aditæ hæreditatis, ita vt ſi medio tempore aucta ſit hæreditas, perinde libertates competant acſi mortis tempore aucta iam fuiſſet. Sicut è contrario ſi mortis tẽpore ſoluendo ſit hæreditas, & tamen cùm aditur deſierit eſſe ſoluendo, placet libertatem non competere, quaſi relictam in fraudem creditorum: *l. ſi mortis 18. in pr. qui, & à quib. ma.* Nempe quia nec priùs libertatis dies cedit quàm adita ſit hæreditas, *l. nam cùm 8. ff. quand. dies leg. ced. l. vnic. §. libertatibus, C. de caduc. tollen.* fieri autem nequit vt priùs reſcindatur libertas, quàm dies eius cedere cœperit, id eſt vt deſinat priùs quàm cœperit deberi: *l. Titio vſusfructus 96. De condit. & demonſtr. l. non poteſt videri 208. de reg. iur.* Tunc ergo abſurdum eſt, imò impoſſibile, poteſtatem legis manere in ſuſpenſo, cùm in eo ſtatu res eſt, ſecundum ea quæ iam ex facto contigerunt, vt non poſſit amplius non eſſe locus legi, concurrentibus ſcilicet atque impletis iam iis omnibus; quæ facere poſſint vt lex debeat habere locum: aut cùm in contrarium aliquid ex iis quæ lex requirit, ita deficit, vt concurrere amplius nunquam poſſit. Id verò contingit, cùm is qui animum habuit fraudandi creditoris, deceſſit non ſoluendo, tametſi locupletiſſimum hæredem reliquerit: quia quòd hoc caſu non fraudatur creditor in effectu, fit ex cauſa extrinſeca prorſus, & aduentitia, & conſequenter non efficit, quo minùs verba legis locum habeant, etiam accepta cum effectu. Effectum enim lex eum requirit; qui ex manumiſſione ipſa prorſus inducatur, nulla extranea perſona interueniente, quam nec facilè vnquam lex ſuppler, ne quidem in contractuum interpretatione: *l. ſi ita ſtipulatus 126. §. Chryſogonus, in fin. De verb. obliga.* non illum, qui per aliam perſonam aut inducatur, aut impediatur. Extranea perſona interuenit, cùm ideo fraudati non ſunt creditores, quòd fraudatoris hæres ſit locuples, quia nihil eum iure manumiſſionis commune illud habet, an manumiſſoris hæres locuples ſit, an egens: ſiquidem in danda libertate directa non cogitatur de hærede, quippe cuius factum nullũ interponi neceſſe eſt, niſi hactenus vt adeat hæreditatẽ, quo legatæ libertatis dies vtiliter poſſit cedere. Quamquã nec hoc quidem neceſſariũ dici poteſt, poſtquam reſcripto Diui Marci inductũ eſt, vt hærede nolente adire, poſſit addici bona vni ex manumiſſis, libertatũ conſeruandarum cauſa, vt dicemus ad *ti. de eo cui libert. cau. bõ. addic.* At extranea perſona nulla interuenit, cùm fraudem, quam creditoribus facere manumiſſor voluit, ea ſola ratio excludit, quòd creditores ipſius ius ſuum exequi nolint: Creditoris enim perſona illa eſt, propter quam ſolam, ſi fraudaretur, aut quod hac parte idem eſt ſi fraudari nollet, libertas per legem reſcinderetur. Proinde mirum non eſt, ſuperiore caſu, non etiam iſto videri fraudatos creditores cum effectu. Vtroque

Effectus & euentus fraudem ſiue... diuerſa ſunt.

Poteſtas legis, an & quando poſſit manere in ſuſpenſo.

caſu fraudantur ſanè, & conſilio & euentu, ſed non etiam effectu. In quo obſeruandum eſt, quod pauci fortaſſe hucuſque obſeruarunt, ſeparandum eſſe hac parte fraudis euentum ab effectu. Voluntas enim creditorum, quæ nolentibus illis vti iure ſuo excludit effectum iſtiuſmodi fraudis, facere tamen non poteſt quo minùs verum ſit & conſilio & euentu fraudem factam fuiſſe. Alioqui nec iis volentibus ius ſuum exequi, reſcindi poſſet libertas, ſi non ipſa reſciſſionis cauſa præceſſiſſet.

ILLATIO XII.

De libertatibus in fraudem datis ab eo, cuius hæreditas aditionis tempore inuenitur ſoluendo.

DVodecimò ex eodem Principio fit quod proximè attigimus, vt ſi mortis tempore ſoluendo ſit hæreditas, eadémque cùm aditur deſierit eſſe ſoluendo, libertas tanquam in fraudem creditorum data competere non poſſit; & contra, competat ea, quæ & fraudandi conſilio data eſt, & ab eo qui mortis tempore ſoluendo non fuit, ſi modò ſoluendo ſit hæreditas cùm aditur: Ita vt & aucta hæreditas proſit libertatibus, & noceat diminuta: *d. l. ſi mortis 18. ff. qui & à quib. man.* Nam cum ad reſcindendas ex lege Ælia libertates non ſufficiat, fraudandi animum & propoſitum adfuiſſe, niſi propoſito euentus quoque reſpondeat, vt iam ſæpius diximus: non poteſt fraudis euentus concurrere, ſi hæreditas reperiatur ſoluendo eo ipſo inſtanti, quo libertas teſtamento data incipit competere. Non autem priùs competere incipit, quàm hæreditas adita ſit: *d. l. vnic. §. libertatibus, C. de caduc. toll. d. l. nam cùm 8. ff. quand. dies leg. ced.* Quæ non ſolùm differentia, ſed etiam differentiæ ratio eſt inter legem Æliam Sentiam, & legem falcidiam, in cuius tractatu placet non aditæ hæreditatis, ſed mortis tempus inſpici oportere: *l. in quantitate 73. ad leg. falc.* Nempe quoniam lex falcidia dat hæredi quartam partem hæreditatis, *leg. 1. eod.* hæreditas autem conſtituitur eo ipſo inſtanti, quo teſtator eſt mortuus, non eo quo ipſa aditur; cùm è contrario per aditionem deſinat eſſe hæreditas, fiátque proprium patrimonium hæredis: *l. 3. §. ſi is qui ſtatus, in fin. ff. de Carbon. edict. l. vlt. ff. ſi pars hær. pet.*

ILLATIO XIII.

De manumiſſione facta per filium, ex voluntate patris, qui non ſit ſoluendo.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit, vt ſi voluntate patris, filius manumiſerit, ſiue pater, ſiue filius ſciat patrem ſoluendo non eſſe, libertas impediatur: *d. l. ſi cùm fideicommiſſa, 16. §. vlt. qui & à quib. manum.* Nam quoties filius ex patris voluntate manumittit, libertas non niſi ex vtriuſque facto competit ſeruo: Ex facto quidem filij, quoniam ipſe eſt qui manumittit: Ex facto verò patris, quia patris voluntatem non ſolùm adeſſe oportet, ſed etiam durare, vt eiuſmodi manumiſſione competat libertas: *l. 4. in princip. ff. de manum. vindict.*

l. ſi cùm fideicommiſſa, 16. §. vlt. qui & à quib. manum.

Adcò vt ſine poſt patris mortem, ſiue mutata eius voluntate filius ignorans manumiſerit, non fiat liber is, qui manumiſſus eſt: quia verum eſt, non fuiſſe illum voluntate patris manumiſſum: *l. quæſitum 15. §. 1. qui & à quib. manu.* Itaque cùm filius reuera manumiſſor ſit, pater autem pro manumiſſore habeatur, *l. ſi quis hac 30. §. 1. eod.* Iuris ratio facit, vt tam ex verbis, quam ex ſententia legis Æliæ Sentiæ, alterutrius conſilium fraudandíque propoſitum adfuiſſe ſufficiat, vt libertas impediatur, ſi modò euentus quoque concurrat. Ita fit vt hoc caſu quærendum non ſit an quod pater ſcit, filius ſcire videatur, aut contra: De quo tractat Iacob. Cuiac. *l. 14, obſer. c. 8. ad leg. ſeruus 7. §. vlt. de bon. poſſeſſ.* cum ſufficiat alterutrum ſcire, poſſit que imputari patri, ſcientiam quoque filij ignoranti, cur per filium manumitti ſeruum voluerit.

ILLATIO XIV.

De eo qui in fraudem creditorum plures ſeruos manumiſit.

DEcimoquatrò ex eodem Principio fit, quod Terentius Clemens ſcribit in *l. ſi quis habens 24. qui & à quib. man.* Si quis creditores habens, plures ſeruos manumiſerit, non omnium libertatem impediri, ſed eorum duntaxat quos teſtator poſteriore loco liberos eſſe iuſſit, ſi modo ea ratione fieri poſſit ſalua priorum libertate, vt creditores de quibus fraudandis teſtator cogitauerat, ſuum conſequantur. Quod & ſcriptum eſt, licet in ſpecie diſſimili *in l. ſi non lex 85. §. 5. De hær. inſt.* vbi Scæuola refert, Diui Hadriani temporibus Senatum cenſuiſſe, vt ſi teſtator, qui mortis tempore ſoluendo non fuit, duobus, pluribúſve libertatem dederit, eiſque hæreditatem reſtitui iuſſerit, & inſtitutus hæres ſuſpectam hæreditatem dixerit, cogatur eam adire, vt eo facto ad libertatem is perueniat, qui priore loco liber ſcriptus fuit, eique hæreditas reſtituatur. Quamquam de tota illius loci ſententia, præſertim verò verſiculi qui ibid. ſequitur, *idem ſeruandum in his, quibus per fideicommiſſum libertas data fuerit:* videnda ſunt quæ pluribus ſcripſimus *lib. 18. Coniect.* Ratio autem huius illationis eſt, quia cùm lex Ælia Sentia non reſcindat libertates in fraudem creditorum datas, niſi animo & conſilio fraudandi euentus fraudis reſpondeat, conſentaneum eſt, vt quamuis libertates omnes fraudandorum creditorum animo datæ proponantur, tamen eatenus duntaxat reſcindantur, quatenus creditores fraudarentur, id eſt euentu, & effectu ipſo damnum paterentur, ſi competerent libertates. Ergo ſi poſterioribus reſciſſis creditores indemnes ſeruari poſſint, nihil cauſæ eſt cur priores quoque reſcindantur. Etſi autem ordo ſcripturæ parum attendi ſolet, in iis videlicet quæ contrarium, aut diuerſum habent ordinem vel iuris, vel voluntatis; *l. cum pater 77. §. fidei tuæ 12. De leg. 2. l. quidam 14. ff de pec. leg. l. nec enim 7. ff. de ſolut.* interdum tamen neceſſariò attendi debet, vt in propoſito, cùm nihil eſt quod melius dici poſſit: *l. quoties 34. ff. de vſuf. l. ſi idem 14. De legat. 2. l. hæredes mei 57. §. vlt. ad SC. Treb. l. qui ſoluendo 60. De hæred. inſt. l. generaliter 24. § quid ergo 17. De fid. lib.* Excipe caſum *l. ſi is qui 55. & l. 57. De hære. inſt.* de quibus poſtea dicemus.

Ordo ſcripturæ an & quando attendendus.

ILLATIO XV.

De conſeruanda libertate illius, qui poſterior manumiſſus in fraudem fuit.

DEcimoquintò ex eodem Princ. fit, quod ſubiungitur *in d. l. ſi quis habens.* Vt ſi quando maioris pretij ſit is: qui prior nominatus fuit, nec ſufficiat poſteriorem retrahi in ſeruitutem, aut vt melius loquamur, retineri in ſeruitute (non enim poteſt retrahi in ſeruitutem is cui nunquam competiit libertas) prior verò ſufficiat dimittendis omnibus creditoribus, vt ſunt alia mancipia aliis longè pretioſiora, dicendum ſit hoc caſu ſequenti loco ſcriptum ad libertatem ſolum peruenturum. Ceſſat enim hic ratio illa quæ ſuperiore caſu faciebat, vt potiorem faceremus cauſam eius qui primo loco liber eſſe iùſſus eſſet, cùm retento in ſeruitute eo, qui ſecundo loco liber ſcriptus eſt, non ideo futurum ſit vt liber fiat primus, quamdiu vel vnus denarius dimittendis creditoribus deeſt: At è contrario, vt maneat vterque ſeruus; quandoquidem libertas, pro parte neque valere, neque reſcindi poteſt: *l. qui graui. 51. de iur. codicill. l. cum pater 77. §. cum exiſtimaret, de legat. 2.* & aliis ſuprà citatis *ad Princip. 2. illat. 6. de iur. perſon.* Itaque non eſt audiendus qui priore loco ſcriptus eſt, ſi ſequentis libertatem impedire velit: cùm non eo magis liber ipſe ſit futurus. Nec rurſus fauor libertatis patitur, at ne quidem ipſa legis Æliæ ſententia, vt vtriuſque libertas impediatur, ſi ſalua creditorum indemnitate, alterutri competere libertas poſſit, quoniam vt *præcedente illatione* diximus, lex Ælia non reſcindit libertates in fraudem creditorum datas, niſi quando & quatenus neceſſe eſt, ne creditoribus fraus vlla fiat. Errant igitur meo iudicio, vt hoc extra rem moneamus, plerique, magni inter ætatis noſtræ pragmaticos nominis; qui ex hoc Terentij loco probare ſolent, ſi is qui bona ſua omnia creditori obligauerat, ea poſtmodum variis diuerſorum temporum venditionibus diſtraxerit, non eſſe permittendum creditori, vt quaſi Seruianam exerceat contra priores emptores, niſi priùs facta excuſſione bonorum poſteriore loco alienatorum. Quaſi verò eadem hac parte ratio ſit alienationis rerum obligatarum, & manumiſſionis; & quaſi idem fauor ſit primi emptoris, ne hypothecaria conueniatur, qui eſſe debet ſerui prioris loco ſcripti, ne libertas eius reſcindatur. Quid enim intereſt primi emptoris, ne primo loco conueniatur, cum ſiue propriis, ſiue ceſſis ſaltem actionibus, indemnitatem ſuam conſequi tandem poſſit per regreſſum contra poſteriores emptores. Quod tamen nemo non videt ſimiliter dici non poſſe, cùm agitur de libertate, quippe quæ ſemel per legem Æliam Sentiam reſciſſa, nullo indemnitatis remedio contra eum propoſito, qui poſteriore loco ſcriptus eſſet, redintegrari vnquam poſſet. Illa certè ratio pro primo emptore facit, quam & pragmatici noſtri adferunt poſt Ægid. Magiſtr. *in ſuis illis Arreſtis*, quod ità poſito iure vt primus emptor conueniri poſſit, neceſſariò eueniat vt fiant de lite lites, primo ſcilic. emptore aduerſus ſecundum regrediente,

De excuſſione bonorum poſteriore loco alienatorum oppoſita creditori agenti hypothecaria.

ſecundo

ſecuodo aduerſus tertium, & ſic deinceps ad vltimum vſque: cuius tandem ſolius damno & incommodo totam rem cedere oportet. Vt proinde videatur multò expeditius, ſi ab vltimo incipiatur, à quo periode creditor hypothecarius, atque ſi contra primum ageret, ſuum ſit conſecuturus. Sed tamen ſiue ius vetus inſpicias, ſiue nouum, ratio hæc ſubſiſtere nullo modo poteſt. Quod enim ad vetus pertinet, conſtat id comparatum ita fuiſſe, vt liceret creditori pignora ſua perſequenti, quibus vellet diſtractis, ad commodum ſuum peruenire, ſiue ab ipſo debitore, ſiue ab alio quolibet poſſidentur: *l. creditoris 8. ff. de diſtr. pign. l. diſtractis 14. l. perſecutione 24. C. de pign.* quippe cùm eo tempore, incognitum eſſet beneficium excuſſionis, à Iuſtiniano poſteà inductum: *Nouel. 4. de fideiuſ.* niſi cùm fiſcus tacitæ hypothecæ ius quod habet in bonis ſui debitoris, contra tertium poſſeſſorem exequebatur: *l. Moſchis 47. de iu. fiſc.* Si autem ius nouum inſpicias, reperies nihil Iuſtinianum induxiſſe: *d. Nouell. 4 de fideiuſſ. cap. 2.* vnde ſumpta eſt *Auth. hoc ſi debitore, C. de pign.* niſi vt ne poſſit hypothecaria cõtra tertiũ poſſeſſorem exerceri, prius quàm excuſſio facta ſit & perſonæ, & bonorum debitoris, ab ipſo ſcilicet debitore poſſeſſorum; non ab eo alienatorum. Nam in alienatis perſequendis ordo aliquis inuito creditore ſeruandus ſit, nulla conſtitutionis parte cautum eſt. Et verò non video, qua ratione citra manifeſtam creditoris iniuriam ita conſtitui ius poſſit, vt creditor conuentionis ſuæ fructu, & electionis, quam ſibi iuſta conuentione quæſiit, beneficio priuari debeat; cùm facilè fieri queat vt variis ex cauſis ipſius interſit, ſiue ratione bonorum, ſi fortè bona priore loco alienata faciliùs inuentura ſint emptorem; ſiue ratione perſonarum, ſi poſteriores emptores difficilioris ſint conuentionis; ſiue denique ratione fori, ſi expeditior vno, quam alio loco, iudicij exercitio futura eſſe videatur. Denique quantum hoc caſu diſtet alienatio pignoris à manumiſſione ſerui, ex eo apparet quod interdum, vt diximus ad libertatem ſolus peruenit is, qui ſequenti loco manumiſſus eſt. At in vltimo emptore nunquam euenire poteſt, quin totius hypothecariæ onus, ſubire cogendus ſit, ſiue primo, ſiue poſtremo loco conueniatur, & ſiue ab emptoribus anterioribus ſiue ab ipſo creditore.

ILLATIO XVI.

De libertatibus datis ab eo, qui non fuit ſoluendo, conſentientibus tamen creditoribus.

DEcimoſextò ex eodem Principio fit, vt ab eo datæ libertates, qui & ſoluendo non ſit, & ſe non ſoluendo eſſe ſciat, valeant nihilominùs ſi ſcientibus & conſentientibus iis creditoribus datæ ſint, qui alioquin ex earum datione læderentur, & fraudarentur. Non enim videri poſſunt datæ in fraudem creditorum, quandoquidem non fraudantur ij qui ſciunt & conſentiunt. Vt ſuprà diximus *illat. 11. ex l. quod autem 6. §. preterea, ff. quæ in frand. credit. l. nemo videtur 145. De regul. iur.* Adeò vt quamuis creditorum conſenſus non interuenerit ſub ipſum tempus dandæ libertatis, tamen ſufficiat ſecutam eſſe quandocunque ratihabitionem etiam tacitam, quæ ex eo colligatur quod ius ſuum exequi creditor nolit: *d. l. 1. in fin ff. de ſtatulib.* quoniam *fraudis* nomen, quo vſa eſt lex Ælia Sentia, cum effectu accipiendum eſt, vt *ibidem* Paulus ait. Requirimus autem non ſcientiam duntaxat, ſed etiam conſenſum expreſſum, quia ſola ſcientia vix vnquam creditoribus nocet, niſi expreſſim conſentiant, quod alioquin non alia ratione videantur illi tacuiſſe, quàm quia ſcirent ius ſuum vtique durare: *l. ſicut 8. §. non videtur, ff. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.* niſi cùm eo tempore quo prædia diſtrahebantur, programmate publico admoniti creditores, qui præſentes erant, ius ſuum non ſunt executi: *l. ſi eo tempore 6 C. de remiſſ. pign. l. ſi hypothecas 8. eod.* Id enim facit authoritas publicæ admonitionis & venditionis, ne alioqui decipiatur emptor, bona fide accedens ad publicam venditionem. Nec rurſum volumus quorundam creditorum conſenſum ſufficere, vt aliis qui non conſenſerunt noceatur, niſi maior pars creditorum conſenſerit, quoniam aliis per alios iniqua conditio inferri non poteſt, nec debet: *l. non debet alteri 74. De reg. iur.* Eſtque hic caſus longè diuerſus ab iis, in quibus placuit ſufficere poſſe conſenſum maioris partis creditorum, vt in ſpecie *l. vlt. C. qui bon. ceder. poſ. l. iuris gentium 7. §. vlt. & l. ſeq. De pact.* Finge ex creditoribus conſentire illos, qui ſint priuilegiarij, & conſequenter licet poſteriores tempore, anterioribus tamen præferendi (perſonalium namque vt loquuntur, aut vt meliùs dicam chirographariorum creditorum priuilegia non ex tempore æſtimantur, ſed ex cauſa: *l. priuilegia 32. De reb. autor. iudi. poſſid. aliàs 17. De priuileg. credit.*) Cur illorum conſenſus, aliis non conſentientibus obſtabit? illi ſiquidem non fraudantur, quibus ante omnes ſatisfieri ex reliquis bonis & poteſt, & debet. Cæteri verò fraudantur, qui ſaluis libertatibus non ſunt habituri vnde ſuum conſequi poſſint. Non tamen cuiuſlibet creditoris conſenſus ei nocet, ſed ita demum ſi conſenſus iuſtus ſit, id eſt à iure approbatus, aut permiſſus. Nam ſi ponas pupillum creditorem conſenſiſſe citra tutoris authoritatem, nihil ea res proderit libertati; ſicut nec prodeſt, ſi fructuarius pupillus manumiſſioni conſentiat: *leg. in fraudem 27. §. pignori. ff. qui & à quib. man.* vbi Herm. hoc ipſum ſcribit in ſpecie multò maiorem dubitationem habente de ſeruo pignori dato, cuius manumiſſioni pupillus ſine tutore conſenſerit. Quidni enim valere is conſenſus deberet, ſaltem illo caſu, quo etiam poſt huius ſerui manumiſſionem debitor ſoluendo maneret? Siquidem nulla tunc pupilli fraus & captio eſſet. Verùm ne id dici poſſit, iuris ratio refragatur. Pupillus enim ſine tutoris authoritate nihil agere poteſt, non ob id ſolùm ne ſibi noceat, ſed illa potiſſimùm ratione, quod iudicio carere intelligatur, imò nec voluntatem vllam habere intelligitur ad conſentiendum, adeóque nec præſens eſſe: *l. cùm filiusfamilias 49. §. in hac, De verb. obl. l. 1. §. hoc edicto, Ne vis fiat ei qui in poſſ. l. 1. ver. impuberes, C. de falſ. monet.* Quare ad rem non pertinebit, ſi quis obiiciat aliud eſſe vendere aliud vendenti conſentire, *l. aliud 160. De reg. iur.* aliud manumittere, aliud manumiſſioni conſentire, aut quod idem eſt pati manumiſſionem: *l. ſi pater 4. §. vlt ff. de man. vind.* Id enim tunc obtinet cùm verus conſenſus interuenire poteſt, quòd in

Conſenſus maioris partis creditorũ, an & quando ſufficiat vt noceatur cæteris.

minore quidem annis viginti vſuuenit *d. §. vl.* at non ſimiliter in pupillo, vt neque in furioſo, non enim à pupilli conditione, furioſi hominis ſtatus & habitus multum abhorret, vt Vlp. loquitur in *l. Fultinius 7. §. planè interdum, ff. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* Furioſus autem per omnia, & in omnibus, abſentis & quieſcentis loco habetur: *l. 2. §. furioſus, de iur. codic.* neque vero conſentire poteſt, qui nec ſentire intelligitur, *l. ſi tibi 8. §. vnius, de opt. legat. l. ſi quis ſuo 33. in fin. C. de inoff. teſt.*

PRINCIPIVM III.

De libertate danda cum hæreditate vni ſeruo, etiam in fraudem creditorum.

EX lege Ælia Sentia licet domino etiam qui ſoluendo non eſt, & in fraudem creditorum, vnum ex ſeruis ſuis eum libertate hæredem inſtituere vt liber fiat, hæreſque ei ſolus & neceſſarius, ſi modò nemo alius ex eo teſtamento hæres extiterit, ſiue quia nemo alius hæres ſcriptus ſit; ſiue quia is qui ſcriptus eſt, hæres eſſe aliqua ex cauſa, vel noluerit, vel non potuerit; vt Iuſtinianus ſcribit *in §. 1. h. t.* Vbi rationem hanc reddit, quòd valdè proſpiciendum erat vt egentes homines, quibus alius hæres extiturus non eſſet, ſeruum ſuum hæredem haberent neceſſarium, vel qui ſatisfacturus eſſet creditoribus, vel quo minimè ſatisfaciente, creditores ſub ſerui nomine res hæreditarias venderent, ne iniuria afficeretur defunctus, qui ciuis Romanus deceſſiſſet. Nec conqueri poſſunt creditores, qui eiuſmodi libertatis datione fraudantur, quod lege Ælia Sentia ita prouiſum ſit, cùm potiùs æqui, bonique conſulere debeant, quòd eadem lex iia tam diligenter proſpexerit, vt extra hunc caſum, alio prætereа nullo, libertatea io eorum fraudem datas valere patiatur, quæ ſi lex Ælia non obſtaret, vtique valerent ex iuris communis ratione, quemadmodum *in duobus Principiis ſuperioribus* à nobis probatum & explicatum eſt. Cæterùm cùm ea lex facere non poſſet, quin alterutrum cuenire neceſſe eſſet, vt vel creditores aliquatenus fraudarentur, vel vt defuncti ciuis Romani fama & exiſtimatio per publicam bonorum ipſius venditionem læderetur, longe conuenientius viſum eſt haberi rationem exiſtimationis, quæ nullo pecuniario commodo æſtimari poteſt, cùm æquiparetur vitæ, in perſonis honeſtis, *l. iſti quidem 8. §. pen. D. quod met. cau. l. iuſta cauſa 9. in prin. De manum. vindic.* iunct. *l. pen. in fin. ff. de donat. l. 2. C. vt intr. cert. temp. trim. qu. termin.* quàm modici illius damni pecuniarij quod ex manumiſſione creditoribus infertur. Nam ſi vel ſolam libertatem damni cauſa intercidere, durum iam olim Papiniano, nec immeritò videbatur, in ſpecie *l. cum pater 77. §. cùm exiſtimaret, De legat. 2.* quanto duriùs eſſet, non ſolùm intercidere libertatem, ſed etiam defuncti ciuis Romani, qui viuens omnia boni ciuis & integri viri munia impleuiſſet, cineribus & oſſibus, vt Theophilus ait, infamiæ notam inuri?

l. cum pater 77. § cùm exiſtimaret, de legat. 2.

ILLATIO I.

De libertate data vni, eique incerto ex duobus idem nomen habentibus.

EX hoc Pincipio illud primum fit, quod Iulianus ſcribit *in l. qui ſoluendo 42. De hæred. inſtit.* Si is, qui debitor, & non ſoluendo erat, duos Apollonios liberos hæredeſque eſſe iuſſerit, altero quidem ante apertas teſtamenti tabulas defuncto, non ineleganter defendi poſſe eum ſolum, qui ſupererit, liberum & ſolum neceſſarium hæredem fore. Sed ſi vterque viuat, inſtitutionem nullius eſſe momenti, propter legem Æliam Sentiam, quæ ampliùs quàm vnum neceſſarium hæredem fieri vetat. Inuicem enim eos ſibi obſtare, vt ex Paulo ſubiungitur *in l. ſeq.* Ratio autem ſi quæratur, propter quàm lex Ælia non niſi vnum ſeruum in fraudem creditorum manumitti, & neceſſarium hæredem fieri permiſerit, illa eſt; quia vt proximè diximus, non tam id propoſitum habuit, vt creditoribus hac in re noceret, quàm vt defuncti famæ ac exiſtimationi conſuleret. Quemadmodum è contrario diximus in præcedentibus, ex illa parte qua eadem lex reſcindit libertates in fraudem creditorum datas, non tam id legi propoſitum fuiſſe, vt noceret libertatibus, quàm vt creditoribus prodeſſet, aut ſaltem iis noceri non pateretur: Atqui defuncti famæ & exiſtimationi tam abundè conſulitur vnius ſerui, quàm plurium manumiſſione, ſiquidem tam hæres eſt ex aſſe qui ſolus ſcriptus eſt, quàm hæredes ſunt ex aſſe plures, inter quos totus as diſtribuitur, nec minùs ille ſolus repræſentat perſonam integram defuncti, vt poſſit etiam ſolus, & in ſolidum à creditoribus hæreditariis conueniri, atque plures ſimul repræſentant, cùm plures ſcripti fuerunt. Vt autem parcatur pudori defuncti, nihil aliud requiritur niſi vt non tam ipſius, quam hæredis bona veneant, quod ipſum perinde contingit cùm vnus tantùm hæres ſcriptus eſt, atque ſi plures inſtituti proponerentur. Illud porrò ferè perpetuum & generale eſt, vt quoties aliquid iure ſingulari ex neceſſitate aliqua, ſiue contra ius commune, ſiue contra legem aliquam ſpecialem conſtituendum eſt, eatenus duntaxat inducatur, quatenus neceſſitas poſtulat. Nam & id rationi naturali apprimè conſentaneum eſt, vt ceſſante cauſa eſſet effectus. Prior autem pars ſententiæ Iuliani rationem, quæ ſubobſcurior videtur, illam habet, quòd inſtitutis duobus Apolloniis, fieri non poteſt vt inuicem ſibi obſtent per concurſum, priuſquàm poſſint eſſe hæredes, non poſſunt autem eſſe ante apertas tabulas ex lege Iulia Papia, quæ Iuliani temporibus obtinebat, & obtinuit ad tempora vſque Iuſtiniani, qui eam penitus ſuſtulit in *l. vnic. C. de caduc. tollend.* Et quemadmodum in præcedentibus diximus, non tempus mortis teſtatoris, ſed aditæ hæreditatis inſpiciendum eſſe, cùm quæritur an valeant libertates in fraudem creditorum datæ, *l. ſi mortis 8. qui & à quib. manu.* quia nec priùs legatæ libertatis dies cedit, *d. leg. vnic. §. libertatibus:* præpoſterum autem eſſet priùs reſcindi libertatem, quàm poſſet incipere deberi. Sic & in propoſito, cùm lege Iulia Papia ita ſit conſtitutum, vt extra cauſam liberorum, ad tertium vſque gradum nemo poſſit ante apertas

l. qui ſoluendo 42. D. de hæred. inſtit. & l. ſeq.

apertas tabulas ex teſtamento hæres eſſe; conſequens eſt, vt neque interim quærendum ſit an ſibi obſtent, neque ei qui apertarum tabularum tempore ſuperſtes inuenitur, potuerit vnquam obſtitiſſe is, qui antè defunctus fuit. An igitur Pamphilo & Apollonio hæredibus inſtitutis ab eo, qui ſoluendo non erat, defunctóque ante apertas tabulas Pamphilo, idem dicendum erit, vt non obſtante lege Ælia Sentia Apollonius vtiliter inſtitutus ſit, & in fraudem quoque creditorum hæres neceſſarius eſſe poſſit? Minimè, quia hoc caſu teſtator ab initio fecit contra legem Æliam Sentiam, quæ ampliùs quàm vnum neceſſarium ſeruum inſtitui vetet. Itaque inſtitutio Apollonij ſequente loco inſtituti, ſicut valere non poteſt aduerſus legem facta, ita neque per obitum Pamphili conualeſcere ante apertas tabulas defuncti. Relata enim lex eſt ad tempus factæ inſtitutionis, non apertarum tabularum, ex ea parte qua prohibet ampliùs quàm vnum inſtitui neceſſarium hæredem: *arg. l. liberorum 11. §. 1. De his qui not. infam.* Quid? An non idem euenit duobus Apolloniis inſtitutis? Cur ergo altero ante apertas tabulas mortuo valet eo magis inſtitutio? Reſpondeo pluribus ſeruis teſtamento in fraudem creditorum manumiſſis, & hæredibus inſtitutis, non omnium inſtitutionem irritam fieri per legem Æliam, ſed eorum duntaxat qui poſteriore loco, id eſt poſt primum inſtitui reperiuntur. Hic enim verum eſt, quod alias dici ſolet, in iis quæ commodam diuiſionem recipiunt, vtile per inutile non vitiari: *l. placuit 29. ff. de v. ur.* Duobus autem Apolloniis & liberis & hæredibus ſcriptis, non poteſt ſciri vter eorum priore aut poſteriore loco ſcriptus ſit, nec proinde vtrius inſtitutio per legem impediatur. Cùmque certum ſit non niſi alterutram impediri, alterutram verò omnimodo valere, non ſolùm benignius eſt fauore libertatis, ſed ex ipſa etiam iuris ratione verius, & ſubtilius, quomodo Iulianus loquitur, vt eius Apollonij, qui apertis tabulis ſuperſtes eſt, inſtitutio defendatur. Nam & alio illo ſuperiore caſu, quo Pamphilus & Apollonius hæredes ſcripti fuerint, ſi poneres è contrario Apollonium priore loco inſtitutum, non ideò minùs valeret ipſius inſtitutio, quod Pamphilus quoque eodem teſtamento inutiliter & contra legem ſcriptus eſſet. Aliud ergo erit ſi duobus Apolloniis inſtitutis, aliunde ſciri & dignoſci poſſit, vtrum ex iis priore loco inſtitutum dominus voluerit, verùm ſecundo. Eius namque inſtitutio, qui ſecundo loco ſcriptus fuerit, omnimodo impediatur, licèt ſolus ſuperſtes ſit eo tempore quo tabulæ aperiuntur. Illius verò de quo priùs ſcribendo teſtator ſenſit, inſtitutio defendetur, at non omnimodo, ſed ita demum ſi apertarum tabularum tempore ſuperſtes reperiatur, ſiue ſolus, ſiue cum conſeruo. Nam & lege Ælia Sentia quæ de libertatibus in fraudem creditorum datis lata fuit, ita cautum eſt, vt ſi duo, pluréſve ex eadem cauſa, id eſt in fraudem creditorum hæredes ſcripti ſint, vti quiſque primus ſcriptus eſt, hæres ille ſit, *l. qui ſoluendo 60. ff. De hær. inſt.*

l. qui ſoluendo 42. De hæred. inſti. & l. ſeq.

l. qui ſoluendo 60. De hær. inſt.

ILLATIO II.

De ſeruo cui fideicommiſſaria libertas debebatur inſtituto poſteriore loco.

Secundò ex eodem Principio fit, vt ſi is qui ſoluendo non eſt, primo loco Stichum, ſecundo eum, cui ex cauſa fideicommiſſi libertatem debet, liberum & hæredem inſtituerit; ſecundo loco ſcriptus & liber, & hæres eſſe debeat: *l. ſi is qui ſoluendo 55. de hær. inſt.* vbi rationē Paulus reddit, quia non videtur hic fraudandorum creditorum cauſa manumiſſus, quippe qui eam libertatem acceperit, quàm a teſtatore etiam inuito poterat extorquere: *leg. ſi ſeruo 84. eo.* Cuius rationis ſenſus ex eo petendus eſt, quod *proxima illatione* diximus: neque permiſſam eſſe lege Ælia Sentia, neque permitti debuiſſe inſtitutionem neceſſarij hæredis in fraudem creditorum, niſi quatenus neceſſe eſt, vt defuncti famæ & exiſtimationi conſulatur, ne ciuis Romani bona publicè diſtrahantur. Nihil autem neceſſe eſt, quoties alius ex eodem teſtamento hæres futurus eſt, licèt non tam ex liberalitate teſtatoris, quàm ex cauſa fideicommiſſi ab ipſo teſtatore debiti, libertatem ſit conſecuturus. Nam quod proximè diximus lege Ælia Sentia cautum eſſe, vt ſi duo, pluréſve hæredes ſcripti ſint ab eo, qui non erat ſoluendo, vti quiſque primus hæres ſcriptus eſt, idem hæres ſit: *l. qui ſoluendo 60 eod. ti.* tunc locum habet, cùm omnes ſcripti ſunt ex eadem cauſa, vt lex ait, hoc eſt, quomodo interpretati ſumus, in fraudem creditorum; non item cùm vnus in fraudem, alius ex cauſa fideicommiſſi manumiſſus eſt: ſunt enim cauſæ iſtæ diuerſæ, & vna quidem iniuſta & illicita regulariter, alia verò ſemper iuſta & licita, quàm idcirco præualere mirum non eſt, etiam inuito ordine ſcripturæ: quem ſuprà diximus attendi non debere, quoties repugnat ordo iuris, aut voluntatis; ſed tunc tantùm cùm aliud nihil eſt, quod melius dici poſſit: ex *l. quoties 34. in prin. ff. de vſuf. l. cùm pater 77. § fidei tuæ. de leg 2. l. quidam 14. De pec. leg. l. generaliter 24. §. quid ergo 17. ff. de fid. lib.* Sed tamen hoc ipſum quod dimus, eum, qui ſecundo loco ex cauſa fideicommiſſi liber & hæres ſcriptus eſt, ſolum liberum & hæredem fore, ita accipiendum eſt ſi hæres ipſe eſſe velit, non etiam vt inuitus & neceſſarius ſit hæres: In illa namque quæſtione, an ex eiuſmodi teſtamento neceſſarius hic fieri deberet, placuit humanius eſſe, & æquitatis ratione magis ſubnixum, vt non fieret neceſſarius: Qui enim etiam inuito defuncto libertatem poterat extorquere, is liber eſſe iuſſus, non magnum beneficium videtur conſequi a teſtatore, immo nihil commodi ſenſiſſe, ſed magis debitam ſibi accepiſſe libertatem vt idem Paulus ratiocinatur *in d. l. ſi ſeruo 84. eo. ti. De hær. inſt.* Addens caſum hunc ſimilem eſſe illi, in quo teſtator hæredem inſtituerit ſeruum, quem ea lege emerat vt manumitteret. Nam & hic, ſepoſito beneficio teſtatoris, proprio iure poterat ad libertatē peruenire, ex conſtitutione Diui Marci. Quod cùm ita ſit, non abs re mirari quis poſſit, cur Paulus dicat hanc ſententiam ex humanitate & æquitate receptam eſſe; ita innuens, ex ſummo iure aliud probari debuiſſe. Et

leg. ſi is qui ſoluendo 55. de hær. inſt.

Digitized by Google

ſanè ita eſt. Iuris ratio ſuadere videbatur, vt hic neceſſarius hæres eſſet, quia verum eſt, fuiſſe illum manumiſſum à teſtatore, ſiue ex cauſæ fideicommiſſi, ſiue ex contractus lege, libertas deberetur: Vnde & perinde patronus eſt, qui ex cauſa fideicommiſſi manumittit, aut qui ob non impletam à ſe contractus legem inducit poteſtatem conſtitutionis, atque ſi vltro ipſe & ſponte manumiſiſſet, quamuis non in omnibus pro patronis habeantur, vt ſuo loco tractauimus ex *l. ii quoque 9. & ſeq. D. de in ius vocand. l. in eo iure 45 ff. de rit. nupt. l. 3. §. 1. de ſuis & legit. l. ſi quis hac 13. §. 1. de oper. libert. l. qui ex cauſa 29. de bon. libert.* Sed tamen, quia verum eſt non ex liberalitate, ſed potiùs ex neceſſitate factam huiuſmodi manumiſſionem, æquitas certè non patitur, vt neceſſarius hæres eſſe debeat & inuitus hic, qui ab inuito manumiſſus fuit. Nam neque alia ratio eſt, propter quam inductum ſit ius, & nomen neceſſariorum hæredum, id eſt vt defuncti ciuis Romani fama & exiſtimatio per ſerui eiuſdémque hæredis ignominiam redimeretur, quàm quòd non ſit dubitandum, quin ei qui ſeruus alioqui manſurus erat, iucundiſſima ſit libertas, etiam quæ, vt Theophil. ait, infamiæ & ignominiæ pretio compararetur: quandoquidem ſi ſeruus maneret, non magis famæ & exiſtimationis, quàm infamiæ & ignominiæ capax eſſet, quippe qui caput nullum in ciuitate habere intelligitur: *l. 3. §. vlt. & l. ſeq. ff. de capit minut.* quæ ratio in eum non cadit, qui libertatem ſibi alieno beneficio ſine infamia relictam, & debitam, ab inuito debitore poſſit extorquere. Quid enim eſt quod de ſuo videatur reliquiſſe, qui quod reliquit, omnimodo reddere debuit? Papin. *in l. vnum ex familia 67. §. 1. de legat. 2.* Idque adeò verum eſt, ſi is, cui fideicommiſſaria libertas non niſi ſub conditione debebatur, medio tempore à debitore liber purè & hæres eſſe iuſſus ſit, fiat quidem interim hæres neceſſarius, ſed tamen poſteà exiſtente conditione fiat ex neceſſario voluntarius, non vt hæres eſſe deſinat, ſed vt in eo ius mutetur ſucceſſionis: inquit Vlp. in *l. 3. §. qui fideicommiſſam. de hæred. inſtit.* Quid igitur ſi hic ſecundo loco hæres ſcriptus, cui libertas ex cauſa fideicommiſſi debebatur, & quem Paulus ex Neratio ſcribit ſolum hæredem fore, nolit hæres eſſe? An eo ſaltem caſu, alius primo loco & liber & hæres eſſe iuſſus, hæres erit neceſſarius? Ita puto. Non enim aliter ſatisfieri poſſit propoſito legis Æliæ Sentiæ, quod illud vnum fuit, vt ciui Romano morienti non ſoluendo hæredem daret, & quidem neceſſarium, ſi alius aut neceſſarius, aut voluntarius nullus eſſet. Tametſi ea ratione contingeret vt creditores fraudarentur, quaſi honeſto cuique viro ſit honeſta ratio quælibet redimendæ exiſtimationis, ſicut dici ſolet redimendi ſanguinis honeſtam eſſe quamlibet rationem: *l. 5. de bon. eor. qui ant. ſent. l. vlt. de præuar. l. tranſigere 18. C. de tranſact.* Atqui hæres non eſt, neque pro ſcripto habetur, qui hæres eſſe non vult, niſi cùm eſt neceſſarius, Neque repugnat Paulus in *d. l. ſi is qui 55.* Illa enim verba *ſecundo loco ſcriptum hæredem fore*, de illo duntaxat poſſunt accipi, qui hæres eſſe velit, non de illo qui neque velit, neque velle cogi poſſit.

l. vnum ex familia 67. §. 1. de leg. 2.

ILLATIO LII.

De ſeruo neceſſario hærede inſtituto, qui habet liberum hominem ſubſtitutum.

TErtiò ex eodem Principio fit, quod idem Paulus tractat in *l. ſi is qui 57. eod. tit. de hæred. inſtit.* Si is qui ſoluendo non eſt, ſeruum cum libertate hæredem inſtituerit, & liberum hominem ſubſtituerit, antè incipiendum eſſe à ſubſtituto: id eſt non priùs liberum fore ſeruum, qui in fraudem creditorum manumiſſus eſt, quàm ſubſtitutus hæreditatem repudiauerit. Itaque quamuis dici ſoleat, ſubſtitutionem nihil aliud eſſe quàm ſecundam, aut quod idem, ſecundi hæredis inſtitutionem, vt Caius *in Inſtit.* diffinit, ſitque præpoſterum & contra iuris communis regulas, non quidem, vt teſtamentum incipiat à ſubſtituto, hoc eſt à ſecundo gradu, cùm primus gradus non valet (id enim vulgare & ordinarium eſt: *l. ſi poſthumus 14. §. quod vulgo, D. de liber & poſthum.* ſicut & vt ſubſtitutio euadat in inſtitutionem: *l. cùm ex filio 39. §. vlt. de vulg. & pupill. ſubſt.*) ſed vt regeſſus fiat à ſecundo gradu ad primum, vtque ſubſtitutus habeatur pro primo inſtituto; & contrà, primò inſtitutus pro ſubſtituto: *l. quandiu inſtitus 69. de acquir. hæred.* In propoſito tamen id euenit, quia teſtamentum ita incipit à ſecundo gradu, vt primus non tam reſcindatur, quàm ſuſpendatur. Rationem verò Paulus reddit, quoniã lex Ælia Sentia ita demum ei, qui in fraudem creditorum hæres ſcriptus eſt, conſeruat libertatem, ſi nemo alius ex eo teſtamento hæres eſſe poteſt. Atqui poteſt hic hæres eſſe ſubſtitutus, qui ſcilicet inſtitutus eſt ſub illa conditione, *ſi ſeruus primo loco ſcriptus non erit hæres*: quæ conditio, licèt in neceſſario hærede non contineat caſum illum ſpecialem, *ſi hæres eſſe nolet*, quem Interpretes appellant caſum noluntatis; ſed tantummodò caſum impotentiæ, id eſt, *ſi hæres eſſe non poterit*; hoc vnum tamen ſufficit vt ſubſtituto hæreditas ex ſubſtitutione deferatur: verum enim eſt, hæredem nec eſſe, nec poſſe eſſe ſeruum, cuius libertas per legem Æliam Sentiam impeditur: At quia non aliam ob rationem impeditur, quàm quòd incipiente teſtamento à ſecundo gradu, poſſit hic ſubſtitutus idémque liber homo, hæres eſſe teſtatoris voluntarius; Inde fit vt ſi ſubſtitutus hæres eſſe nolet (quod plerumque ſolet euenire, cùm hæreditas ſuſpecta tantùm eſt, ac multò magis ſi non ſit ſoluendo, *l. 4. ff. ad SC. Trebell.*) ſeruus ille, qui primo loco ſcriptus fuerat, hæres eſſe poſſit; quia iam verum eſſe incipit, alium ex eo teſtamento hæredem eſſe nullum poſſe, atque ita ceſſare rationem, quæ ad eum vſque diem faciebat, vt eius ſerui libertas impediretur. Simile propemodum eſt, quod dicere ſolemus, Non deferri ſucceſſionem ab inteſtato, quandiu aliquis ex teſtamento hæres eſſe poteſt: *l. quandiu poteſt 39. de acquir. hæred. l. quandiu poſſit 89. de regul. iur. l. antequam 8 C. commun. de ſucceſſ.* & tamen aliquando contingere, vt legitimo priùs quàm ſcripto hæredi deferatur hæreditas, vt putà, ſi quis teſtamento hæres ita inſtituatur, *Si legitimus hæres meam hæreditatem vindicare nolet.* Nam quemadmodum deficit conditio teſtamenti, illo vindicante:

l. Quandiu inſtitutus 69. ff. de acq. hær.

vindicante: ſic è contrario exiſtit, illo non vindicante: atque ita hæres teſtamentarius non niſi poſt delatam legitimo hæreditatem, admittitur: *l. ſi quis ita 82. de hered. inſtit.* quia hoc caſu teſtator non tam ab initio inteſtatus decedere, quàm ſub eiuſmodi conditione teſtamentarium hæredem ſcribere voluiſſe intelligitur: vt & in illa non ineleganti ſpecie *l. poteſt quis 56. eod. tit.* id eſt, ita concepta hæredis inſtitutione. *Si intra ſeptuageſimum annum deceſſero, ille mihi hæres eſto.* Hoc ipſum autem mirificè confirmat quod *ſuperiori illatione* diximus: Si is qui ſoluendo non erat, primo loco Stichum: ſecundo eum cui ex fideicommiſſi cauſa libertatem debebat, liberum & hæredem inſtituerit, non aliter Stichi libertatem impediri per legem Æliam, quàm ſi ſecundo loco ſcriptus hæres eſſe velit. Nam cùm non magis ſit neceſſarius is, qui ex cauſa fideicommiſſi per teſtamentum manumiſſus eſt, quàm ſi eſſet liber homo, non video quænam diſſimilitudo vel diſſimilitudinis ratio reddi poſſit inter eum, & liberum hominem ſubſtitutum. Nec quid aliud ſit, quod ait Paulus *in d. l. 55. ſecundo loco ſcriptum hæredem fore*: quam id ipſum, quod idem ſcribit: *in d. l. 57. antè incipiendum à ſubſtituto*: Vt ſcilicet vtroque caſu incipiatur à ſecundo gradu, ſi ſecundo loco ſcriptus hæres eſſe volet; ſed illo tamen recuſante fiat regreſſus ad eum, qui primo loco fuerat inſtitutus, perinde futurum hæredem neceſſarium, atque ſi ab initio ſolus inſtitutus fuiſſet, tanquam cuius inſtitutio per legem Æliam Sentiam non tam præcisè & abſolutè reſciſſa fuerit, quàm interim ſuſpenſa: vt non abſurdè poſſit is videri & dici ſtatuliber, quandiu incertum eſt, an ſecundo loco ſcriptus hæreditatem agniturus ſit, necne *var. l. 1. in fin. de ſtatulib.* Sed & obſeruandum illud eſt, quod Paulus noſter *in d. l. 57.* ſic loquitur, vt dicat legem Æliam Sentiam conſeruare, non dare libertatem ei, qui etiã in fraudem creditorum inſtitutus eſt, ſi alius nemo hæres ex eo teſtamento futurus ſit: vt intelligamus verum eſſe quod ſupradictum fuit, libertates, quamuis in fraudem creditorum datas, non egere auxilio legis vt valeant, exceptis ſcilicet teſtamentariis; quæ vt valeant, ſicut & cætera omnia quæ ad ſupremæ voluntatis cauſam pertinent, indigent confirmatione legis duodecim tabularum, vt Vlp. *in fragm.* ſcribit *tit. 1.* Sola lex Ælia Sentia fecit & induxit, vt non valeant, ſed reſcindantur quæ in fraudem creditorum datæ ſunt, ſiue inter viuos, ſiue in vltima voluntate: atque ita obſtitit ne ex eo tempore lex duodecim Tabularum potuerit confirmare libertates teſtamentarias, fraudandorum creditorum cauſa datas. Quo iure ſic inducto, neceſſe fuit eadem lege cõſeruari libertates, quas eodem ipſo caſu fraudatorum creditorum valere pateretur. Conſeruari, inquã, non cõfirmari, quia earum confirmatio fit ex iure communi per legem duodecim tabularum, non autem per legem Æliam Sentiam, quam ſufficit libertatibus non obſtare, eáſque non reſcindere, vt ius antiquum habere locum poſſit in caſibus noua lege exceptis. Quod autem *in d. l. 57.* Paulus ita ſcribit, *ſi nemo alius ex eo teſtamento hæres eſſe poteſt*, caue ne ſic intelligas, vt ad impediendam ſerui primo loco inſtituti libertatem, ſatis ſit quod is qui ſecundo loco ſcriptus eſt, hæres eſſe poſſit ſi velit: proponas liberum hominem eſſe qui fuerit ſubſtitutus, ſiue ſeruum, cui libertas vel ex fideicommiſſi cauſa, vel ex prioris domini

d. l. ſi is qui 57. ff de her. inſt.

contractu debeatur. Id enim pugnaret cum eo, quod iam conſtituimus & probauimus; non eo minùs neceſſarium fore, ſi alius ſecundo loco ſcriptus, quiſquis tandem ille ſit, hæres eſſe vel noluerit, vel non potuerit. Debent igitur ſupradicta verba ſic intelligi, ac ſi ſcriptum eſſet, *ſi nemo alius ex eo teſtamento hæres extiterit*, vt Iuſtinianus *in hoc tit.* loquitur. Verba namque legis Æliæ Sentiæ, cum effectu ſunt accipienda: *d. l. 1. in fi. ff. de ſtatulib.* Maximè verò vt tanto ſtrictior fiat interpretatio ad reſcindendas libertates, cùm ex hac parte non poſſit ea lex non eſſe odioſa, quippe quæ non ſolùm libertatibus, ſed etiam iuri communi aduerſetur. Quemadmodum è contrario fauorabilis videri debet ex alia parte, qua conſeruat libertates iure communi, legiſque duodecim tabularum poteſtate ſubnixas, ideóque ampliorem ex hoc latere admittens interpretationem: *l. hoc modo 64. §. 1. ff. de condit. & demonſtr.*

ILLATIO IV.

De caſu ſingulari, in quo poteſt quis hæres eſſe neceſſarius eius, qui ſoluendo non fuit, etiam alio hærede exiſtente.

QVartò ex eodem Principio fit, vt valde nouus & ſingularis caſus ſit ille, qui ex Caio proponitur in *l. ei qui ſoluendo 88. De hered. inſtitu.* ſumptus ex eiuſdem Caij *libro ſingulari* De caſibus. *Ei qui ſoluendo non eſt*, inquit lex, *aliquo caſu euenit, vt & ſeruus cum libertate hæres exiſtat, & alius prætereà hæres adiciatur. Veluti, ſi ſeruo cum libertate hærede inſtituto, ita adiectum ſit, ſi mihi Stichus hæres erit, tunc Titius quoque hæres eſto. Nam Titius, antequam Stichus ex teſtamento hæres extiterit, eſſe ipſe hæres non poteſt*: cùm exiſtentia illa, vt ita dicam, neceſſarij hæredis, poſita in conditione inſtitutionis Titianæ, tanquam alia quæuis conditio expectanda ſit: non ſecus ac ſi ſcriptum ita eſſet: *Si Seius hæres erit, Titius hæres eſto. Seius hæres eſto. l. 3. §. ſi quis ita, eo. tit.* Porrò *cùm ſemel hæres extitit ſeruus, non poteſt adiectus* Titius *efficere, vt qui ſemel hæres extitit, deſinat hæres eſſe.* Tritum enim eſt, eum, qui ſemel hæres fuit, ſemper hæredem manere & perſeuerare, *l. ait prætor 7.* alias *l. etſi ſine, §. ſed quod Papinianus, ff. de minor. l. ex facto 43. §. vlt. ff. de vulg. & pup. ſubſt.* Ex quibus locis intelligimus nec per legem fieri poſſe, vt qui ſemel fuit hæres, vnquam eſſe deſinat. Nam ſi lex id facere poſſet, faceret vtique hoc caſu, cùm in fraudem creditorum ſeruus hæres ſcriptus, & manumiſſus eſt, alio voluntario hærede exiſtente. Item cùm indigno, & ei, qui in fraudem legum tacitam fidem accommodauit, auffertur hæreditas: *d. l. ex facto, §. vlt.* Sed & ex ſenatuſconſulti Trebelliani exemplo, id ipſum intelligi poteſt. Nam quod dicimus hæredem rogatum de reſtituenda hæreditate, etiam poſt factam reſtitutionem nihilominus hæredem manere, *§. reſtituta, Inſt. De fid. hær.* non ex eo fit, quod fideicommiſſarius per ſenatuſconſultum Trebellianum hæres fieri non potuerit (nec enim ambigimus Senatum, & ius, & legem, & conſequenter hæredem facere potuiſſe) ſed quia non potuit Senatus facere, vt vel vni duo in ſolidum hæredes eſſent, vel hæres perpetuo non maneret qui ſemel hæres fuiſſet, vt alio loco fuſiùs à nobis tractatum eſt. Adeò

Lex non poteſt facere vt qui ſemel hæres fuit, vnquã eſſe deſinat.

Digitized by Google

autem verum hoc eſt, vt ſi is qui libertatem fideicommiſſariam accepit ſub conditione, poſteà purè ab hærede eum libertate hæres inſtituatur, atque ita libertatem & hæreditatem conſecutus hæres neceſſarius factus ſit, exiſtente tandem conditione voluntarius hæres efficiatur quidem, ſed ita vt non deſinat hæres eſſe, at vt ius in eo mutetur ſucceſſionis, vt Vlp. ſcribit *in d. l. 3. §. qui fideicommiſſam, De her. inſti.* hoc eſt, vt ex neceſſario hærede fiat voluntarius. Sed de tota hac quæſtione, cæteriſque ad ius neceſſariorum hæredum pertinentibus, dicemus latiùs ad *Tit. De har. qualit. & differ. infr.*

PRINCIPIVM IV.

De auctionis infamia.

Inſt. hanc tit.

INſamiæ, ignominiæ, & iniuriæ ſpecies quædam eſt, pati bonorum venditionem publicam, & ſub haſta: non quidem vt ipſo iure infamis fiat hic, cuius bona publicè diſtrahuntur, ſed vt eius fama & exiſtimatio ſaltem apud bonos, graues, & honeſtos viros oneretur. Id enim eſt quod Iuſtinianus hoc loco ſcribit, lege Ælia Sentia rectè prouiſum eſſe, vt etiam in fraudem creditorum poſſit debitor vnum ex ſeruis ſuis teſtamento manumittere, ac neceſſarium hæredem habere; ne alioqui adficiatur iniuria, ſi poſt mortem ſuam vrgentibus creditoribus bonorum ſuorum venditionem pati cogatur. Nam ſi ea res defuncti iam hominis æſtimationem ſuggillat, quanto magis viui? Ratio autem huius Principij illa eſſe videtur, quod is cuius bonorum venditio publicè fit, non poſſit carere ſuſpicione malè vitæ, decoctionis, imprudentiæ: cùm vix ſit, vt tale quid vnquam accidat bono patrifamilias, qui ſit frugi, quique bene ac honeſtè perpetuò viuere didicerit, & rationem illam ea qua homo æſtimatur, prudentiæ artibus excolere. Quid autem turpius homini quàm ſic vixiſſe, vt iis etiam viuendi principiis caruiſſe videatur, ſine quibus nec homo dici poſſit?

ILLATIO I.

De permiſſa ſerui neceſſarij inſtitutione, etiam in fraudem creditorum.

EX hoc principio primùm illud factum eſt, quod modò diximus, vt lex Ælia Sentia permiſerit neceſſarij hæredis inſtitutionem, etiam in fraudem creditorum.

ILLATIO II.

De antiquitate iuris inſtituendorum hæredum neceſſariorum.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt etiam extra caſum legis Aeliæ Sentiæ, & ante eam legem inductum fuerit ius, & nomen neceſſariorum hæredum. Ita enim ſemper, & iam inde ab initio confirmatorum per duodecim tabulatum legem teſtamentorum comparatum fuit, vt qui ſuſpectas habebant ſua facultates, licet reuera ſoluendo eſſent, taléſque mortis, vel aditæ hæreditatis tempore reperiri poſſent, ſeruum ſuum primo, aut ſecundo, aut etiam vlteriore gradu hæredem ſcriberent, vt ſi creditoribus ſatis non fieret, potiùs hæredis, quàm ipſius teſtatoris bona, vel poſſiderentur à creditoribus, vel venderentur, vel inter eos diuiderentur; quemadmodum Iuſtin. ſcribit in *princip. tit. De hæred. qualit. & differ.* Itaque lex Aelia Sentia non induxit, vt poſſit ſeruus cum libertate hæres inſtitui, atque ita neceſſarius hæres fieri, ſed quod antea generaliter & indiſtinctè iam obtinebat, vt quoties, & quot vellet teſtator ex ſeruis ſuis hæredes ſibi neceſſarios facere, poſſet etiam in fraudem creditorum, ea lex ita temperauit, & reſtrinxit, vt ſi ea inſtitutio fieret in fraudem creditorum, non ampliùs quàm vnus ſeruus poſſet inſtitui, & quidem ita, ſi nemo alius ex eo teſtamento hæres exiſteret. *Tit. de har. qualit. & differ.*

ILLATIO III.

De beneficio abſtentionis indulto ſuis & neceſſariis hæredibus.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt ſuis hæredibus qui etiam neceſſarij ſunt iure ciuili, Prætor indulſerit beneficium abſtentionis, de quo in *l. neceſſariis 57. D. de acq. hæred.* Filij namque pudori parcendum fuit, vt patris potiùs quàm ipſius filij bona venirent, vt eleganter loquitur Iauolenus in *l. paterfamilias 28. verſ. reſpondit. ff. de reb. autor. iudic. poſſid.* aliàs, *l. 13. De priuileg. credit.* quia filius ſuus hæres perinde ciuis Romanus eſt, ſtatúmque & caput in ciuitate habet, atque pater. Nec quòd à patre vitam habet, facere debuit vt pro patris debito poſſet ipſius exiſtimatio lædi, ſicut nec eius libertatem infringere pater potuiſſet: *arg. l. vlt. C. de patr. poteſt.* In eoque vno conſiſtit beneficium abſtentionis, & priuilegium, quod hac parte habent ſui hæredes à Prætore, vt ſcilicet ſub patris, non ſub filij nomine paterna bona per paternos creditores diſtrahantur. Nã ſi id tantùm Prætor ageret, vt quæ bona ſuo hæredi aliunde quàm à patre obueniſſent, ea pro paternis debitis diſtrahi non poſſent, non plus iuris hac parte haberent filijfamilias, quàm ſerui hæredes inſtituti, quia nec ſerui neceſſarij hæredis bona pro patroni ære alieno diſtrahi permittit Prætor, ſi quid ille aliunde ſibi acquiſierit, tametſi bona defuncti non ſufficiant creditoribus, vt Iuſtin. ait *d. tit. De hæred. qualit. & differ. §. 1.* Inducto ſc. in eam rem beneficio ſeparationis, ſi modò neceſſarius heres bona patroni non attigerit, idest vltrò & ſponte ea tractauerit, adeò vt non ſolùm quicquid poſteà acquiſierit, ei ſeparetur, ſed etſi quid ipſi à teſtatore debebatur: *l. 1. §. vlt. ff. de ſeparat.* Quàm autem diuerſum ſit beneficium abſtentionis à beneficio ſeparationis, non tantùm ex filiorumfamilias, qui liberi ſunt, & ſeruorum differentia intelligi poteſt, ſed ex ipſa quoque nominum diuerſitate. Abſtentionis enim nomen oſtendit, ex eo beneficio non ſolùm bona filij ſeparari à bonis patris, ne pro ære alieno, quod patris fuit, diſtrahi poſſint; ſed neque permittendum creditoribus paternis, vt bona paterna diſtrahant ſub nomine filij, qui ab iis abſtinuiſſe proponatur. Abſtinet autem ſe hoc ipſo, quòd ea & non attingit, & declarat nolle ſe attingere. At ſeparationis beneficium nihil aliud neceſſario hæredi tribuit, niſi vt propria bona *Beneficium ſeparationis.*

bona poſſit habere, ab hæreditariis ſeparata, non etiam vt ab hæreditariis abſtinere poſſit, quamuis nec ea attingere compellatur. Indéque nimirum fit, vt licèt ſeruus idémque hæres neceſſarius impetrauerit beneficium ſeparationis, ob id quod bona domini nondum attigerit, nihilominùs ſub ipſius nomine bona domini diſtrahi ſit neceſſe; quia ſeparatio facere non poteſt, quin bona defuncti ſint bona hæredis etiam inuiti, cùm non habeat ius & beneficium abſtinendi, licèt faciat vt bona hæredis neceſſarij, non ſint bona defuncti. Idémque erit ſi ponas minorem illum annis vigintiquinque attigiſſe bona hæreditaria, ex eáque cauſa beneficio ætatis impetraſſe reſtitutionem, ad obtinendam ſeparationem bonorum: *l. ait prætor 7. §. non ſolum, de minor.*

Tit de bo. quali. & differ.

ILLATIO VI.

De bonorum ceſſione.

QVartò ex eodem Principio ſumitur ratio dubitandi ad *l. debitores 11. Cod. ex quib. cauſ. infam. irrog.* vbi ſcriptum eſt, debitores qui bonis ceſſerint non fieri infames, licèt ex ea cauſa bonorum venditionem patiantur. Videbantur enim hoc ipſo fieri infames, ſaltem infamia facti, vt Noſtri loquuntur; id eſt ex bonorum & grauium virorum ſola opinione æſtimanda. Sed tamen aliud eſt, quia bonorum ceſſio fit ex beneficio legis Iuliæ, *l. 4. C. qui bon. ceder. poſſ.* quod autem tale eſt, vt lege permittente fiat, excuſationem potiùs quam pœnam vllam meretur: *vulg. l. Gracchus 5. C. ad leg. Iul. de adulte.* Etſi quod ſcriptum eſt in *d. l. debitores*, ad iuris magis, quam ad facti infamiam pertinere videtur. Nec enim aut lex Iulia, aut alia vlla ciuilis conſtitutio facere potuit, vt opprobrij, iniuriæ, ac ignominiæ nota omnino careat ceſſio bonorum, non ſolum quam decoctio præceſſerit, ſed & alia quælibet, quamuis expreſſim conſtitutum ſit, vt non minus ſalua exiſtimatione debitoris, quam omni cruciatu corporali ſemoto fiat: *l. vlt. C. qui bon. ceder. poſſ.* Iuris ſiquidem infamia in Legiſlatoris poteſtate eſt, Infamia facti non item. Quare & Iuſtinianus ipſe *Nouell. 4. de fideiuſſ. cap. 3. ad fin.* tractans de ceſſione bonorum ita ſcribit: *quod cum iniuria & effectu acerbo produceret debitorem.* Et *Nouell. 135.* cuius tit. eſt, *Ne quis cogat. bon. ceder.* fatetur idem Iuſtin. ad ignominioſam vitam traduci eum, qui bonis cedere cogitur, licèt ex accidenti, non ex ſupina negligentia res ſuas amiſiſſe proponatur. Et *ibidem* paulo pòſt, *cum inopia iugo eidem ad mortem vſque premi opprobrio ignominiæ.* Vnde & *miſerabile* auxilium ac beneficium vulgò appellatur, & *flebile*, vt Iuſtinianus loquitur in *l. pen. & vlt. C. qui bon. ced. poſſ.* & conſequenter humanior dicitur ſententia, quæ debitori dat inducias quinquennales ad ſoluendum, quàm quæ inuitum eum adigit ad faciendam bonorum ceſſionem: *d. l. vlt.* Inde etiam eſt, quod ait *l. propter 5. eod.* propter honorem municipalem, vel munus, non eſſe admittendam inuidioſam bonorum ceſſionem: id eſt, quia ea res eſſet inuidioſa, cùm honor municipalis ſit adminiſtratio Reipub. cum dignitatis gradu, *l. honor 14. De mun. & hon.* Inuidioſa inquam, id eſt, odioſa; *l. nec quicquam 9. §. Aduocatos D. offi. Proconſ. l. ad inuidiam 6 Cod. de his quæ vi, metúſve cauſ.* Inde denique quod etiam qui bonis ceſſit, audiendus eſt, ſi velit ſe defendere, ne bona ſua diſtrahantur, quandiu nondum ſunt vendita: *l. quem pœnitet 5 ff. de ceſſ. bonor.*

l. 4. C. qui bon. ceder. poſſ.

Beneficium ſeparationis.

ILLATIO V.

De bonorum venditione facienda ex edicto contra latitantem.

QVintò ex eodem Principio fit, vt ſi quis latitet in fraudem creditorum, bona eius à creditoribus primùm poſſideri, deinde etiam diſtrahi ex Prætoris edicto in pœnam latitationis iubeantur, *l. 7. §. 1. & ſeqq.* & paſſim, *ff. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* cum *tit. ſeq. De reb. autor. iudic. poſſid.* Vnde illud etiam eſt, vt ei edicto locus non ſit, ſiue quis latitet honeſta aliqua de cauſa, non autem fraudationis gratia, putà ſi crudelitatem tyranni quis timeat, aut vim hoſtium, aut domeſticas ſeditiones: *d. l. Fulcinius 7 §. quid ſit autem,* ſiue etiam fraudandi animo, dum ne fraudandorum creditorum cauſa: *§ ſed is qui, ibid.*

De iis qui publicè venditas res per alium emunt.

ADeò autem publica bonorum debitoris venditio, ſub ipſius nomine facta, exiſtimationem, & pudorem onerabat; vt quod magis mirari quis poſſit, moris olim eſſet, vt honeſtiores perſonæ, ſi quando tale quid publicè vendebatur quod emere vellent, vel per interpoſitam perſonam emerent, non palam; vel ſi palam, ne fortè fraudis & ſimulationis ſuſpicio interueniret, alterius tamen emptoris nomen ſubiicerent, nec ſua nomina publicis inſtrumentis inſcribi paterentur; vt Vlp. refert in *l. pupillus 5. §. ſed ſi per interpoſitam, & ſeq. ff. de autor. & conſenſ. tutor.* Ideò fortaſſe quod ea res auaritiæ & cupiditatis nimiæ infamiam qualemqualem præ ſe ferre videretur.

l. pupillus 5. §. ſed ſi per interpoſitam, & ſeq. ff de autor & conſenſ. tut.

PRINCIPIVM. V.

Defuncti bona, fieri bona hæredis, per aditionem.

BOna defuncti, ex quo tempore habet hæredem ſiue voluntarium, ſiue neceſſarium, fiunt bona hæredis: aut vt aliter dicam, Hæreditas defuncti, ex quo agnita eſt, deſinit eſſe hæreditas, fitque patrimonium hæredis. Hæc enim ratio eſt, propter quam inductum fuit ius habendi neceſſarij hæredis, vt ſc. ſi creditoribus non ſatisfieret, ea bona venderentur, quæ eſſent hæredis, non quæ defuncti, quemadmodum *in hoc tit.* Iuſtinianus ſcribit. Alioqui nihil prodeſſet defuncto, qui non ſoluendo deceſſiſſet, quod neceſſarium hæredem haberet, ſi nihilominus manerent bona defuncti, & tanquam talia publicè diſtraherentur. Huius autem Principij ratio non eſt obſcura, nempe quòd hæredis nomen nihil aliud, quam dominum ſignificet: *§. vlt. Inſtit. De hæred. quali. & differ.* fieri autem per rerum naturam nullo modo poſſit, vt eiuſdem rei duo in ſolidum domini ſint, propter implicitam contradictionem cui cauſam dat diſtinctio dominiorum iure gentium introducta, vt diximus *ad Prin. 4 illat. 5. ſup. de iur. natur. gent. & ciuil. ex l. ſi vt certo 5. § ſi duobus*

Digitized by Google

l. quod contra 141. §. vni duo, de regul. iur.

duobus vehiculum, ff. commod. Quæ etiam ratio eſt eius, quod habet iuris regula, Vni duos in ſolidum hæredes eſſe non poſſe: *l. quod contra* 141. *§. vni duo, de regul. iur.* Et verò quomodo fieri poſſet, vt defuncti bona, poſtquàm hæredi acquiſita eſſet hæreditas, remanerent bona defuncti, cùm etiam priùs quàm adita hæreditas ſit, & ex ipſo inſtanti mortis, in nullius bonis res hæreditariæ eſſe intelligantur? *l. 1. ff. de rer. diuiſ.* Hæreditas quidem perſonam defuncti repræſentare dicitur, *l. non minus 31 §. vl. De hared. inſt. l. hareditas 34. de acq. rer. dom.* Vel ob hoc ipſum ne res hæreditariæ, tanquam quæ nullius ſint, fiant iure gentium occupantis, vtque dominium quod defuncti fuit, remedio huius fictionis continuari poſſit in hæredem. Sed non ideò hæreditas perſona eſt, nec perſonæ vicē ita gerens, vt res hæreditariæ, quæ in bonis defuncti fuerunt, poſſint dici eſſe in bonis hæreditatis: vtcumque ſit, cùm hæreditas non niſi defuncti perſonam repræſentet, apparet non eo minùs poſſe dici bona defuncti, quamdiu hæres, qui ea ſua fecerit, nullus eſt: nec valde iſta differunt, Eſſe defuncti, & eſſe nullius; cùm is qui defunctus eſt, iam nullus ſit. Vnde defuncti libertum, dicimus eſſe nullius libertum, niſi quod hæreditatis fictio efficit, vt quod ad effectum illum iuris & continuationis dominij, perſona defuncti etiamnum viuere exiſtimetur. Atqui inquies, ſi ex eo teſtamento hæres nullus ſit, nec ab inteſtato, nec alius quiſquam, qui hæredis loco ſit, id eſt bonorum poſſeſſor; conſequens eſt, nec hæreditatem quidem vllam eſſe, ſed fieri bona vacantia, vt diximus *ad Princip. 5. De iur. natur. gent. & ciuil. ill. 3. in fi.*

Bona vacantia.

Quomodo ergo, aut qua ratione poſſunt dici bona defuncti, aut tanquam talia diſtrahi? Reſp. non diſtrahi tanquam bona quæ ſint defuncti, ſed tanquam ea quæ aliquando defuncti fuerunt, quæ quamuis facta ſint vacantia, nemine hæreditatem defuncti adire aut volente, aut valente: quia tamen fiſco acquiri non poſſunt, quoties ſoluendo non ſunt, nihil aliud ſupereſt quod fieri poſſit, vt creditoribus ſatisfiat, niſi vt bona ſub defuncti nomine vēdantur: *l. 1. §. an bona, ff. de iur. fiſc.* id eſt mentione facta debitoris, qui non alius hîc nominari poteſt, quàm is ipſe qui defunctus eſt, quique dum viueret debitor fuit; Quod vnum eſt, ex quo defuncti oſſibus & cineribus, vt ſuprà ex Theophilo diximus, ignominia irrogatur. Id verò non contingit, aliquo, ſiue voluntario, ſiue neceſſario hærede exiſtente, quia quiſquis hæres eſt, ſicut hoc ipſo fit dominus bonorū, quæ antea fuerunt defuncti, ex poteſtate legis duodecim tabularum, quæ hæreditates omnes & teſtamentarias & legitimas confirmat; ita & eiuſdem legis poteſtate fit debitor eius ipſius quantitatis, quā defunctus debuit. Proinde venduntur bona per creditores, non modò tanquā bona facta hæredis, ſed etiam ſub nomine hæredis tanquam debitoris, nulla defuncti facta mentione, quia nec neceſſe eſt. Quæ tamen etſi fieret, quomodo plerumque fit, vt vel hoc ipſum ſciatur, cuius hæres hic ſit, ſub cuius nomine bona diſtrahuntur, non eo magis defuncti exiſtimatio oneraretur; cùm nihil vetet etiam locupletiſſimi debitoris inopem hæredem, aut prodigum, aut imprudentem & negligentem adeò malè verſari in hæreditate, aut tam iniurioſum eſſe creditoribus, vt perinde ad bonorum diſtractionem veniendum ſit, atque ſi defunctus non ſoluendo, & ſine hærede deceſſiſſet. Quod cùm euenit, ſolius hæredis, non etiam defuncti ignominia eſt. Nam & ſoluendo deceſſiſſe intelligitur quiſquis habet hæredem: *l. 3. ff. ad leg. falcid. l. libertus qui ſoluendo 36. ff. de bon. liber.* Non aliam ob cauſam, quàm quia hoc ipſo habet, quem in locum ſuum ſubſtituat debitorem, & ſub cuius nomine bonorum venditio facienda ſit; ita vt non niſi fruſtra poſſis quærere, an deceſſerit ſoluendo is, qui amplius debitor non ſit, & de cuius bonis diſtrahendis amplius tractari non oporteat.

ILLATIO I.

Hæreditatem omnem videri ſoluendo, quæ habet hæredem.

EX hoc Princ. illud primùm fit, quod proximè diximus, vt videatur ſoluendo eſſe hæreditas, quæcunque inuenit hæredem: *d. l. libertus qui ſoluendo 36. de bon. libert.* ac multò magis ſi inueniat emptorem: *d. l. 3. ff. ad leg. falcid.* quia non poteſt inuenire emptorem, quin priùs inuenerit hæredem, cùm non niſi ab eo qui iam hæres ſit, vendi poſſit: *l. 2. de hared. vel act. vend. D. & C.* Sed hoc olim, & ex iuris veteris ratione verè dicebatur: Hodie non item, poſtquam ex Iuſtiniani conſtitutionibus in *l. vlt. C. de iur. de lib. & Nouell. 1. de hared. & falci.* inductum eſt beneficium inuentarij, quo factum fuit vt hæres agnoſcendo hæreditatem ſibi delatam ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato, non idcirco fiat debitor, nec teneatur creditoribus hæreditariis niſi quatenus hæreditatis vires patiuntur. Vnde illud etiam fieri neceſſe eſt, vt hæreditatis & patrimonij à defuncto relicti vires inquiri, & explorari perinde oporteat, ac ſi viuus ille bonis ceſſiſſet, vt in *l. ſi pater tuus 3. C. qui bon. ceder. poſſ.* & conſequenter vt ad ſatisfaciendum creditoribus hæreditariis, non ſolùm ea bona quæ defuncti fuerunt vendi oporteat; ſed etiam, quod magis eſt, ſub nomine ipſius defuncti, & tanquam bona defuncti, non hæredis. Non quod is, qui hæres eſt cum beneficio legis & inuentarij, minùs hæres ſit, minúſque debitor creditorum, hæreditariorum, quàm ſi hæreditatem ſimpliciter & abſolutè agnouiſſet, ſcil. ad modum & finem vſque facultatum in ea hæreditate relictarum: ſed quia beneficium illud non tantùm hæredi prodeſt, verum etiam ipſius creditoribus, vt poſſint impetrare ſeparationem bonorum hæredis à bonis defuncti, non ſecus ac olim ea ſeparatio ex Prætoris edicto dabatur creditoribus defuncti, aduerſus proprios hæredis creditores, ne bona defuncti, qui ſoluendo deceſſiſſet, fierent non ſoluendo per concurſum creditorum hæredis: *l. 1. & tot. tit. De ſeparat.* De quo latè ſcripſimus in *Decadib. de error. pragmat.* Facta enim ſeparatione bonorum vrgentibus creditoribus hæredis, quid aliud ſubſequi poteſt, niſi vt defuncti bona diſtrahi neceſſe ſit, tanquam bona defuncti, non hæredis, & ſub defuncti nomine, non hæredis? Qua de cauſa non malè vulgò creditum eſt, beneficium hoc nouum, ſicut hæredi, ipſiúſque creditoribus vtiliſſimum eſt, ita & defuncto iniurioſum videri, cuius fieri non poteſt, vt non lædatur exiſtimatio, non tunc ſolùm cùm ipſius prudentiam & fragilitatem ſimul cum hæreditate ipſa hæres ſuſpectam habet, quod fit ſtatim atque inuentarij beneficium incipit implorare; ſed tunc multò magis cùm eo rem adigit, vt defuncti bona ſub ipſius nomine diſtrahi

Beneficium inuentarij ex l. vlt. Cod. de iure delib. & Nouel. 1. de hared. & falcid.

Beneficiū ſeparationis ex l. 1. & tot. tit. de ſepar.

Beneficium inuētarij defuncto iniurioſum.

Digitized by Google

Conſtitutio Gallica De hæreditibus cum beneficio legis & inuentarii. Beneficium inuentarii an & quomodo prohiberi poſſit.

ſtrahi oporteat, perinde ac ſi per aditionem nunquam hæredis facta fuiſſent, id eſt ac ſi adita hæreditas noo fuiſſet. Quæ etiam res cauſam dedit, eámque, ni fallor, æquiſſimam conſtitutioni Regiæ apud Gallos, quæ induxit vt qnandiu ex inſtitutis, aut ſubſtitutis hærrdibus, aut etiam ex legitimis aliquis reperitur, qui hæreditatem alij delatam ſimpliciter & abſolutè agnoſcere paratus eſt, præferatur illi ipſi, cui delata hærrditas fuit, inuentarij beneficium imploranti. Inde etiam eſt, qnod hodie prudentiores teſtatores plerique ſuſpectam habentes hæredis fidem, aut potiùs pietatem, prohibent expreſſim teſtamento inuentarij confectionem, non quidem præcisè & abſolutè, quod facere nequeunt: (nemo enim facere poreſt quin leges in ſuo teſtamento locum habeant, *l. nemo poteſt 55. de leg. 1.*) ſed inſtituto hærrde ſub conditione ſi inuentarium non fecerit: eique dato, ſi contrà fecerit, ſubſtituto; quod vtiqne licet vt non priùs ner aliter hoc caſu hæres poſſit hæreditatem ſibi acquirrte, quam ſi purè arquirat, & inuentarij beneficium abiiciat, cùm in eo legis authoritas non violetor; ſed multò melius, vtilitati ciedirorum, qui huiuſmodi inuentariis, vt plurimùm lædnotur & decipiuntur, & defuncti pudori atque exiſtimationi conſulatur: Nam & Iuſtiniaoi pium ſanè propoſitum illud fuit, vt non tantùm hærrdibus, ſed defunctis quoque prodeſſet, adeóque ipſorum creditoribus; ne metu onerum hæreditariorum timidiùs ad hæreditatem accedente hærede, aut tempus ad deliberandum poſtulante, diutiùs iaceret hæreditas, longiórque crediroribus hæreditariis fieret mora. Tantum abeſt vt inuitis teſtatoribus, ſi exiſtimationem ſuam ex eo inuentarij beneficio mala fide implorato lædi putarent, hæredibus ad tanti beneficij abuſum procliuibus quicquam indulgere Iuſtinianus voluerir, *arg. l. quod fauore 6. C. de leg.* cum ſimilibus.

ILLATIO II.

De neceſsitate inducendi beneficij adeunda hæreditatis ex inuentario.

l. vlt. C. de iur. delib. & Nouell. 1. De hær. & falc.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt ad ſuccurrendum hæredibus ne ſupra facultates hæreditarias teneretur, neceſſarium fuerit beneficium inuentarij, ex ſupradictis Iuſtinian. conſtitutionibus in *dict. leg. vltim. Cod. de iur. deliber. & d. Nouell. 1. De heredib. & falcid.* Nimitum, vt bona quæ fuerant defuncti, ſeparari poſſent à bonis hæredis, poſtulaotibus, non quidem creditoribus teſtatoris, vt olim ex edicto, *De ſeparationibus*; ſed creditoribus hæredis, vt modò explicauimus. Alioqui fieri nullo modo poterat, vt ea ſeparatio admitteretur, ex quo tempore bona defuncti cœpiſſent facta eſſe bona hæredis.

ILLATIO III.

De neceſsitate & ratione edicti Prætoris, De ſeparationibus.

Edictum De ſeparationibus.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt neceſſarium etiam fuerit edictum Prætoris, *De ſeparation.* cuius poteſtate creditores hæreditarij impetrare poſſent ne pro ære alieno hæredis, qui ſoluendo non eſſet, bona defuncti poſſideri aut diſtrahi poſſent, niſi priùs dimiſſis omnibus iis, qui defuncti creditores fuiſſent. Obſtabat enim ratio iuris communis, quæ faciebat, vt non minùs iuris habere deberent proprij creditores hæredis, in ea bona, quæ defuncti fuiſſent, atque in cætera quæ ad proprium ipſius hæredis patrimonium pertinerent, cùm per aditionem hæreditatis deſiiſſent eſſe defuncti; facta, vt diximus, bona hæredis: Et ita, vt non ſolùm creditores hæredis cum hæreditariis concurrere poſſent, in eorum bonorum, quæ defuncti fuerant, diſtractione: ſed illis etiam præferri deberent, ſi debiti cauſa priuilegio aliquo niteretur. Nam cùm titulus ille ad pignoratitios creditores non pertineat, quorum ſcilicet nihil intereſt cuius facta ſint bona, quæ habent pignorata, cùm pignoris perſecutio nihil habeat cum iure dominij commune: *l. 1. §. cum prædium, ff. de pign. l. vſuc. 7. C. eod. l. iuſto errore 44. §. non mutat, ff. de vſucap.* at ſolùm ad chirographarios, qui nihil iuris habent in rem ipſam, ſed tantum in perſonam debitoris, niſi quatenus ex edicto Prætoris permittitur illis, vt eant in poſſeſſionem bonorum, eáque diſtrahant: *Tot. tit. quib. ex cauſ. in poſſ. eat. & de reb. autor. indic. poſſid.* Conſtat chirographariorum creditorum priuilegia non ex tempore æſtimari, ſed ex cauſa: *l. priuileg. 32. ill. tit. de reb. aut. ind. poſſid.* aliàs *l. 17. de priui. credit.* Cur enim æſtimarentur ex eo tempore, quo nullum adhuc ius in bona ipſa ſit acquiſitum? Itaque creditoribus hæreditariis prodeſſe non poteſt, quòd videantur anteriores, ſaltem quod ad ea bona pertinet, quæ à defuncto ad hæredem peruenerunt. Etſi enim fieri poteſt, vt priùs contraxerint cum defuncto, quàm proprij creditores hæredis cum hærede; ac proinde, vt eo ſaltem caſu anteriores ſint creditores: id tamen ad perſonalem duntaxat actionem pertinet, non etiam ad bonorum perſecutionem, quia in bonis debitoris chirographarij nullum ius habet creditor, niſi ex quo die in poſſeſſionem eorum ire à Prætore iuſſus eſt: quo demum tempore iuſſu Prætoris pignus conſtitutum eſſe intelligitur: *l. non eſt mirum 16. §. 1. ff. de pign. act.* quod porrò pignus non ei tantum creditori prodeſt, qui poſtulauit mitti ſe in poſſeſſionem bonorum debitoris, ſed cæteris quoque omnibus creditoribus, etiam qui non poſtularunt, quaſi non tam perſonæ ſolius petentis, quàm creditoribus omnibus & in rem permiſſum, vt Paulus tractat in *l. cùm vnus 12. ff. de reb. autor. iudi. poſſid.* Idcóque nec quidem ex eo tempore ius vllum prælationis, & vt loquuntur, anterioritatis inter creditores induci poteſt: Et conſequenter ſola debiti cauſa supereſt, quæ inſpici poſſit & debeat, an priuilegiaria ſit, néene. Nam quoties de priuilegiis creditorum ſiue pignoratitiorum, ſiue chirographariorum diſputamus, non tam de iure & poteſtate obligationis, aut actionis quærimus, quàm de ipſius effectu, id eſt, ad exactionem magis reſpicimus, quàm ad actionem: Sicut enim inanis dicitur, ac prope nulla actio, quæ propter debitoris inopiã exactionis commodum habere nullum poteſt, *l. nam is 6. ff. de dolo*, ita nec quicquam prodeſſe poteſt creditori, quòd prior contraxerit, & ſic priorem obligationem, actionémque ſibi comparauerit, ſi non eo magis futurum ſit, vt prior dimitti debeat ex pretio, quod per venditionem bonorum debitoris redigetur. Prior autem dimitti non debet ex eo bonorum pretio, qui prior neque in iis bonis, neque in ea bona ius vllum habuit, licèt habuerit in perſonam debitoris,

Differentia pignoratitiorum creditorum, & chirographariorum.

De priuilegiis creditorum.

cuius

cuius bona fuerunt. Sed tamen, quia iniquum eſſet ex perſona creditorum hæredis, de quibus cogitari nihil potuit, deteriorem fieri conditionem hæreditariorum, qui nulla pignoris addita conuentione tanto magis defuncti fidem ſecuti ſunt, nihil niſi patrimonium ipſius intuentes: *arg. l. hinc quæritur 19. §. 1. ff. de pecul.* æquiſſimum Prætori viſum eſt, audiri eos poſtulantes ſeparationem, vt quaſi duorum hominum bona vendantur, & defuncti, hæredíſque creditoribus ſeparatim tantum præſtetur, quantum redigi poſſit ex cuiuſque patrimonij venditione: *d. l. 1. §. 8. de ſeparat.* idque *ſeparationis* nomen ipſum demonſtrat. Præſefert enim factam priùs confuſionem bonorum per aditionem hæreditatis, quæ confuſio non aliunde naſcitur, quàm ex eo quod bona quæ defuncti fuerunt, facta ſint hæredis: Et ſi huius quoque confuſionis rationem ſi quis velet altiùs repetere, dici poterit naſci eam ex perſonarum, vt ita dixerim, confuſione, quemadmodum & aliàs ferè ſemper vſuuenire cernimus, vt conditio bonorum pendeat ex conditione perſonarum: *l. per curatorem 90. §. 1. ff. de acq. hær. l. vlt. C. de inoff. teſt.* vtpote quarum gratia res omnes à Deo Opt. Max. ſint comparatæ: *l. veluti quæſtio 68. ff. de vſufruct. l. in pecudum 28. in fin. ff. de vſur.* Nam per aditionem hæreditatis fit confuſio perſonarum, antequàm bonorum, cùm hæredis perſona eadem quæ defuncti eſſe intelligatur; indéque illa etiam confuſio proficiſcatur, quæ omnem tollit obligationem, ſiue quid hæredi à defuncto, ſiue contrà defuncto ab hærede, ex quacumque cauſa debebatur, quòd per rerum naturam fieri nequeat, vt idem ſit ſui ipſius & debitor, & creditor: *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. aditio, ff. de ſolut. l. hæres à debitore 21. §. 1. l. debitori 50. ff. de fideiuſſ. l. debitori 7. C. de pact. l. vt debitum 5. C. de hæred. act.* Eadem enim ratio facit vt bona defuncti fiant bona hæredis: Alioqui non poſſet cenſeri hæres eadem perſona cum defuncto, ſi quicquid defuncti fuit mortis tempore, idem poſt aditionem, hæredis non eſſe intelligeretur. Obſeruandum tamen eſt, in hoc differre ſeparationem bonorum, quæ fit ex edicto Prætoris, ab illa quæ fit ex Iuſtiniani conſtitutionibus, propter imploratum inuentarij beneficium, de quo ſuprà diximus: quòd quæ fit ex edicto, nullatenus lædit defuncti exiſtimationem, quam ſi læderet vel minimùm, credibile eſt non fuiſſe Prætorem eam permiſſurum. Cur verò non lædit, inquies, cùm ea faciat vt defuncti bona ſeparatim vendantur, & quidem ſub nomine defuncti, ſicut euenit cùm implorato beneficio inuentarij bona defuncti diſtrahuntur? Nimirum quia quoties venduntur ob impetratam per creditores hæreditarios ex edicto Prætoris ſeparationem, certum eſt venditionem fieri, non ex inopia defuncti, & ob id quod deceſſerit ille non ſoluendo, ſed propter factum, & inopiam hæredis, qui ipſe non ſoluendo ſit; & ob cuius inopiam æquum non ſit, vt iam diximus, deteriorem fieri creditorum hæreditariorum conditionem: *d. l. 1. §. 8. de ſeparat.* Porrò ſicut dici ſoles ictum fuſtium non infamare, ſed cauſam propter quam id pati quis meruit: *l. ictus fuſtium 22. ff. de his qui not. infam.* ita & multo magis verum eſt, non tam venditionem bonorum defuncti ipſam eſſe, quæ iniuriam & ignominiam afferr debitori, quàm cauſam venditionis: hoc eſt ſi ob id venditio fiat, quòd debitor non ſit ſoluendo. Nulla igitur hoc caſu iniuria vel infamia defuncti oſſibus & cineribus irrogatur, niſi quod ei imputari adhuc poteſt cur hæredem hunc ſcripſerit, quem ſciuit aut ſcire debuit ſoluendo non eſſe. In ſumma, ſeparatio quæ fit per beneficium inuentarij, tota reſpicit fauorem hæredis, & creditorum ipſius: damnum verò & incommodum, non ſolùm creditorum hæreditariorum, ſed & ipſius quoque defuncti; licèt illorum principaliter, huius verò non niſi per conſequentias. At quæ fit ex edicto Prætoris, tota reſpicit fauorem creditorum hæreditariorum; damnum verò non tam hæredis, cuius nihil intereſt prorſus cui priùs teneatur ex iis, quibus omnibus æquè tenetur: quàm creditorum hæredis, qui per huiuſmodi ſeparationem excluduntur, ne quidquam ſperare vnquam poſſint ex bonis defuncti, niſi ſi quid fortè ſuperfuturum eſt, hæreditariis creditoribus omnibus dimiſſis. Hæc enim differentia eſt inter creditores hæredis, & hæreditarios; quod hæredis quidem creditores, ſi quid ſuperfuerit ex bonis teſtatoris, poſſunt id habere in debitum ſuum, creditores verò teſtatoris ex bonis hæredis, nihil: *d. l. 1. §. pe. De ſepar.* vbi ratio huius differentiæ illa redditur, quòd qui impetrauit ſeparationem, ſibi imputare debet ſuam facilitatem, ſi cùm eſſent bona hæredis idonea, maluerint illi bona potiùs defuncti ſibi ſeparari: Hæredis autem creditoribus neque hoc, neque aliud quicquam imputari poteſt. Sed & è contrario longè deterioris conditionis ſunt creditores hæredis in eo, quod ſeparationem ipſi impetrare nunquam poſſunt, nec ſi in eorum fraudem adita hæreditas proponatur; quia ſibi imputare debent, qui cum tali debitore contraxerint: *d. l. 1. §. quæſitum.* Nam & generaliter ita ius comparatum eſt, vt liceat cuilibet, adiiciendo ſibi nouum creditorem, prioris creditoris chirographarij deteriorem facere conditionem: *d. l. 1. §. ex contrario.* Eſtque in hanc rem perelegans, nec obſcura Pauli tractatio, in *l. ſi creditores 5. eo. tit.* Tanta verò huius ſeparationis poteſtas eſt, vt ſi qua res hæreditaria, poſt aditam hæreditatem ab hærede obligata proponatur iure pignoris, vel hypothecæ, licèt ipſo iure valeat eiuſmodi obligatio, tanquam à vero domino, qui pignorandi ius habuerit, conſtituta: iure tamen ſeparationis, hypothecario hæredis creditore potior ſit creditor defuncti, qui ſeparationem impetrauit: *d. l. 1. §. ſciendum.* Nempe quia facta quandocunque ſeparatione, bona defuncti pro eo habentur, quod ad Prætorem, ac ſi hæredis facta nunquam fuiſſent. Et ideo non habet Prætor pignus pro conſtituto à domino, quòd conſtitutum fuit ab hærede, contra quem impetrata eſt ſeparatio. In eum ſiquidem ſtatum ſeparatio redigit omnia, vt ea confuſio, quam mero iure fieri diximus, pro non facta cenſeatur. Loquimur autem de ea ſola confuſione, quæ iuris poteſtate inducitur: quia ſi facti quoque confuſio acceſſiſſet, permixtis de facto, vt loquuntur, bonis hæreditariis cum bonis hæredis, ita vt ſeparari nullo modo poſſent, fruſtra de ſeparatione iuris quæreretur, cui factum ipſum, ac rerum ſeparandarum natura reſiſteret: *d. l. 1. §. præterea.*

Separatio bonorum præſupponit eorum confuſionem.

De confuſione quæ fit per aditionem hæreditatis.

Differentia quæ eſt inter beneficiū inuentarii, & beneficiū ſeparationis.

l. ſi creditores, eo tit. De ſeparat.

De beneficio ſeparationis hæredibus neceſſariis indulto.

Alia ratio eſt ſeparationis illius, quæ ex eodem Prætoris edicto neceſſariis ſeruis accõmodatur, & de qua diximus *ad Princ. præcedentis tit. 3.*

ill. 3. ex d. l. 1. §. vlt. De ſepar. Illa enim non creditoribus hæreditariis datur, contra neceſſarij hæredis creditores, qui ſcilicet nulli eſſe poſſunt (nec enim aut ſeruus debere, aut ſeruo deberi quicquam poteſt: *l. nec ſeruus 41. De pec.*) ſed hæredi ipſi neceſſario contra hæreditarios creditores: non in id quidem, vti ne ipſis teneatur tanquam hæres defuncti, aut etiam ne bonorum defuncti tanquam ſuorum, etiam ſub nomine diſtractionem pati compellatur, (id enim facere Prætor non potuit, niſi deſtructo neceſſariorum hæredum nomine ac iure,) ſed vt à defuncti bonis ſeparare poſſit bona ſibi aliunde obuentura, ne à creditoribus hæreditariis eo nomine inquietari poſſit, nec ſupra modum patrimonij, quod defunctus reliquerit conueniri. Abundè namque viſum eſt ſufficere creditoribus hæreditariis debere, ſi eadem ipſorum conditio foret, quæ futura erat nullo neceſſario hærede exiſtente. Quo caſu non aliorum bonorum venditionem vrgere potuiſſent, quàm quæ defunctus moriens reliquiſſet. Dices, Immò verò fieri deteriorem conditionem creditorum hæreditariorum ex neceſſarij hæredis inſtitutione, quam ſuprà diximus in fraudem quoque creditorum, ab illo etiam qui ſoluendo non ſit, fieri & poſſe & ſolere: ob idque æquum videri debuiſſe ita ius conſtitui, vt pro eo incommodo viciſſim aliquid commodi conſequerentur, ſi contingeret bonorum aliquid neceſſario hæredi aliunde obuenire. Sed præter id quod nihil prohibet hæredis neceſſarij, nec vnius tantum, ſed & plurium inſtitutionem fieri ab illo etiam, qui ſit ſoluendo, quo caſu nemo dixerit fauorem creditorum, qui non fraudantur, facere debere, vt eo minùs indulgendum ſit hæredi neceſſario beneficium ſeparationis: Reſponderi etiam poteſt, iam ſatis durè cum neceſſario hærede agi in eo, quod pro libertate, quam ex eiuſmodi inſtitutione conſequitur, publicæ bonorum ſuorum venditionis ignominiam pati compellitur, quæ vix alio quàm libertatis, vita ipſa charioris, pretio ſit æſtimanda: nec propterea prohibendum eum accepta libertate, proprium quicquam habere, cuius nomine à defuncti creditoribus conueniri non poſſit.

l. ſi [illegible] *ſeparat.*

De beneficio ſeparationis dando hæredi, rogato de reſtituenda hæreditate, qui adire compulſus.

TRactum etiam eſt idem Prætoris edictum ad alias ſpecies, vt purà ad fauorem hæredis rogati de reſtituenda hæreditate, qui eam hæreditatem, quam ſuſpectam dicebat, adire compulſus, poſtea reſtituere non potuit deficiente perſona cui reſtitui poſſet; ex quibus caſibus ſolet hoc euenire. Placuit enim non ſolum ipſi, deſideranti, ſuccurri ſibi aduerſus creditores hæreditarios, ſubueniendum eſſe, ſed & ipſius creditoribus id deſiderantibus idem præſtandum tacente etiam hærede, vt ipſis quaſi ſeparatio quædam præſtetur, vt ſcriptum eſt in *d. l. 1. §. ſed ſi quis ſuſpectam.* Item ad cauſam caſtrenſium bonorum, ſi fortè filiifamilias bona veneant, qui caſtrenſe peculium habeat. Separantur enim creditores caſtrenſes ab aliis, qui cum eodem debitore priuſquam militaret contraxerant, itémque ij ex caſtrenſibus quoque, quorum pecunia in rem patris verſa eſt, a cæteris, hactenus vt caſtrenſe peculium inquietare non poſſunt, quamdiu actione

d. l. 1. §. ſed ſi quis ſuſpectã, De ſeparat.

De in rem verſo, cum patre experiri poſſunt: *d. l. 1. §. ſi filiusfamilias.* Quamquam, vt liberè meo more dicam quod ſentio, videtur mihi duplex iſta edicti extenſio, non ſolùm a ſententia & propoſito Prætoris, iuriſque ratione aliena, ſed aliis etiam pleriſque rationibus, Triboniano magis, quàm Vlpiano, aliiue vlli ex antiquis noſtris prudentibus accepto ferenda. Ac de priore quidem ne iam dubitare quiſquam poſſit, ea facient quæ in hanc rem fuſiſſime ſcripſimus *lib. 18. Coniect. c. 8.* De poſteriore verò ſufficiet eos monuiſſe qui Vlpiani ſtilum tam diſſimilẽ à Tribonianeo norunt, vt obſeruent quibus verbis, quàm dubiis, & quàm parum inter ſe connexis tota ea ſententia concepta ſit, quæ extat in *d. §. ſi filiuſfam.* Primùm enim proponitur quæſtio, quæ cum Prætoris edicto nihil prorſus commune habet, ac eo ipſo modo qui Triboniano familiariſſimus eſt, quoties in mediis prudentum reſponſis, quò facilius nobis imponat, ſuas interſerit quæſtiones, *An ſeparatio*, inquit, *fiat inter caſtrenſes creditores, cæteróſque, videamus.* Statim autem nulla omnino interiecta ratione, ne dicam ratiocinatione, quaſi ex præcedentibus bene quid inferens, concludit ille his verbis: *ſimul ergo omnes admittentur.* Quorum vtique alius ſenſus eſſe non poteſt, quàm vt ſimul cum caſtrenſibus creditoribus, etiam non caſtrenſes admittendi ſint. Mox tamen quaſi mutata ſententia, ſed incertus tamẽ in vtra potius perſtare debeat, prorſuſque inſulſa, & Prudentibus inſolita loquendi ratione ſubiungit. *dummodo ſi quis cum eo contraxerunt antequam militaret, fortaſſe debeant ſeparari.* Tandémque in hac opinione reſidet. Subiungit enim, *quod puto probandum.* Nec tamen ſibi ſatisfacit, quin eandem Sententiam repetat, & inculcet, cum immediatè ita ſcribit: *Ergo, qui ante contraxerunt, ſi bona caſtrenſia diſtrahantur non poſſunt venire cum caſtrenſibus creditoribus.* Nõ enim ferre poſſum quod quidam putant ita ſcriptum eſſe, vt à deciſione vnius contrarij, alterius contrarij deciſio ſumatur. Nam prioris clauſulæ non illa ſententia eſt, vt in bonis non caſtrenſibus creditores caſtrenſes non concurrant cum cæteris, qui ante natum caſtrenſe peculium contraxerunt: Siquidem non potuit filius alia bona habere quàm caſtrenſia iure Pandectarum; niſi fortè peculium profectitium in bonis filiifamilias computare velis; quod tamen commodè facere non poſſis: quia licèt quodammodo filij patrimonium exiſtimetur, magis tamen eſt patris, extra eũ caſum quo ex Claudij conſtitutione peculium filiofamilias ſeparatur, id eſt ſi patris bona non propter delictum, ſed propter debitum à fiſco occupata proponantur: *l. 3. §. ſed vtrũ, in fi. ff. de minor.* cumque bonorum peculiarium venditio fit; non filij, ſed patris bona vendi intelliguntur, quia pater ille eſt, qui de peculio tenetur: *l. patri 28. eod.* At neque peculium vllum eſſe intelligitur, ex quo deſiit eſſe ſoluendo, ſi modò rei iudicatæ tempore tale ſit: *l. eo tempore 50. ff. de pec. l. Fulcinius 7. §. ſi quis actione, ff. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* Itaque quod ſcriptum eſt in *d. §. filiuſfamilias*, de eo filiofamilias accipiendum neceſſariò eſt, qui peculium aliud nullum habuerit, quàm caſtrenſe; quo tamen admiſſo, non poſſit dicere quomodo fieri queat ſeparatio creditorum caſtrenſium, & cæterorum; aut quis huiuſmodi ſeparationis effectus eſſe debeat niſi ille vt caſtrenſes totum habeant, cæteri omnino nihil. Quæ ſeparatio, ſi ſic accipi debet, non bonorum eſt, ſed creditorum, & conſequenter plane aliena

M à propoſito

Ordo titulorum edicti prætoris, in quibus de creditorum iure diſputatur.

à propoſito Prætoris, qui ea edicti parte non niſi de bonorum ſeparatione facienda cogitauit. Vnde tit. ille, *De ſeparat.* medius poſitus eſt inter illos. *Quib. ex cauſ. in poſſ. eat. De reb. aut. iud. poſſ. De cur. bon. dan. Quæ in fraud. credit.* in quibus omnibus, non alia de cauſa tractatur de iure creditorum, quàm vt ſciri poſſit, quibus, quo ordine, & ex quibus bonis ſatisfieri oportere videatur. Præterea cùm ſeparatio omnis, vt diximus, neceſſariò ſupponat præcedentem confuſionem, quis neſcit, etiamſi idem filiusfamilias & peculium profectitium habeat, & caſtrenſe, nullam tamen idcirco fieri peculiorum confuſionem, nec proinde vlli inducendæ ſeparationi locum eſſe? Nam in peculio caſtrenſi paterfamilias eſſe intelligitur, in profectitio aut aduentitio non item: ex *l. 2. ff. ad SC. Maced. l. vlt. C. de inof. teſt.* Peculium profectitium magis eſt patris, quam filij, ideoque & filio per patrem adimi quandocunque poteſt; dum ne dolo malo, & in fraudem peculiarium creditorum: *d. l. 3. §. ſed vtrum, d. l. part 2. De minor. l. peculium 40. ff. de pecul. l. interdum 14. ff de in rem verſ.* At in peculio caſtrenſi nihil penitus iuris habet pater, neque viuo filio, neque eo mortuo, ſi de ipſo fuerit teſtatus, *l. 2. ff. de caſtr. pecul.* Nec quòd eadem perſona vtrumque peculium habeat, inducit confuſionem peculiorum, cùm nihil vetet duplicis iuris peculium apud vnum, eundémque aliquando eſſe: *l. hinc quæritur 19. §. 1. ff de pec.* Quid ergo hic attinet de peculiorum, quæ nunquam confuſa fuerint, ſeparatione diſputare? Sed & quid abſurdius obſecro, aut iniquius dici poteſt, quàm quod Tribonianus concludit, creditores, qui cum filiofamilias antequàm militaret, contraxerunt, cum cæteris creditoribus caſtrenſibus in caſtrenſibus bonis diſtrahendis concurrere non debere? Nam ſi caſtrenſes creditores Tribonianus eos intelligit, vt puto (non enim memini alio loco ſic locutum vllum ex Iureconſultis) non qui ob cauſam ad caſtra pertinentem crediderint, ſed qui duntaxat contraxerint eo tempore, quo filiusfamilias iam militabat: quid cauſæ eſſe poteſt cur eorum qui antè contraxerunt peior conditio eſſe debeat, cùm & bona fide contraxerint, & eius fidem ſecuti ſint, qui nunc & paterfamilias repetitur, & proprium habet patrimonium? An non enim & perſonam eius intuiti ſunt, quam ſciuerunt quamdiu viueret poſſe acquirere, vt Paulus ait in *l. ſi creditores, 5. ff. de ſepar.* & conſequenter totum ipſius patrimonium, qualecunque tandem, aut vndecunque eſſet, vel futurum eſſet: *d. l. hinc quæritur, §. 1. De pec.* Quæ ratio non minùs locum habebit, etiamſi caſtrenſium creditorum appellatione velis eos intelligere, qui non modò cum filiofamilias milite, ſed etiam ex peculij caſtrenſis cauſa contraxerunt. Nam cùm nulla iuris parte proditũ ſit, huiuſmodi creditoribus cõpetere priuilegium ſiue tacitæ hypothecæ, ſiue prælationis; cur melioris erunt conditionis quàm cæteri, qui aut eodem, aut etiam anteriore tempore contraxerint, & fortaſſis ex priuilegiata cauſa? Sequitur apud Tribonianum, *Item ſi quid in rem patris verſum eſt, fortè poterit & creditori contradici, ne caſtrenſe peculium inquietet, cùm poſſit potiùs eum patre experiri.* Æque dubiè. Nec enim audet Trib. affirmare poſſe contradici huic creditori quem ponit eſſe ex caſtrenſibus: neque verò ratio vlla eſt, propter quam denegandum ei ſit, ne caſtrenſe peculium inquietet, cùm habeat debitorem eum qui ſit dominus peculij caſtrenſis.

l. ſi creditores 5 ff. de ſepar.

Quod enim pecunia in re patris verſa proponitur, etſi obligat patrem actione *De in rem verſo*, non tamen efficit, quin filiusfamilias quoque obligatus ſit, & quidem in ſolidum. Quiſquis enim cum filiofamilias contrahit, duos habet debitores, filium in ſolidum, & patrem de peculio duntaxat, aut de in rem verſo: *l. ſi quis cum filiofamilias 44. De pec. l. iam ex contractibus 57. de iudic.* Nam & extra cauſam caſtrenſis peculij licet filiusfamilias patrisfam. iure non cenſeatur? tamen cùm contrahit, obligatur perinde ac ſi eſſet paterfamilias, & ideo cum ipſo tanquam cũ patrefamilias agi poteſt: *l. filiusfamilias 39. De obl. & act.* Sed neque iuris ratio pati poteſt, vt ob id ſolùm quod in rem patris verſum ſit debitum filijfamilias, teneatur pater de in rem verſo, niſi cum filiusfamilias peculium habet à patre, & ex cauſa eius peculij contraxit. Conſtat enim actionẽ de in rem verſo, ſpeciem eſſe actionis de peculio; & edicti prætoris *De peculio*, tria eſſe capita. Primum generale *De peculio*; ſpecialia duo, *De in rem verſo*, & *Quod iuſſu*: *l. 1. ff. de pec.* At nec niſi ſubſidiaria eſt actio De in rem verſo, id eſt ita demum contra patrem danda, ſi filiusfamilias in peculio nihil habeat; vel habeat quidem, non in ſolidum tamen: *l. 1. De in rem ver.* Ergo ſi filiusfamilias peculium caſtrenſe habeat, nulla cauſa eſt cur totus pater, & in ſolidũ de eo quod in rem ſuam verſum eſt prior conueniatur, quamdiu ex patrimonio filij vel in ſolidum, vel pro parte eidem creditori, ſicut & cæteris ſatisfieri poteſt: nec quod in rem patris verſum ſit, facere debet, vt deterior ſit cond[illegible] huius creditoris, quàm cæterorum, in prof[illegible]do iure ſuo contra filium, tanquam contra [illegible]prium debitorem, ſi qua fortè ex cauſa [illegible] ſum agere malit, quàm contra patrem [illegible]nire facilè poteſt, quia plerumque & facti & iuris quæſtio incidit. An in rem patris verſum ſit, néche. & oneratur probatione creditor qui agere vult contra patrem, vt ex iis ferè omnibus legibus apparet, quæ ſunt ſub *tit. De in rem ver.* Denique præpoſterum eſt, vt pater prior De in rem verſo conueniatur, deinde filius ipſe qui contraxit, quique principaliter eſt obligatus: ſi fortè pater aut ſoluendo non ſit, aut contra eã De in rem verſo actionem iuſta aliqua exceptione tueri ſe poſſit. Itaq; vel vna hæc clauſula facere poſſet, ne dubitare amplius quiſquã deberet, quin tota hæc ſententia Triboniani ſit, non Vlpiani: Adeò aliena eſt & à ratione iuris, & à ſententia Prætoris, in edicto *De ſeparat.* rurſumq; parum elegans in illis verbis, *ne caſtrenſe peculium inquietet*, inepta etiam in illis ſequentibus *cùm poſſit potiùs cũ patre experiri.* Eſt. n. omnino noua hæc forma excuſſionis faciẽdæ, vt inuitus creditor contra eũ, qui nõ niſi acceſſoriè, & ſubſidiariè obligatus eſt, cogatur priùs & potiùs experiri, quã cõtra debitorẽ principalẽ, ſiue ſoluendo ille ſit, ſiue nõ. Illud ſanè cõſtat ſi filius impubes patri hæres extiterit, deinde impubes deceſſerit, & ſubſtituti bona veneant, qui impuberis hæreditatem adierit, patris creditores ſeparationẽ impetrare poſſe, itemq; impuberis creditores aduerſus creditores ſubſtituti: *d. l. 1. §. itẽ videamus, e. t.* Nihil enim refert an bona quæ ſemel deſierũt eſſe patris, facta ſint bona primi hæredis, an etiã ſecũdi ſucceſſiuè, & ex ordine, cũ vtroq; caſu perinde deſierint eſſe defuncti, cœperintq; cõfuſa eſſe cũ bonis hæredis: quæ confuſio ſicut iure ciuili ſeparationẽ impedit, ita & ex æquitate prætorij edicti, ſeparationis auxilio ſimiliter indiget, vt paternis creditoribus quibus nihil

Edicti Prætoris, De peculio.

l. 1. § itẽ videamus, De ſeparat.

Digitized by Google

nihil imputari poteſt, conſulatur, Imò & legatariis quoque poſt creditores tamen, & quatenus eorum gratia ex bonis ſeruari poteſt poſt dimiſſos creditores, *l. creditorib. 4. §. 1. l. quoties 6. e.* Hæreditariarum enim actionum loco habentur & legata, quamuis non à defuncto cœperint, quo demum mortuo totum teſtamentum confirmatur, ſed ab hærede, qui ea præſtare primus, ſolúſque obligatur: *l hæreditariarum 40 ff. de obli. & act.* Illa ſiquidem hæres debet prorſus eodem iure, quo cætera quæ defunctus debuit, ideſt tanquam hæres, non tanquam Titius, & ex propria perſona: *l. nemo poteſt 55. de lega. 1. §. 1. de leg. Inſtit.*

l. creditorib. 4. §. 1. l. quoties 6. eod. l. hæreditariarum 40 ff. de oblig. & act.

Ex ſuperioribus autem apparet, vt totum hūc *De ſeparationibus* tractatum abſoluamus; cur ſeparatio danda non ſit creditoribus hæreditariis, qui fidem hæredis ſecuti ſunt, ſiue nouandi animo ab iis ſtipulati fuerint, ſiue fideiuſſores quāuis nō idoneos ab iis acceperint, quia ſibi debēt imputare cur ad iuris rationem, quæ iam iis obſtabat proprium conſenſum accommodauerint, talémque debitorem, taléſve debitoris fideiuſſores elegerint: *d. l. 1. §. illud ſciendum. & ſeq.* quæ ipſa ratio demonſtrat, non idem dicendum eſſe ſi perſonam hæredis ſecuti ſint ex neceſſitate, putà ſi iudicium ei dictauerint, ideſt, contra eum hæreditariam propoſuerint actionem: *l. ſi eo t.* non enim ſolet nouatio illa nocere, quæ neceſſariò fit in iudicio per litis conteſtationem, *l. aliam 29. ff. de nouat.* vbi ratio redditur, quod nemo actionē exercendo faciat cōditionem ſuam deteriorem, ſed meliorem. Apparet item cur ius petendæ ſeparationis, non ſit perpetuum, ſed quinquennio finiatur à tempore aditionis numerando: *d. l. 1. §. quod dicitur.* Nimirum quia licèt auxilium prætorium videatur fauorabile, maximáque ſubnixum æquitate, tamen eſt etiam aliquatenus odioſum, ex qua parte tollit poteſtatē, aut potiùs effectum iuris communis quo inducitur confuſio bonorum, ita vt bona defuncti facta ſint bona hæredis. Sed & ſi medio tempore vendita ſit hæreditas ab hærede, dūmodo bona fide, placet, non poſſe amplius peti ſeparationem, vt Papinianus ſcribit in *l. 2. eod.* rationem illam adſerens, quòd ea quæ bona fide geſta ſunt per hæredem medio tempore, id eſt ab aditione ad ſeparationem vſque, rata haberi ſolent, id eſt ob impetratam ex poſtfacto ſeparationem, irrita non fiunt, putà ſi quid ex bonis hæreditariis interim venditum, alitérve alienatum proponatur; vt & in *l. quoties 44. D. de acquir. hæred* Hoc ipſum verò cur ita? Nempe quia vtitur hæres ſuo iure, cùm poſt aditionem diſponit bona fide de bonis hæreditariis, neſcius an id animo agitent creditores hæreditarij, vt ſeparationem petere velint, quod cum ex ſola ipſorūm voluntate pendeat, ignorari probabiliter poteſt. Sed tamen poſſit quis adhuc ſubobſcurā putare ſupradictam Papiniani rationem. Quid enim vetat etiam rata manente hæreditatis venditione, impetrari ſeparationē, ſiue contra ipſum hæredem, qui etiam poſt factam hæreditatis vēditionem, nihilominùs hæres manet; ſiue contra emptorem, qui ex eo tempore incipit eſſe quodammodo hæredis loco: *arg. l. 2. §. cùm quis*, & paſſim, *ff. de hær. vel. act. ven.* Sed dicendum eſt, hæredem, quòd ad hoc, vt ipſe, non emptor, creditoribus hæreditariis teneatur. *l. 2. C. e.* nec tamen contra eum peti poſſe ſeparationem, quia dominium bonorum proculdubio tranſtulit in emptorem; neque rurſum contra emptorem, quia licèt bona omnia teneat, quæ defuncti fuerunt, non habet tanquam bona defuncti, ſed tanquam bona ſui venditoris, ideſt, facta iam hæredis. Denique hoc vult Papinianus fieri nullomodo poſſe, vt bona defuncti iam vendita per hæredem, diſtrahantur iterum poſtulantibus creditoribus hæreditariis, & inuito emptore, qui non ſolum dominus eorum factus ſit, ſed etiam ita dominus, vt creditoribus hæreditariis non magis teneatur, quam creditoribus hæredis: *d. l. 2. C. de hær. vend.* niſi eorum actiones vltro ſuſcipere ſit paratus, *l. 1. C. de pact.* Neque enim ambigitur æris alieni onus non ſequi ſingularem ſucceſſorem, qualis eſt emptor hæreditatis: *l. æris alieni 15. C. de donat.* vt nec cæteras perſonales obligationes & actiones, *l. vl. §. 1. ff. de cont. emp. l. 1. §. ſi hæres ff. ad SC. Treb.* Eſt enim onus hæredis ex poteſtate legis 12. tab quæ de ſolis hæredib. locuta, ad alios porrigi nullomodo poteſt: *l. 1. C. ſi cert. pet.* nec ſi & hæres, & emptor hæreditatis, & creditores hæreditarij conſentiant: *d. l. 2. C. de hæred. vend.* Videbuntur fortaſſe iſta omnia quæ diximus de ſententia illius Edicti *De ſeparationibus*, ab inſtituto tractatu aliena. Sed tamen non ita eſt. Pendet enim tota eius interpretatio ex eo Principio, quod nunc in manibus habemus, & ex hoc vno, quod bona defuncti per aditionē hæreditatis fiunt bona hæredis. Supererat explicanda elegans illa Papiniani diſputatio, quæ proponitur in *l. 3. eod. tit. de ſeparat.* At quoniam à nobis alio loco fuſiſſimè, nec inſubtiliter, vt arbitramur, tractata eſt, ſufficiet locum hîc indicaſſe. Is eſt *lib. 7. Coniect. cap. 16.*

ILLATIO IV.

De filio qui hæredis iam defuncti tanquam abſentis bona adminiſtrauit.

QVartò ex eodem Principio fit, quod Papinianus ſcribit in *d. l. vlt. ff. ſi pars hæred. pet.* Hæredis ex parte inſtituti filium, qui patrem ſuum ignorabat viuo teſtatore deceſſiſſe, ſi nomine patris vt abſentis hæreditatem adminiſtrauerit, & pecunias diſtractis rebus acceperit, negotiorum geſtorum actione ab hæredib. patris, à quo fortè exhæredatus fuerit, conueniri non poſſe, quaſi aut patris, aut paternæ hæreditatis negotia curauerit. Nam neque fuerunt, inquit, negotia patris, qui iam eſſe deſierat, neque paternæ ſucceſſionis, quæ fuerūt alterius hæreditatis. Quid ergo? Solis cohæredib. patris, ad quos paterna portio ſpectat, tenebitur, non quidem petitione hæreditatis, ſed negotiorum geſtorum; niſi probare velit patrem, poſt aditam hæreditatem deceſſiſſe, ſe verò patri hæredem extitiſſe. Quo caſu conuenitur quidem interim petitione hæreditatis tanquam iuris poſſeſſor, quia ſibi cauſam poſſeſſionis mutare non potuit, ſed tamen ſi vtrumque, quod adſeuerat, probauerit, tandem obtinebit, quoniam bona defuncti reperientur eo caſu facta bona patris, & bona patris facta filij, vtrumque per agnitionem & acquiſitionem vtriuſque hæreditatis.

l. vltim ff. ſi pars hæred. pet.

ILLATIO V.

De non danda ſubſtituto pupillari ſeparatione bonorum patris.

QVintò ex eodem Principio fit, vt ſi filio impuberi hæredi ex aſſe inſtituto

ſubſtitutus quis ſit, & patris filius hæres extiterit, non poſſit ſubſtitutus ſeparare hæreditates, vt filij habeat, patris non habeat. Aut enim vtriuſque debet hæreditatem habere, aut neutrius: *l. ſed ſi plures 10. §. filio, ff. de vulg. & pup. ſub.* vbi rationem Vlp. reddit, quod hæreditas cœperit iuncta eſſe, id eſt, non quod hæreditas patris cœperit eſſe hæreditas filij, eo adhuc viuo (neque enim viuentis hominis hæreditas vlla eſt, ſed patrimonium: *l. 1. ff. de hæred. vel act. vend.*) ſed quòd bona patris per acquiſitionem hæreditatis paternæ, facta ſint bona filij, atque ita effectum ſit, vt in eiuſdem filij poſtea defuncti hæreditate reperta fuerint vnita, & confuſa illa etiam bona, quæ aliquando fuerant paternæ hæreditatis. Hæditatem enim vocat Vlp. ea bona quæ fuerunt aliquando hæreditas, inſpecta ſcilicet origine, licèt deſierit hæreditas eſſe, ex quo facta ſunt bona, & patrimonium filij, eiuſdémque hæredis. Idemque eſt, vt Vlp. *ibidem* ſubiungit, ſi pater hæredem me ex parte ſcripſerit, & filium ex parte, & ego patris hæreditatem repudiauero: nam neque filij hæreditatem habere poſſum, qui ſcilicet patri ſuo hæres extiterit, atque ita paterna bona ſua fecerit, & paternam hæreditatem in ſua reliquerit iunctam & confuſam. Alioqui ſi nec filius patris hæres extitiſſet, alia ratio me à pupillari ſubſtitutione excluderet, illa nimirum quod deſtituto patris teſtamento, hoc eſt, nemine ex eo hærede exiſtente, ſubſtitutio pupillaris valere non poſſit. Id enim eſt quod ſequitur apud Vlp. *ſi ex aſſe hæres inſtitutus filio exhæredato ſubſtitutus repudiauerit patris hæreditatem, non poſſe filij adire. Nec enim valet*, inquit, *filij teſtamentum, niſi patris hæreditas adita fuerit, nec ſufficit ad ſecundarum tabularum vim, ſic eſſe factum à patre teſtamentum, vt ex eo adiri hæreditas poſſit*, ſi non etiam cum effectu adeatur: cùm pupillaris ſubſtitutio ſit pars, & ſequela paterni teſtamenti; quod cùm ſit principale, neque in totum, neque ex parte confirmari ex pupillari poteſt: *l. patris 10.* iunct. *l. ex pupillari 44. eo. tit.* Hinc etiam pendet interpretatio *leg. paterfamilias 28. de reb. autor. iud. poſſ.* de qua iam ſæpius alibi ſcripſimus, & ſcribemus aliquid *illat. 12. inf.*

§. ſi ex aſſe eiuſd. leg.

ILLATIO VI.

De bonis etiam quæ aliunde obuenerunt ſubſtituto pupillari acquirendis.

SExtò ex eodem Principio fit, quod idem Vlp. tractat in *l. ſed ſi plures, §. ad ſubſtitutos, eod.* ad ſubſtitutos pupillares illa etiam pertinere, quæ poſtea pupillis obuenerint. Ratio enim hæc ſtatim ſequitur, quod pater, qui filio ſuo pupillariter ſubſtituit, non bonis ſuis ſubſtituat, ſed impuberis: Quæ ratio nullius erit ſenſus aut poteſtatis, niſi ſuppleas bona, quæ filius ille exhæredatus aliunde habuerit: putà, quòd à matre, aliquóve ex agnatis, aut cognatis, vel etiam ab extraneo hæres fuerit inſtitutus, facta eſſe ipſius impuberis bona. Nam & vix eſt, vt impuberi quicquam acquiri aliter poſſit, quàm per viam hæreditatis; cùm ſit ea ætas non ſolùm induſtriæ & conſilij expers, ſed etiam penè animi & voluntatis & ſenſus.

d l. ſed ſi plures, §. ad ſubſtitutos, de vulgar. & pup. ſubſt.

ILLATIO VII.

De filio qui fraternam hæreditatem retinere vult ex ſubſtitutione, omiſſa paterna.

SEptimò ex eodem Principio petenda eſt ratio dubitandi, ad elegans illud Papiniani reſponſum, quod extat in *l. ſi filius 12. eod.* vbi quærit Papin. an audiendus ſit filius, ſi poſtea quàm patri primùm, deinde fratri ex ſecundis tabulis hæres extitit, hæreditatem patris recuſet, fraternam autem retinere malit. Videbatur enim id filio denegandum, non ratione illa quam diximus *ill. 5.* quòd non poſſit filius impubes hæredem aliquem habere, ſi pater nullum habeat (neque enim eſt ſine hærede pater, qui ſuum hæredem habet, quamuis ſe abſtinentem: *l. cùm quaſi 30. §. ſed et ſi ſuis, De fid. lib.* & qui ſunt in poteſtate, ſi inſtituti ſint, ſtatim ſunt hæredes ex teſtamento, nec quod ſe poſſunt abſtinere quicquam facit: *l. 1. §. qui ſunt in poteſtate, ff. ſi quis omiſſ. cauſ. teſta.* idque eſt quod Pap. ait, filium hunc, qui nunc patris hæreditatem recuſat, patri iam hæredem extitiſſe, ſcilicet ipſo iure, tanquam ſuum & neceſſarium hæredem; non voluntariè per immixtionem, alioqui abſtinere ampliùs non poſſet: *l. neceſſariis 57. ff. de acq. hær.*) Sed quia ex quo tempore bona patris cœperunt non modò iuncta eſſe, ſed etiam confuſa cum bonis filij, tanquam ſui & neceſſarij hæredis, non videatur permittendum filio, vt ex edicto Prætoris, quod alioquin iure ordinariò facere poſſet, abſtineat bonis paternis, cùm vult ex eodem teſtamento fraterna retinere, non magis quàm vt patris iudicium pro parte probet, pro parte improbet: *arg. l. ſi ita ſtipulatio 39. §. 1. De oper. lib.* inducátque diuiſionem voluntatis, *l. cum qui 18. §. vlt. ff. de his quæ vt indign.* Hæc enim non tantùm abſtentio dicenda eſſet, de qua ſi ſolùm quæreretur, nullus eſſet dubitandi locus; verùm etiam ſeparatio, non quidem eo ſenſu quo ſupra locuti ſumus, de ſeparatione bonorum confuſorum, vt in edicto *De ſepar.* (ponendum namque eſt in illa Papin. ſpecie, impuberem exhæredatum fuiſſe, ſolum autem inſtitutum fratrem, qui idem fratri fuerit ſubſtitutus, vt proinde bona defuncti patris nunquam potuerint fieri bona impuberis, nec conſequenter ſeparatio vlla induci poſſit) ſed ſeparatio bonorum eodem teſtamento relictorum, quæ ipſa nihil aliud niſi voluntatis, vt diximus, diuiſio eſt. Contrà tamen reſpondet Papinianus iuſtiùs facturum Prætorem, ſi fratri ſeparationem bonorum patris conceſſerit, & à propriis, & à fraternis; hoc eſt, ſi non obſtante eo, quod fraternam hæreditatem hic filius retinere vult, perinde ipſi indulgeat beneficium abſtentionis, ne à paternis creditoribus conueniri poſſit, atque ſi fraterna quoque bona recuſaret. Semper enim inſpiciendū eſt, quid Prætori, quid alij cuilibet Legiſlatori propoſitum ſit, vt in dubitationibus omnibus quæ incurrunt id propoſitum ſeruetur, quantum fieri poteſt: *leg. 1. §. exceptionem, ff. quar. rer. act. non det.* Atqui Prætori beneficium abſtinendi ſuis hæredibus vltrò indulgenti propoſitum eſt, liberos oneribus hæreditariis non ſponte ſuſceptis liberare, non inuitos ab hæreditate remouere.

De ſeparatione inducta per beneficium abſtentionis.

Propoſitum prætoris in beneficio abſtentionis concedendo.

Digitized by Google

remouere. Præſertim, quòd remotis ſecundis tabulis, vt idem Papinianus ait, frater hic ſubſtitutus legitimam haberet fratris hæreditatem. Quæ certè magna æquitatis ratio eſt, proptet quàm longè faciliùs permitti debeat ſuo hæredi, quàm extraneo, vt recuſata hæreditate patris, nihilominùs hæreditatem impuberis retinere poſſit, quia non poſſet extraneus impuberi ſuccedere, ſi non eſſet ei pupillariter ſubſtitutus: Sicut & iuris ratio magis obſtat extraneo, ſi ex ſubſtitutione pupillari ſuccedere velit, non adita patris hæreditate, aut ſi poſtquam ille ipſe eam adierit (nec enim aliter quàm per aditionem hæres fieri, aut eſſe poteſt) velit repudiare: quod non licet: *l. ſicut 4. C. de repud. vel abſt. hæred.* Denique apud Papinianum, non tam ratio iuris quàm æquitatis obſtabat filio eidémque ſubſtituto, ne fraternam hæreditatem retinere poſſe videretur. Inſpecta enim iuris ciuilis ratione dubitari non poterat, quin eam retinere non ſolùm poſſet, verùm etiam fratri neceſſarius hæres eſſe deberet, quemadmodum & patri: *d. l. ſed ſi plures 10. §. quos poſſum, l. 2. §. priùs autem, de vulg. & pup. ſubſt.* Sed ſicut inductum à Prætore beneficium abſtentionis facit, vt paternam hæreditatem inuitus filius agnoſcere non cogatur; *d. l. neceſſariis*, ac proinde vt neque impuberis fratris hæres ſit, ſi nolit: ita è contrario, volenti filio hæreditate patris abſtinere, ſumma æquitatis ratio videbatur obſtare, ne fraternam retinere poſſet, ſed vel vtramque retinere, vel ab vtraque abſtinere cogeretur, vt vel vtriuſque hæres eſſet neceſſarius, vel neutrius voluntarius. Nam & viciſſim volenti filio fraternam hæreditatem retinere, illam etiam æquitatis nec leuior ratio aduerſari videbatur, quòd ab eo abſtinendi beneficio ſe vltrò ipſe excluderet, agnoſcendo fraternam hæreditatem ex eodẽ patris teſtamento, non ſecùs ac ſi aliquo modo paternæ hæreditati ſe immiſcuiſſet. Quid enim referre videri poteſt, patriſne iudicium & voluntatem, an verò hæreditatem filius agnoſcat? An non ſe immiſcet, qui quoquo modo agnoſcit iudicium patris? Ratio tamen Papiniani quæ tota nititur æquitate, longè maiore ac fauorabiliore, totam hanc contrariæ æquitatis obiectionem facilè diſſoluit. Fuit Papiniano familiare, & reſponſa ſua, & quæſtiones ad eos caſus accommodare, in quibus prima facie, minúſque ſubtiliter intuenti, regulæ iuris communis aut etiam æquitatis aliam ſententiam, quàm quæ tandem Papiniano placeat, ſuadere viderentur; idque ſanè eſt quod Papiniani elegantiæ ac ſubtilitati tam vberem campum dedit, quod ad eos caſus ſe reſtrinxit, ne alioqui cogeretur facere quod cæteri omnes Iureconſulti, Africano ſolo excepto, fecerunt, vt multa dicerent quæ vel nullam prorſus, vel ſaltem perexiguam apud Prudentes viros haberent dubitationem. In propoſito autem tres iuris tam ciuilis, quàm prætorij regulæ alium, quàm Papinianum, in contrariam ſententiam mouere fortaſſe potuiſſent. Prima illa, quòd vſque adeo hæreditas impuberis teſtamentaria ex patris hæreditate pendeat, vt quiſquis patri hæres neceſſarius eſt, idem & filio impuberi neceſſarius ſit: *d. l. 2. §. priùs autem, d. l. ſed ſi plures, §. quos poſſum, eod. l. qui patri 59. de acquir. hæred.* Secunda, quòd non agnita patris hæreditate, ſubſtitutio pupillaris corruat: *d. l. ſed ſi plures, §. ſi ex aſſe, l. apud Iulianum 11. §. idem Iulianus, l. ita tamen 27. §. qui ſuſpectam, ad SC. Treb.* Tertia, quòd ſuo hæredi qui ſe immiſcuit, abſtinendi beneficium etiam à

d. l. ſed ſi plures, §. quos poſſum. & l. 2. §. priùs autem, eod. ti. De vulg. & pupill. ſubſtit.

De ſuo ... fratrum ... beneficium abſtentionis

Propoſitum prætoris ... beneficium abſtentionis concedendi

Prætore denegetur, ſi non ſit etiam impubes: *d. l. neceſſariis*: faciléque credendus ſit ſe immiſcuiſſe filius, qui iam ipſo iure hæres eſt: *l. ſi is bonis 91. de acq. hær. l. 2. C. de iur. delib.*

ILLATIO VIII.

De hæreditate ſemel adita nunquam repudianda.

OCtauò ex eodem Principio fit, quod próximè attigimus, vt hæreditas ſemel adita repudiari non poſſit: *d. l. ſicut 4. De repud. vel abſtin. hæred. C.* Nam cùm hæreditatem aditam & acquiſitam eſſe, nihil aliud ſit, quàm bona defuncti facta eſſe hæredis, vt Principium habet; conſequens eſt, vt repudiari amplius non poſſint, quæ facta ſunt propria: ſera enim poſt acquiſitionem repudiatio eſt: *l. 1. §. decretalis, ff. de ſucceſ. edict.* vbi hac eadem ratione Vlp. probat, decretalem bonorum poſſeſſionem, id eſt eam, quæ non tam edicto Prætoris datur, quàm decreto ipſius, & adhibita cauſæ cognitione tribuitur, repudiari non poſſe; quia ſicuti non competit antequàm decreta ſit, ideóque nec interim repudiari poteſt, ita & cùm decernitur, hoc ipſo acquiritur, cùm non niſi petenti decernatur (in quo differt ab edictali, quæ defertur ei, non qui iam petat, ſed qui poſſit petere ſi velit:) acquiſita autem exinde repudiari nullo modo poteſt. Dices, Aequè verum eſſe, adiri hæreditatem non poſſe, quæ ſimul fuerit repudiata: *d. l. ſicut.* neque tamen ex eodem Principio id fieri, cùm per repudiationem non ſolùm bona defuncti non fiant bona hæredis, ſed etiam deſinant fieri vnquam poſſe. Reſpondeo, vtrumque quidem verum eſſe, nec aditatem hæreditatem poſſe repudiari, nec repudiatam adiri, ſed non eadem ratione. Nam quæ ſemel repudiata fuit, non poteſt adiri; quoniam vt adiri poſſit, neceſſe eſt priùs delatam eſſe: *l. delata 151. de verb. ſign.* quæ autem ſemel repudiata fuit, licet anteà fuerit delata, nec enim alioqui poſſet repudiari: *l. nec is 17. in fin. & ſeq. ff. de acq. hæred.* tamen poſt repudiationem neque delata dici amplius poteſt, neque deferri: quoniam lex, ſicut ſemel tantum loquitur, ita non niſi ſemel hæreditatem defert, ſiue hæredi inſtituto, teſtamentariam, ſiue agnato proximo legitimam. Prima autem illa delatio eadémque vnica conſumitur, & extingitur per hæredis vocàti repudiationem, quia hæreditas licèt per legem deferatur inuito, non tamen acquiritur inuito, ſed defertur quaſi ſub tacita illa conditione, *ſi volet hæres eſſe is cui lex hæreditatem defert.* Ac proinde eo repudiante, extinguitur & euaneſcit delatio; nec tantùm delatio, ſed & tota ipſius legis poteſtas, quæ ſcilicet vnica delatione conſumitur. Vnde eſt quod dicimus, neque in ſuis, neque in agnatis eſſe ſucceſſionem: *l. 1. §. ſciendum, de ſuis & legit. §. placebat, Inſt. de legit. agnat. ſucceſſ. iunct. l. vlt. de ſucceſſ. edict.* At vt adita hæreditas repudiari non poſſit, alia ratione fit, ſcilicet ex hoc Principio quod nunc tractamus, quia bona defuncti per aditionem facta ſunt hæredis: ob idque poſt acquiſitionem repudiari amplius non poſſunt. Quid? inquies; An non poteſt quilibet etiam id quod ſuum eſt amittere, ac pro derelicto habere? *l. 1. & tot. ti. ff. pro derelict.* Ita eſt. Sed quemadmodum quod quis nunc rei ſuæ dominus eſſe deſinat, non facit

l. 1. §. decretalis, de ſucceſſ. edict.

Digitized by Google

vt nunquam dominus fuerit, imò è contrario, vt in neceſſarium antecedens, omnimodo fatendum ſit dominum eum fuiſſe (quomodo enim eſſe deſineret, qui nunquam cœpiſſet? *l. Titio vſusfructus 96. de cond. & demonſt. l. non poteſt* 208. *de reg. iur.*) Ita nec fieri poteſt vt qui ſemel hæres fuit, deſinat eſſe hæres, cùm nō aliam ob cauſam, etiam hodie verum ſit fuiſſe hunc aliquando dominum bonorum defuncti, quàm quia hæres fuit; nec fieri poſſit vt non perpetuò duret cauſa, quæ ſemel habuit effectum in perpetuum, licèt effectus ille ex alia, planéque noua & aduentitia cauſa immutatus ſit veriùs, quàm ſublatus, per amiſſionem dominij, quod hæreditatis aditione fuerat acquiſitum. Non aliter quàm ſi hæres bonorum defuncti dominus eſſe deſiiſſet, ob id ſolùm quod eadem bona, ſiue per venditionem, ſiue alio quolibet alienationis titulo in alium transtuliſſet: *arg. l. 3. verſ. poſteáque paternarum*, ibi, *licèt eas alienauerint, C. de natur. lib.* Poſſet alia etiam ratio adferri, quòd qui ſemel hæres factus eſt, hoc ipſo cœperit eſſe obligatus ad omne æs alienum, quod defuncti fuit: *l. 1. C. ſi cer. pet.* exinde verò non poſſit exonerari, quin à creditoribus ipſis eum ditio deferatur, *l. cùm hereditate* 55. *De acq. hered.* Sed ratio hæc quamuis vera ſit, non tamen eſt germana, vt ex eo intelligi poteſt, quod quamuis nulli eſſent creditores, perinde tamen verum eſſet hæreditatem ſemel aditam repudiari non poſſe.

ILLATIO IX.

De iungenda poſſeſſione hæredis cum poſſeſſione defuncti.

NOnò ex eodem Principio fit, vt poſſeſſio defuncti quaſi iuncta tranſeat ad hæredem, quomodo Paulus loquitur in *l. cùm miles 50. ff. ex quib. cauſ. maior.* id eſt vt nos interpretati ſumus *ad Princip. 5. ſupr. de iur. natur. gent. & ciuil. illat. 3. verſ. pendet etiam*, vt tempora poſſeſſionis defuncti iungantur temporibus poſſeſſionis hæredis, & adminiculo antiquioris poſſeſſionis vti hæres poſſit ex perſona defuncti: *l. Pomponius 13. §. 1. ff. de acquirend. poſſeſſ.* quia nimirùm, ſicut inter cætera quæ in bonis noſtris ſunt, poſſeſſio quoque annumeratur, *l. 1. C. per quas perſon. nob. acq. l. per procuratorem* 8. *Cod. de acqu. poſſeſſ.* ita & in poſſeſſione idem neceſſariò admittendum eſt, quod in cæteris bonis, vt quæ defuncti fuit, per aditionem facta ſit hæredis. Vnde etiam eſt, quod hæres ſua ignoratione vitia poſſeſſionis defuncti non excludit: *l. cùm hæres 11. ff. de diuer. tem. præſcr.* non enim ex ſcientia, vel ignorantia eius, qui ſemel hæres eſſe voluit; ſed ex mera iuris ratione pendet, vt bona defuncti per viam hæreditatis fiant bona hæredis: niſi malis quod ſcriptum eſt in *d. l. cùm miles*, de iure longæ poſſeſſionis intelligere, quæ ſimilis erat vſucapioni. Idque ſanè probabilius eſt, vt poſt hæc iam ſcripta, ſcripſimus *in Rationalibus noſtris, ad illum locum.*

l. cùm miles 50. ff. ex quib. cauſ. maior.

ILLATIO X.

De bonis paternis origine, factis iam fraternis.

DEcimò ex eodem Principio fit, quod Vlp. ſcribit in *l. 3. §. ſi is qui ſtatus, de Carbon. edict.* Si is qui ſtatus controuerſiam filio faciebat, & ſolum ſe filium dicebat, deceſſerit, & mater ei hæres extiterit, ſi quidem eandem controuerſiam mater impuberi faciat, qui ſe ex alia natum adfirmat, ſcilicet vt eum filium neget, idcircóque totam hæreditatem ad ſe ex perſona filij ſui defuncti pertinere contendat, in tempus pubertatis ex edicto illo rem differendam; quia nihil intereſt ſuo nomine, an hæreditario controuerſiam faciat. Sed ſi mater concedat hunc quoque defuncti filium eſſe, & ideo partem hæreditatis dimidiam ſolam ſibi vindicet ex bonis paternis, non eſſe iudicium in tempus pubertatis differendum. Non enim de paternis, inquit Vlp. ſed de fraternis bonis impuberi fit controuerſia. Hoc ipſum verò cur ita? niſi quia quæ primùm fuerant paterna, moriente patre, facta fuerant fraterna per acquiſitionem hæreditatis, in eius ſolius fratris perſona, qui ſtatus controuerſiam impuberi faciebat. Quanquam vt verum fatear, non poſſum intelligere quid ſibi Vlpianus eo loco velit. Nam cùm mater defuncti, qui huic impuberi ſuperſtiti controuerſiam ſtatus faciebat, concedit, aut ſaltem non negat (vtraque enim lectio bona & eiuſdem ſenſus eſt) hunc quoque defuncti patris filium eſſe, & ob eam cauſam, non niſi partem dimidiam hæreditatis petit ex bonis paternis, quænam obſecto ſupereſſe poteſt controuerſia, de qua dubitari queat, an iudicium in tempus pubertatis ſit differendum. Neque enim de ſtatu amplius quæritur, ex quo filius hîc eſſe non negatur; neque rurſum de bonis, cùm dimidia pars hæreditatis huic impuberi, tanquam filio relinquatur, quam ſolam ab initio & alio fratre viuo petere potuiſſet, ſi ſtatus controuerſiam nullam paſſus vnquam fuiſſet. Nec dici poteſt fieri nunc impuberi controuerſiam de bonis fraternis, non de paternis. Quænam enim controuerſia fit ei, cui extra iudicium tanta portio relinquitur, quantā ex victoria ſperare vnquam poſſet? Præterea quid attinet tractari de bonis fraternis, in quibus nihil vnquam iuris impubes hic aut ſperauit, aut ſperare potuit? Ponimus enim ſcriptum illum ex alia matre, & conſequenter talem qui in fratris conſanguinei ſucceſſione matri eius præferri nullo modo debuerit, nec cum ea concurrere, ſiue reſpecto iure veteri, ſiue nouo. Denique nihil aliud impubes petere poterat, etiamſi ſtatus controuerſiam paſſus non eſſet, niſi dimidiam partem bonorum paternorum, ſiue viuo fratre, ſiue mortuo: fraternorum verò bonorū nullam prorſus portionem. Igitur non poteſt vera eſſe ratio illa, *Non enim de paternis, ſed de fraternis bonis impuberi fit cōtrouerſia.* Neque poteſt Vlpianus defendi ea interpretatione quā attulimus, quod bona patris hoc caſu bona filij facta eſſe videātur. Id enim ita demum verè diceretur, ſi defunctus filius, qui ſe ſolum filium contendebat, patri hæres in ſolidum extitiſſet. At non potuit in ſolidum hæres patri exiſtere filius, qui fratrem habuit, æquè ac pro eadem portione futurum abſolutè

l. 3. §. ſi is qui ſtatus. ff. de Carbon. edi.

abſolutè hæredem, ſi controuerſiam ſtatus nullam pateretur, aut ſaltem pro filio & hærede habendum interim, quandiu de cauſa ſtatus cognitum & pronunciatum non fuit, inducto in eam rem Carbonianæ bonorum poſſeſſionis remedio, ne vel impuberi, vel ei qui controuerſiam faceret damnum inferretur. Nam & inter extraneos hæredes inſtitutos conſtat ita ius eſſe, vt quamdiu cohæres ſiue teſtamentarius, ſiue legitimus, pro ſua parte hæres fieri poteſt, interim tota hæreditas alij portionem ſuam adcunti non acquiratur: *l. 2. D. ſi pars hæred. petat.* Quomodo ergo fieri poteſt, vt ex perſona ſolius filij, qui non niſi pro parte hæres poſſit exiſtere, bona omnia paterna fiant fraterna? Id enim etiam cum Principio noſtro pugnaret. Et certè, quandocunque apparente filio illo, cui ab initio controuerſia ſtatus facta fuit, ſiue ex Iudicis pronunciatione, ſiue ex aduerſarij confeſſione filius probetur, nemo negauerit iam inde ex eo ipſo inſtanti, quo pater mortuos eſt, extitiſſe illum ipſo iure patri hæredem, quia etiam ignorans & ſola legis poteſtate hæres fieri potuiſſet: *l. apud hoſtes 8. C. de ſuis & legit.* multo magis contendens iuſtè ſe & filium & hæredem eſſe. Non enim probatio ſuperueniens facit eum filium, ſed qualis ſemper antea fuerit ex poſtfacto demonſtrat. Ergo pro illa parte, id eſt pro dimidia ſicut non potuit is filius, de cuius ſtatu minimè dubitabatur, hæres exiſtere, ita nec paterna bona potuerunt fieri fraterna. Quod ſi ita eſt, non male meo iudicio quis dixerit locum hunc tot aliis adiiciendum eſſe, quos diximus à Triboniano ſub Prudentum nomine imprudentiſſimè ſubiectos, & ſuppoſitos fuiſſe. Nunquam enim mihi perſuadebo, Vlpianum quicquam ſcripſiſſe, quod neque bonum ſenſum, neque rationem vllam habeat. Sed quid eſſe potuit, quod fefellit Tribonianum: Nam & errorum quoque nobis ratio aliqua reddenda eſt, vt appareat, non ſine ratione Tribonianum à nobis reprehendi. Puto virum bonum nec valde ſubtilem ex eo deceptum fuiſſe, quod Iulianus ſimpliciter ſcripſerat, aut etiam Vlpianus ex Iuliano, Controuerſiam, quam impuberi faciebat defunctus frater, qui ſe ſolum filium contendebat, ſi eadem fiat per matrem fratris, quæ ſola mortuo filio hæres ſit, perinde ita in tempus pubertatis differendam, acſi vel frater viueret, vel mater eam litem & quæſtionem proprio nomine inferret. Cuius rei elegans & aperta ratio illa eſt, quod vt textus habet, nihil intereſt, ſuo an hæreditario nomine controuerſiam impuberi quis faciat. Putauit autem Tribonian. prætermiſſam fuiſſe à Iuliano & Vlpiano aliam diſtinctionis partem, ex eo caſu conficiendam, quo mater defuncti filij qui impuberi controuerſiam ſtatus faciebat, non neget impuberem quoque filium eſſe, ſed partem dimidiam duntaxat ſibi vindicet bonorum paternorum. Nec animaduertit nullam eo caſu poſſe controuerſiam ſupereſſe, de qua vel ſtatim decidenda, vel in pubertatis tempus differenda dubitari queat, vt probauimus. Tribonianum diſtinguere paſſim ſolitum etiam, vbi neceſſe non eſt, produnt verba illa ei familiariſſima, *ſi quidem*, apta ad partem primam diſtinctionis conſtituendam. Quibus conſequenter ſubiiciendum erat pro ſecunda diſtinctionis parte, quomodo & idem Tribon loqui ſolet, *ſin autem*: vel *ſin verò*: quod tamen factum non eſt, vt tanto apertius Triboniani manus & inſcitia proderetur. Pro illis enim verbis, ſubjecit Tribon. *Planè ſi mater concedat*, ita relinquens imperfectam præcedentem clauſulam, quæ perficienda erat, & ſuis numeris abſoluenda: quod ſimiliter aliis pleriſque locis imprudenti ei accidere notiſſimum eſt.

l. 3. §. ſi cum ſtatus, ff. de Carbon.

l. apud hoſtes 8. C. de ſuis & legit.

ILLATIO XI.

De renuntiatione bonorum paternorum, quæ poſtea facta ſint fraterna.

VNdecimò ex eodem Principio fit, quod Interpretes noſtri tractant ad *l. 1. §. veteres, ff. de acq. poſſ.* Renunciationem quantumuis generalem, & iuratam bonorum paternorum factam, vt paſſim hodie fit per filiam nuptui traditam à patre, non obſtare filiæ quominus defuncto patri inteſtato poſſit ſuccedere, in iis etiam bonis quæ à patre ad filium peruenerunt, tanquam quibus nullomodo renunciatum eſſe intelligatur: Ratione illa, quod paternis tantum filia renunciauerit, hæc autem licet aliquando paterna fuerint, tamen deſierint eſſe talia, factaque ſint fraterna, ex quo fratri acquiſita ſunt per aditionem paternæ hæreditatis. Textus eſt in hanc rem elegans in *l. per curatorem 90. §. 1. De acquir. hær.* vbi Paulus ſcribit, ſi iuſſu aui nepos ex filio milite adierit hæreditatem patris, qui de caſtrenſi peculio teſtamentum fecerat, acquiſiiſſe illum auo bona omnia, de quibus pater potuerat teſtari, *quoniam*, inquit, *caſtrenſia eſſe mutatione perſonæ deſierunt*. Quid enim aliud eſt deſiiſſe eſſe caſtrenſia, quàm deſiiſſe eſſe paterna, & facta eſſe auita ex perſona nepotis, qui in aui poteſtate conſtitutus, non magis hæreditatem patris, quàm aliud quicquam ſibi acquirere potuit? Quid aliud *mutatione perſonæ*, niſi *mutatione domini*? Etſi differt ille caſus à noſtro, in eo quòd bona illa paterna & caſtrenſia, quæ per nepotem acquiſita ſunt auo, nunquam fieri potuerunt nepotis, ſed per eius perſonam adeo confeſtim acquiſita ſunt auo, vt ne quidem vno temporis momento potuerit acquiſitio conſiſtere in perſona nepotis: *l. placet 79. eo. tit.* Sed non eo minus deſinunt eſſe bona paterna & caſtrenſia, defuncto filio, qui miles fuit, & ex cuius ſolius perſona caſtrenſia dicebantur. Illud certè conſtat huiuſmodi renunciationes ſtrictiſſimè accipiendas eſſe, neque interpretatione vlla adiuuandas, quippe quæ ſint odioſæ: *l. cum quidam 19. De liber. & poſt. l. hoc modo 64. de condit. & demonſtr.* Vtpote quæ ſint alienæ à iuris ciuilis ratione, ex qua prohibentur valere pactiones omnes, quæ fiunt de futura hæreditate; ſiue fiant de ſuccedendo, *l. pactum quod dotali 15. C. de pact. l. ſtipulatio hoc modo 61. D. de ver. obli. l. 3. C. de collat. l. ex eo 4. de inutil. ſtip.* ſiue de non ſuccedendo, *l. vlt. ff. de ſuis & legit. l. quod bonis 15. §. 1. ff. ad leg. falci.* etiamſi iuratæ proponantur, *l. non dubium 5. C. de legib.* nec niſi iuris Pontificij autoritate propter iuriſiurandi religionem defenduntur, ex *cap. quamuis pactum, De pact. in 6.* Eæ ſcilicet quæ ſunt de non ſuccedendo, non etiam illæ quæ ſunt de ſuccedendo: vt ſcripſimus *Decad. 14. de error. pragmat.* & alibi dicemus commodiùs. Nulla igitur ratio eſt, cur renunciatio quæ ad paterna bona fuit reſtricta, protrahatur etiam ad fraterna; quod vtique fieri non poſſet citra extenſionem; quæ nec facilè vnquam fit in ſtipulationibus: *l. quicquid 99. De verb. oblig.* præſertim

l. 1. §. veteres ff. de acq. poſſ.

Pactiones tã de ſuccedendo, quàm de non ſuccedendo prohibitæ.

Digitized by Google

verò à perſona ad perſonam non expreſſam, *l. ſi ita ſtipulatus 126. §. Chryſogonus, in fin. eod.* Interdum tameo placet bouorum originem, primámque conditionem ſpectandam eſſe, potiùs quàm eam, quæ ſuperuenerit ex mutatione perſonæ: vt in ſpecie *Auth. ex teſtamento, C. de ſecund. nupt.* vbi ſcriptum eſt ex Iuſtin. *Nouell. 2. de non elig. ſecund. nub. mulier. cap. 3.* matrem, quæ ad ſecundas nuptias conuolauit, vocari quidem ad inteſtati filij ſucceſſionem, ſiue ante, ſiue poſt mortem filij ſecundas ineat nuptias; ſed ita tamen, vt eorum ſolum vſumfructum percipiat, quæ ex paterna ſubſtantia ad filium peruenerunt, cæterorum verò etiam proprietatem. Sed non pugnat ea res cum Principio noſtro, quia non tam ex iuris ratione, quàm ex mera Iuſtiniani voluntate & conſtitutione proficiſcitur. Certè non ſemel euenit, vt ea ipſa bona, quæ reueta facta ſunt fraterna per aditionem paternæ hæreditatis à fratre factam, retineant nihilominùs nomen paternorum, ſcilicet quoties eorum mentio fit, ſiue in lege, ſiue in teſtamento, ſiue in contractu, ſiue in ſententia iudicis, ad differentiam aliorum bonorum fraternorum, quæ frater aliunde quàm à communi patre habuerit. Non enim aut aliter, aut meliùs diſtingui poſſint, quàm ſi paterna dicantur, ad eorum excluſionem quæ ſic fraterna ſunt, vt nunquam fuerint paterna. Potéſtque ad hanc ſpeciem non malè accommodari, quod in alia Papin. ſcribit in *l. cum filius 76. §. hæres meus, de legat. 2.* non in totum falſum id videri, quod veritatis primordio adiuuaretur. Nam & plerumque pinguiùs eadem corpora bonorum appellamus, quorum ſubſtantia mutata non eſt, licèt mutationem acceperint in priſtina qualitate, aut quantitate: *l. & an eadem 14. in princi. ff. de excep. rei iudic.* Vide tamen *l. ſi is qui 6. D. de vulg. & pupill. ſubſt.*

Origo bonorum aliquando ſpectatur.

ILLATIO XII.

De eo qui ſubſtitutus eſt pupillo abſtento.

l. paterfamilias 28. de reb. author. indic. poſſid. aliàs l. 13. De priuileg. credit.

DVodecimò ex eodem Principio fit, quod Iauolenus ſcribit in *l. paterfamilias 28. de reb. author. indic. poſſid.* aliàs *l. 13. De priuileg. credit.* vt in ſubſtitutum pupillarem danda ſit actio creditoribus paternis, tum etiam cùm filius paterna hæreditate ſe abſtinuit, quia cùm non eo minùs verum ſit filium eſſe, ac manere patris hæredem, vt in ſuperioribus diſputauimus, ex *l. cùm quaſi 30. §. ſed et ſi ſuus, De fideic. libert.* fatendum eſt eodem filio poſtea quandocunque defuncto, non niſi vnam eſſe patris & filij hæreditatem, vt lex ait. Et quamuis filio detur beneficium abſtentionis, vt ipſius pudori pareatur, ne bonorum ſuorum venditionem pati cogatur, propter onera patris non ſponte ſuſcepta: *d. l. ſi filius 12. De vulg. & pup. ſubſt.* non idem tamen ſubſtituto tribui poteſt, cuius ſcil. factum & ſpontanea voluntas interuenit, non in eo quidem vt hæreditas patris cum hæreditate filij vna fit (ſolius enim iuris poteſtate illud fit, non hominis voluntate) ſed in eo vt hæreditatem pupilli ſibi acquirat, quam ſciat, aut ſcire debeat cum patris hæreditate coniunctam fuiſſe ipſo iure, nil obſtante pupilli abſtentione: *l. 1. §. qui ſunt in poteſtate, ff. ſi quis omiſſ. cauſ. teſt.* Sed de tota illius loci ſententia, lectione, & emendatione, videnda ſunt quæ ſcripſimus non inſubtiliter fortaſſe *lib. 2. Coniect. cap. 2.* & in poſteriore parte Hemichiliadis noſtræ *De error. pragmat.* Eſt enim locus ſanè vt perelegans, ita perobſcurus; nec ante nos, niſi fallimur, ab vllo ex Interpretibus bene intellectus, quique noſtra omnino indigebat emendatione.

Denique ad hoc Principium alia pleraque, ne dicam innumera referenda ſunt, quæ inter legendum paſſim occurrunt, quorum non alia aut certior, aut promptior ratio adferri poſſit, quàm quòd bona teſtatoris per aditionem hæreditatis fiant bona defuncti.

PRINCIPIVM VI.

Eum, qui liber non ſit, hæredem inſtitui & fieri nullo modo poſſe.

QVi liber non eſt, hæres inſtitui & fieri nullo modo poteſt, vt Iuſtin. ſcribit in *§. idémque iuris, hoc tit.* post Vlp. *in frag. tit. 22. §. 7. & 11.* Ratio eſt quia teſtamenti factio tam actiua quàm paſſiua, tota iuris ciuilis eſt, vt ſcripſimus *ad Princip. 5. illat. 1. De iur. nat. gent. & ciuil.* iure autem ciuili ſerui pro nullis habentur, *l. quod attinet 32. De reg. iur.* Adieci autem *& fieri*, vt eum caſum excludam quo ſeruus alienus fuerit inſtitutus: is enim non hæres fit, ſed hæredem facit dominum: *§. item vobis, Inſtit. Per quas perſon. nob. adquir.* ita vt ne momento quidem temporis adquiſitio conſiſtat in perſona ſerui: *l. placet 79. de acquir. hæred.* Ideóque placuit, ſeruum alienum ſiue ſolum, ſiue pro parte ſine libertate hæredem inſtitui poſſe: *l. 3. in princip.* vbi *ſolus* legendum eſt, non *totus*: *D. de hæred. inſtit.* Nam teſtamenti factio cum ſeruis ex perſona dominorum introducta eſt, *l. non minus 31. eod.* idque vtilitatis cauſa, vt tanto plus commodi dominis per ſeruos acquireretur; cùm eueniret plerumque, vt quis proprio erga ſeruum alienum adfectu eum inſtitueret hæredem, qui tamen dominum ipſius non æquè forſitan fuiſſet inſtituturus, tametſi domino hæreditatem per ſeruum adquiſitum iri ſciret, velléetque: Nimirum vt tanto charior domino ſuo fieret ſeruus ille, tantóque citiùs & faciliùs ab eo libertatem mereretur, veluti in præmium, & remunerationem hæreditatis forſitan opulentiſſimæ, quam non modò per ſeruum, ſed etiam propter ſeruum ſibi relictam & acquiſitam eſſe videret. Poteſt etiam alia huius Principij ratio reddi, quòd ſeruus qui in aliena poteſtate ipſe eſt, nihil habere poſſit in ſua poteſtate, nec quod ſuum ſit, vt loquitur Iuſtin. in *d. §. item vobis.* Sed non tam huius Principij propria & germana ratio illa eſt, quam generalis: pertinet enim non tantùm ad cauſam ſucceſſionis teſtamentariæ, ſed etiam ad cæteras omnes acquiſitionis ſpecies generaliter: nec minùs ad filiosfamilias, quàm ad ſeruos, vt *ad eum tit.* dicemus.

§. idémque iuris, hoc tit.

***

ILLATIO I.

De ſeruo hærede inſtituto ſine libertate.

d. §. idémque iuris.

EX hoc Principio illud primùm fit, quod Iuſtinian. in *d. §. idémque iuris*, teſtatur ita receptum olim fuiſſe, vt ſeruus non niſi inutiliter ſine libertate hæres inſtitueretur, præterquàm ſi ab eo domino qui ſoluendo non eſſet, inſtitutio facta proponeretur. Etſi enim ex iis quæ expreſſa ſunt, pleraque ſolent tacitè inferri in neceſſarium antecedens: *l. 2. ff. de iuriſd. l. ad rem mobilem 56. l. ad legatum 62. ff. de procurat. l. Titia Seio 87. §. Seia libertis, De legat. 2.* In propoſito tamen non poterat illud induci, vt ſeruus hæres inſtitutus hoc ipſo liber ſcriptus videretur, quia tanti momenti libertas erat, vt non poſſet cenſeri quid acceſſorium hæreditatis, ſed tanquam principalior prius dari expreſſim & nominatim deberet, quam hæreditas dari poſſet, ne alioqui principale ex acceſſorio vires capere dici poſſet: *arg. l. ex pupillari 44. De vulg. & pup. ſubſtit. l. quod per manus 10. De iur. codic.* Excipiebatur tamen is ſeruus, qui hæres inſtitutus eſſet à domino moriente non ſoluendo. Hic enim hoc ipſo liber fiebat, licèt eodem teſtamento libertas ei data non fuiſſet, quia cum eius inſtitutio tanquam in fraudem creditorum facta, per legem Æliam Sentiam reſcindi debuiſſet, niſi caſum hunc eadem lex excepiſſet, lex autem non alia de cauſa huiuſmodi inſtitutionem admitteret, valeréque pateretur, quàm vt ciuis Romanus hæredem haberet neceſſarium, ſub cuius nomine bona publicè venderentur, fieri non poterat quin eadem lex eum pro libero haberet, quem vel inuitum cogeret eſſe neceſſarium hæredem. Quiſquis enim neceſſarius hæres eſt, eum priùs & neceſſario talem eſſe neceſſe eſt, qualis ſi non eſſet, hæres eſſe nullo modo poſſet. Idque non tam *hæredis* nomen, quam illa *neceſſary* adiectio & qualitas facit, iuncta ſcil. cum legis poteſtate: quæ ſi non concurreret, aliud proculdubio foret, quamuis qui à diuite domino hæres inſtitutus eſt, non minus neceſſarius ei hæres ſit, quam ſi dominus non ſoluendo deceſſiſſet.

ILLATIO II.

De Iuſtiniani conſtitutione, quæ ſeruum proprium inſtitutum facit hoc ipſo liberum.

SEcundò ex eodem Principio fit, quod Iuſtinianus contra iuris veteris rationem à ſe conſtitutum fuiſſe teſtatur, vt generaliter quiſquis ſeruus à domino ſuo hæres inſtitutus fuit, ſiue dominus ſoluendo deceſſerit, ſiue non ſoluendo, hoc ipſo liber quoque ſcriptus eſſe intelligatur. Nempe tanquam in neceſſarium antecedens, non ſolùm iuris, ſed etiam voluntatis, quod ſicuti hæres eſſe non poteſt, qui non eſt liber; ita non ſit veriſimile teſtatorem, qui ſeruum ſibi hæredem elegerit, ſi libertatis dationem prætermiſerit, ſeruum illum remanere voluiſſe, neminemque ſibi hæredem fore. Hæc enim ratio eſt, quam Iuſtin. ipſe affert, quæ tamen ſi ex iure magis quàm ex Imperatoris autoritate æſtimetur, non eſt bona. Alioqui fatendum eſſet, ius vetus quod ante Iuſtinianum obtinuit in contrarium, à ratione abhorruiſſe. Cur autem non ſit bona: diximus *Illat. Præcedenti*; quia cùm libertas, ſit quid longè maius & principalius hæreditate, debuit nominatim, expreſſimque dari, non ſub nomine & in conſequentiam hæreditatis: præſertim quia potuit etiam fieri, vt libertas vtiliter data eſſet, non etiam hæreditas, puta ſi libertas non niſi per fideicommiſſum data fuiſſet, hæreditas autem directò: quo caſu dici non poſſet, ad validentiam hæreditatis dationem, libertatem quoque directam videri datam debere, obſtantibus nimirum verbis, ex quibus apparet datam fuiſſe fideicommiſſariam. Non eſt igitur bona conſecutio, ſi quis cum Iuſtiniano dicat: *Fuit Stichus hæres ſcriptus, Ergo & liber*: quia poſſet liber ſcriptus eſſe, & ita tamen vt non valeret datio hæreditatis, nempe ſi fideicommiſſariam duntaxat libertatem accepiſſet, aut ſi libertatem ſub conditione, hæreditatem verò purè, vt in *l. qui filio 38. § 1. de hær. inſt.* Et hoc exemplum malo; quia non propriè ſcribitur liber is, cui non niſi fideicommiſſaria hæreditas à teſtatore datur. Noua autem Iuſtiniani conſtitutio quam dicimus, illa eſt, quæ extat in *l. quidam 5. C. de neceſſ. hæred. inſtit.* vbi fatetur ille, in hoc nouo iure conſtituendo, maiorem ſe voluntatis defuncti, quam iuris rationem habuiſſe, *quia*, inquit, *voluntatis ſemper ſequimur veſtigia teſtatorum.* Etſi adfert ille aliam, qua motus etiam fuerit, rationem: illam videlicet, quod etiam olim ita ius eſſet, vt ſi quis ſeruum ſuum tutorem liberis ſuis relinqueret, quamuis ſine libertate, ex ipſa tamen tutelæ datione, libertas quoque data intelligeretur: *l. ſi hæreditas 10. §. vlt. l. quaro 32. §. vlt. D. de teſt. tutel.* & quidem directæ; vt dicemus ad *§. 1. infr. qui teſt. tut. dar. poſſ.* Sed non eſt recta ratiocinatio. Nam in tutela ita comparatum ius erat, fauore non ſolius libertatis, ſed etiam pupillorum, quorum ætas, miſeráque conditio, & alia pleraque ab inuita, vt ita dicam, Iuriſprudentia extorſit; neque id Iuſtinianus ipſe negat. At in hæreditate ſolius libertatis fauor verſatur, niſi quis fortè velit dicere, verſari quoque fauorem teſtamenti, qui ſemper apud Prudentes illos veteres maximus fuit: *l. ſi pars 10 ff. de inoff. teſt.* Sed cum teſtamenti fauor ille totus ad teſtatoris fauorem referatur, *l. vel negare 6 ff. teſt. quemad. aper.* nullus hîc tali fauori locus relinquitur, cùm poſſit imputari teſtatori, qui ſeruum ſuum ſine libertate ſcripſit; cur non ſecundum leges teſtatus ſit, id eſt cur non eidem adſcripſerit libertatem, ſine qua ſciuit, aut ſcire debuit futurum eſſe ex iuris ratione, vt ſeruus hæres eſſe nullo modo poſſet. Vnde illud etiam fortaſſe eſt, quod iam diximus, aliam fuiſſe olim rationem teſtatoris, qui moritotus non ſoluendo, ſeruum ſibi hæredem neceſſarium ſine libertate inſtituiſſet. Nam neque videri poterat hic teſtator non ſecundùm leges teſtatus, qui legis Æliæ Sentiæ beneficio vſus fuerat, neque ſolius teſtatoris fauor in eo verſabatur, vt ſeruus hæres eſſet, quamuis ſine libertate inſtitutus, ſed præſertim Reipublicæ, cuius maximè intererat ne ciuis Romani exiſtimatio, etiam poſt mortem, per auctionis publicæ infamiam læderetur. Itaque libertatis fauor cùm Reipub. fauore mixtus, facilè hanc ſententiam inducere potuit eo caſu, non etiam in cæteris, in quibus, alius quàm libertatis fauor nullus eſſet, de quo tractari poſſet. Quod ſi ea voluntatis ratio, quæ ſola Iuſtinianum mouit;

l. quidam 5. C. de neceſſ. hæred. inſtit.

motiſ, quia non ſit credendus teſtator fruſtra teſtari, ſeruúmque hæredem ſcribere voluiſſe, recta eſſet; quidni eadem ratione motus ille conſtituit, vt ſi quis ſeruo proprio legatum aliquod vel fideicommiſſum ſine libertate reliquerit, hoc ipſo etiam libertatem vel directam, vel fideicommiſſariam reliquiſſe intelligatur? Nam & alioqui perinde hoc caſu eueniet, vt legatum, vel fideicommiſſum inutiliter relictum fuerit, vtpote quod neque ſeruo in ſeruitute manenti poſſit acquiri, neque per ſeruum hæredi, cum per ſeruum hæreditarium nihil acquiri poſſit, quod eiuſdem ſit hæreditatis: *l. heres per ſeruum 43. De acq. her. l. 1. §. veteres, ff. de acq. poſſ.* Et tamen non auſus eſt Iuſtin. quantumcunque egregius libertatis fautor, adeò alienam à iuris veteris ratione opinionem inducere. Quin è contrario conſtituit, vt ſeruus proprius, cui legatum, vel fideicommiſſum ſine libertate relictum ſit; maneat in ſeruitute: *d. l. 5. §. illo videlicet obſeruando.* Vbi tamen addit, quod ab antiquis legibus non minùs abhorret; non ita impios eſſe hæredes debere, vt libertatem teſtatoris & ſeruiles labores debita remuneratione defraudare conentur, ſed quod iis relictum eſt, etiam ſeruis conſtitutis donandum eſſe, niſi id reſtringas ad legatum, vel fideicommiſſum cibariorum, veſtiariorum, & aliorum huiuſmodi, quorum capaces ſunt ſerui: quoniam ad perſonam ipſam magis, quàm ad perſonæ ius reſpiciunt: *l. ſeruos 17. ff. de alim. & cib. leg.* quomodo etiam dicimus cætera omnia, quæ facti ſunt, non tranſire ad dominum: *l. qui heredi 44. ff. de condit. & dem.* Alioqui certè conſtat ſeruo proprio ſine libertate prorſus inutiliter legari, ita vt neque de vrbanitate, vt loquuntur, quicquam ex eo legato debeatur: *l. ſeruum 76. De her. inſt.* quia huiuſmodi legatum nullo modo conſiſtit: *l. planè 34. §. ſi coniunctim, de leg. 1.* Et ratio eſt, quoniam legari ſolis iis poteſt, cum quibus teſtamenti factio eſt: *§. legari, Inſtit. De leg. l. ſi ſeruo 101. §. 1. de leg. 1.* Eadem enim lex duodecim tabularum, iiſdem prorſus verbis, & hæredis inſtituendi, & legata relinquendi poteſtatem, iúſque patriſfamilias dedit: *l. verbis legis 120. De verb. ſign.* Iam autem diximus cum ſeruis teſtamenti factionem nullam eſſe ex propria ipſorum perſona, cùm ne quidem cum aliis liberis hominibus ſit, niſi qui ſint etiam ciues Romani: *l. 1. C. de her. inſt.*

ILLATIO III.

De inſtituto ex parte, quem teſtator liberum ſcripſit in codicillis.

Tertiò ex eodem Principio fit, quod eadem conſtitutione Iuſtinianus refert olim obtinuiſſe, vt ſi quis ſeruum in teſtamento quidem hæredem ex parte ſine libertate ſcripſiſſet, in codicillis verò libertatem ei reliquiſſet, inſtitutio tamen non valeret, neque ex ea hæres fieri poſſet ſeruus, quamuis liber eſſet. Nam cùm hæreditas neque ſine libertate in teſtamento dari poſſet, neque cum libertate in codicillis ſecundum vulgares regulas iuris ciuilis, non poterat libertas codicillis relicta confirmare hæreditatem teſtamento datam. Ne alioqui teſtamentum, quod principale eſt, & ex quo tanquam confirmante vires accipiunt codicilli, qui ſunt acceſſorij, per codicillos ipſos confirmari videretur. Quæ perelegans Papiniani ratio eſt, in *l. quod per manus 10. ff. de iur. codicill.* Iuſtinianus tamen eadem illa ſua conſtitutione hoc quoque emendauit, voluitque vt hoc etiam caſu ſeruus & liber & hæres fiat. Ratione illa, quod ſi tunc etiam cùm libertas neque teſtamento, neque codicillis data eſt, hæreditatem ſolam ſeruo relictam ſufficit, vt libertas quoque tacitè adſcripta videatur, multò magis hoc caſu pro libertate & hæreditate reſpondendum eſt, cùm vtraque expreſſim relicta fuerit, licèt altera in teſtamento, altera in codicillis. Egregia ſanè ratio ſi prior conſtitutionis pars rationem aliquam haberet. Sed cùm nullam ſatis bonam habeat vt probauimus, non video quid pro Iuſtiniani mentis innouatione vſurpari aliud poſſit, quàm Ciceronianum illud, *Eum qui ſemel verecundiæ fines tranſierit, benè ac grauiter impudentem eſſe oportere.* Eſt enim hac parte tantò abſurdior & iniquior noua conſtitutio, quanto plures violat regulas iuris antiqui, inter quas ſemper illa fuit, quæ iuris etiam noui eſt, quod hæreditas in codicillis dari non poteſt. Item illa, quòd per codicillos teſtamentum confirmari nequit. Itaque multò futurum erat tolerabilius, vt Iuſtinianus priore conſtitutionis ſuæ parte contentus, libertatem hoc caſu in codicillis ſuperuacuò datam fuiſſe diceret, ſufficiente ſcilicet hæreditate, tametſi ſola, in teſtamento relicta, quàm vt ad inſtitutionem defendendam, quæ ſine libertatis datione facta eſſet, ex eo moueretur, quod libertas quoque in codicillis adſcripta eſſet. Maximè cùm nec quicquam vetet deberi ex codicillis libertatem, etiamſi ex teſtamento hæreditas non debeatur: *d. l. qui filio 38. §. 2. ff. de her. inſtit.*

ILLATIO V.

De ſeruo ſine libertate ſubſtituto qui alij fuerat legatus.

Qvartò ex eodem Principio fiebat olim, vt ſi quis ſeruum ſuum legaſſet, eundem poſteà impuberi ſubſtituendo ſine libertate, non tam libertatem ipſi ſeruo pupillariter ſubſtituto, quàm pupilli hæreditatem legatario, eidemque huius ſerui domino detuliſſe videretur, cùm non poſſet plus iuris habere ſeruus pupillo ſubſtitutus in hæreditate pupilli, quàm inſtitutus in hæreditate ipſius teſtatoris, & vtroque caſu eadem ratio locum haberet, faceretque ne hæreditas ſine libertate vllo modo competere poſſet. Ita namque comparatum fuiſſe ius vetus, innuit eadem conſtitutio Iuſtiniani in *d. l. 5. §. vlt. C. de neceſſ. hered. inſtit.* vbi addit Iuſtin. quid è contrario iuris fuerit, ſi ſeruus hic impuberi ſubſtitutus fuiſſet cum libertate. Id nimirum, vt præualeret libertas, quamuis non niſi ſub conditione data, & pendente conditione pupillaris ſubſtitutionis, pro ſtatulibero interim ſeruus haberetur, nec priùs in legatarij dominium tranſiret, quàm libertatis, id eſt ſubſtitutionis conditio defeciſſet. In quo tamen poſſet quis putare fortaſſis, quod vir quidam doctus aliquando Iuſtinianum, Tribonianúmque defendebat, deceptos eſſe iuris veteris ignoratione. Etſi enim verum eſt, quotieſcunque idem ſeruus & legatus fuiſſet & libertatem eodem teſtamento accepiſſet, præualuiſſe ſemper eam ſcripturam, quæ nouiſſima eſſet, ſiue pro libertate faceret, ſiue pro legato: in obſcura verò voluntate præualuiſſe libertatem

d. l. 5. Cod. de neceſſ. hæred. inſtit.

l. quod per manus 10. ff de iur. codic.

l. qui filio 38. §. 1. ff. de her. inſt.

d. l. 5. §. vlt. C. de neceſſ. her. inſt.

Digitized by Google

l. ſi ſeruus legatus 50. ff. de fid. lib.

libertatem : *l. ſi ſeruus legatus 50 ff. de fideic. libert.* Id tamen tunc verè dicebatur, cùm fieri non poterat vt valeret vtrumque, libertas ſcilicet, & legatum ; quod eueniebat ſi vtrumque purè relictum eſſet : Sed legato purè relicto, libertate verò ſub conditione quæ poſſet exiſtere, poſſet etiam non exiſtere, videbatur nihil cauſæ fuiſſe, cur vſque adeò libertas præualere deberet, vt pendente quoque libertatis conditione legatum irritum conſtitueretur. Quid enim prohibebat valere interim legatum, ſed tamen euaneſcere poſteà, exiſtente quandocunque libertatis conditione ? *arg. l. peculium 65. §. ſi Titio, de legat. 2.* Et hæc ſanè iuris veteris ratio ſemper fuit, vt legati cuiuſlibet purè relicti dominium, ſi nihil impediret, ſemper & recta via tranſiret à teſtatore in legatarium, quaſi nunquam factum hæredis : *leg. legatum 80. de leg. 2. leg. à Titio 64. ff. de furt.* Quid autem hic legati vim, legiſque poteſtatem impediebat, ne ſeruus legatus confeſtim legatario acquireretur ? An quòd libertas ipſa in ſuſpenſo eſſet ? vt Iuſtin. loquitur, & verum eſt : Atqui poteſt libertas in ſuſpenſo eſſe, & nihilominus legatus ſeruus ad legatarium pertinere, quia exiſtens poſteà libertatis conditio faciet, quemadmodum diximus, vt legatum etiam quod valuit & effectum habuit, tandem euaneſcat : *l. ſtatuliberum 9. ff. de ſtatulib. & d. §. ſi à Titio.* Non enim ſicut ſeruus ſub conditione legatus interim manumitti nequit, ne legatario fiat iniuria, exiſtente quandocunque poſtea conditione : *leg. generaliter 29. §. 1 ff. qui, & à quib. manum.* Ita è contrario ſtatuliber, id eſt cui debetur libertas ſub conditione, interim purè legari probibetur. Ratio enim differentiæ non obſcura illa eſt, quod libertas ſemel competens, reuocari poſtea nunquam poſſet, quantumcunque exiſteret conditio legati, ſcilicet vt ſæpius diximus, fauore libertatis. At legatum quantumuis vtile & legatario acquiſitum, finiri commodè poteſt & euaneſcere ; id eſt in eum ſtatum reduci, acſi factum nunquam fuiſſet, exiſtente tandem conditione libertatis ; idque non tam ipſius libertatis fauore, quàm poteſtate conditionis. Idem enim euenit quoties purè legata res eſt, quæ iam alteri legata fuerat ſub conditione: *leg. ſerue legato 69. §. 1. leg fundum ſub conditione 81. De legat. 1. leg fundum 105. De condit. & demonſtr.* Quare nec Vlpianus, qui hanc ipſam ſpeciem noſtram tractat in *leg. ſi ſeruus 18. §. 1 ff. de vulg. & pupill ſubſtit.* ita loquitur, vt dicat quomodo Tribonianus, legatum ſeruum interim legatario non acquiri, legatique vim manere in ſuſpenſo : ſed illud tantum quod nos proximè diximus ; ſi Titio fuerit legatus ſeruus, poſſe illum impuberi ſubſtitui cum libertate, quemadmodum & inſtitui potuit, & euaneſcere legatum exiſtente conditione ſubſtitutionis: idémque dicendum eſſe, etſi poſt mortem legatarij ſeruus hic fuerit ſubſtitutus, vt ex Iuliano ſobiicitur in *leg. ſeq.* Quod enim lex ait *euaneſcere legatum*, an non apertè præ ſe fert interim valere ? Alioqui quomodo euaneſcere poſſet, quod nunquam valuiſſet ? Quid verò eſt valere legatum, niſi tale illud eſſe, quod duodecim tabularum lege confirmetur, & conſequenter eiuſdem legis poteſtate ſtatim & recta via legatario acquiratur ? Sed tamen pro Tribon. & Iuſtin. reſpondendum eſt, legatum hoc quamuis purè relictum, purum tamen non eſſe, quia quoties purè legatus ſeruus ſub conditione liber eſſe iuſſus eſt, placet non valere legatum niſi ſub contraria conditione, ita vt non niſi deficiente demum conditione, ad legatarium pertinere poſſit : *leg. ſi poſt mortem 68. §. ſi purè, de leg. 1.* vbi Iulianus ex eo infert, Si pendente libertatis conditione legatarius deceſſerit, ad ipſius hæredem non pertineat legatum, vt & in cæteris omnibus legatis conditionalibus euenit. Itaque ſuſpenſio libertatis, legati quoque ſuſpenſionem inducit. Cur verò ſcripſit Vlp. poſſe in hac ſpecie ſeruum pupillo ſubſtitui cum libertate ? An quia non poſſit ſine libertate? Minimè. Nec enim neceſſe eſt cum libertate inſtitui aut ſubſtitui eum, qui ſit ſeruus alienus, dominóque ſuo inſtitutionis, aut ſubſtitutionis commodum acquiſiturus : *d. l. 3. d. l. non minus 31. De hered. inſtit.* Hic autem ſeruus, de quo agimus, eſſet prorſus alienus, propter legatum Titio factum, eíque omnimodo pupillarem hæreditatem acquireret, exiſtente pupillaris ſubſtitutionis conditione, ſi non eſſet ipſe ſtatuliber, propter adſcriptam ei ſub pupillaris ſubſtitutionis conditione libertatem. Igitur adiecta ſunt verba illa, *cum libertate*, vt caſus qui dubitabilior eſſet tractaretur. Videbatur enim abſurdum, vt teſtator libertatem daret ei ſeruo, quem iam alteri legaſſet, dilata præſertim libertate in id tempus, quo ſeruus ille ex legato puro iam factus eſſet alienus. Sed tamen aliud Vlpiani iudicium eſt. Nihil intereſſe an ſubſtitutus ſit pupillo cum libertate, an in ipſius teſtatoris hæreditate inſtitutus, idem qui fuerit eodem teſtamento anteà legatus. Vtroque ſiquidem caſu præualet nouiſſima ſcriptura libertatis, non hactenus vt ab initio legatum non valeat, & impediatur per dationem libertatis, cuius conditio poteſt deficere. Sed vt pendente libertatis conditione legatum ſit in ſuſpenſo, tanquam conditionale. Itémque vt perimatur legatum, & euaneſcat exiſtente ſubſtitutionis conditione; non etiam vt finiatur, quomodo finitur aliis caſibus, in quibus legatur is qui iam ſtatuliber eſt. Non enim minùs ſtatuliber eſt, cui libertas ſub conditione data fuit eo ipſo teſtamento, quo idem alij legatus fuit, quàm ſi nulli legatus eſſet, quandoquidem non efficit legatum, quin maneat ſeruus in domini ſui eiuſdémque teſtatoris poteſtate, ſatíſque eſt quod non minùs ſtatulibertas per legem duodecim tabularum quàm legatum confirmatur, licèt priùs cedat dies legati, quàm libertatis etiam purè, nedum conditionaliter relictæ : cedit enim ille ſtatim ex die mortis, hic non niſi ab adita hæreditate : *l. vnic. §. in nouiſſimo, & §. libertatibus, C. de caduc. tollend.* niſi cùm neceſſarius aliquis hæres eſt, quo caſu in vnum concurrit vt & hæres exiſtat, & dies legatorum omnium cedat : *d. l. ſi poſt mortem, §. 1.* Ex quibus apparet quam rationem habeat, quod Iuſtin. conſtituit *d. l. 5. §. vlt. C. de neceſſ. hered. inſtit.* vt ſi ſeruus Titio legatus, idem impuberi ſubſtitutus ſit ſine libertate, non modò liber fiat ſeruus & hæres ex pupillari ſubſtitutione, quotieſcunque conditio euenerit, ſed etiam legatum ipſum interim ſit in ſuſpenſo, nec priùs acquiratur legatario, quàm cœperit ſubſtitutionis conditionem exiſtere amplius nunquam poſſe. Etſi potuerat Iuſtiniano ſatis eſſe, vt iuberet haberi libertatem pro tacitè adſcripta, in eum ipſum caſum, quo data pupilli hæreditas fuiſſet : non etiam addito eo, vt legatum interim ſuſpenderetur; cùm manente in cæteris ſalua iuris veteris ratione,

l. ſi poſt mortem, §. 1. d. l. 5. §. vlt. C. de neceſſ. hared. inſtit.

ſiuhe, futurum eſſet vt exiſtente ſubſtitutionis conditione, legatum euaneſceret, atque interim tanquam conditionale legatario acquiri prohiberetur. Adeò vt ſi libertatis conditionem, vel diem, omnimodo venturam eſſe certum eſſet, legatum omnimodo quoque & ab initio inutile cenſeri deberet, ſecundum Iuliani ſententiam in *d. l. ſi poſt mortem, §. vl.* quamuis in eo diſſenſerit à Iuliano Papinianus, in *d. l. peculium 65. §. ſi Titio de leg.* 2. tam apertè, vt conciliandis iis fruſtra Bartolus poſt Accurſium, cæterique Interpretes hueuſque laborauerint, Papinianum intelligentes de fideicommiſſaria libertate, qui tamen, quod nec Bart. diſſimulare poteſt, non loquitur niſi de directa. Alia longéque diuerſa ſpecies eſt, quam Iulianus tractat in *l. qui filio 38. in prin. de hæred. inſt.* vbi ſcribit, ſeruum filio exhæredato legatum, poſſe eundem poſt mortem filij hæredem ex parte inſtitui; eodem prorſus modo, inquit, quo ſeruus Sempronio legatus, idem poſt mortem Sempronij hæres ex parte inſtitui poteſt. Loquitur enim eo loco Iulianus de ſeruo, non pupillariter ſubſtituto, ſed inſtituto; vt ex eo apparet non ſolùm quòd loquitur de inſtitutione, non de ſubſtitutione; ſed quòd etiam ponit ſeruum non niſi ex parte inſtitutum hæredem. Siquidem nihil vetat eum ſeruum, qui ſiue filio exhæredato, ſiue alij cuilibet legatus ſit, poſt legatarij mortem ſubſtitui pupillariter ſolum & ex tóto aſſe. At vt ſolus inſtituatur poſt mortem filij exhæredati, cui fuerit legatus (de illo namque Iulianus tractat) fieri non poteſt; quia vt exhæredatio valeat, neceſſe eſt aliquem eſſe patris hæredem viuo filio, ne alioqui filius poſt mortem ſuam exhæredatus fuiſſe videatur: *l. ſuus quoque 4. §. vlt. eod. tit. l. ſi ita ſcriptũ 13. §. vlt. de liber. & poſt.* Exhæredatione autem non valente, totum teſtamentum corruit, & conſequenter legatum quoque filio exhæredato relictum. Nihil porrò intereſt, an ſeruus hic fuerit inſtitutus cum libertate, an ſine libertate, quod ad hoc vt inſtitutio ipſius defendatur, de quo tantùm Iulianus diſputabat. Intereſt ſanè hactenus, quod ſi cum libertate inſtitutus ſit, hæres ipſe fit proprio nomine: ſi ſine libertate, facit hæredem dominum, id eſt eum, quem filius exhæredatus, cui fuerat legatus, hæredem ſuum aut teſtamentarium, aut legitimum reliquerit: vt proinde non poſſim videre, cur Iulianus quæſtionem conceperit de filio impubere, cùm neque de pupillari ſubſtitutione tractet, vt diximus; neque aliud ſit in filio pubere. Facileque mihi perſuadeo, ex Interpretis alicuius gloſſemate dictionem illam irrepſiſſe: decepti, vt credibile eſt, ex *d. l. ſi ſeruus 18. §. 1. de vulg. & pup. ſubſt.* quaſi vtriuſque loci eadem ſpecies ac ſententia eſſet; Quod non ita eſt. Ibi enim tractat Vlp. expreſſim de pupillari ſubſtitutione, quam conſtat non alij quàm impuberi filio fieri poſſe. Hîc verò Iulianus de inſtitutione facta in teſtatoris hæreditate, à qua prorſus alienum eſt quærere an filius pubes ſit, an impubes. Idem eſt, vt Iulianus ait & in alia ſpecie, cùm ſeruus Sempronio legatus, idem poſt mortem Sempronij ex parte hæres inſtitutus fuit: nam & legatum valet propter adiectionem cohæredis, quem ideo Iulianus ponit datum eſſe; ne alioqui legatum Sempronio factum, quod non niſi adita hæreditate valere poteſt, in id tempus collatum videretur, quo Sempronius iam defunctus eſſet. Et nihil intereſt an inſtitutus ſit ſeruus cum libertate, an ſine libertate, cùm pro parte duntaxat inſtitutus fuit: Nam priore caſu, hæres erit proprio nomine: Poſteriore verò, hæreditatem acquiret ei, quem Sempronius reliquerit hæredem. Addidi, *cùm ex parte duntaxat inſtitutus fuit.* Quia ſi ſolus & ex aſſe inſtitutus proponeretur, neque legatum valeret propter eam rationem quam attigi; neque conſequenter inſtitutio, quæ facta eſſet ſine libertate, ſecundùm tempora Iuliani. Quod non ſatis bene videtur animaduertiſſe Bartolus, qui duas à Iuliano propoſitas ſpecies ſic diſtinguit, vt cùm fateatur exhæredationem filij, quæ duntaxat poſt ipſius mortem confirmetur, non valere; non tamen abſurdum putet, vt alicui poſt mortem ſuam legetur, inſpecto etiam eo iure, quod Iuliani temporibus obtinebat. Contra quam ſcriptum ſit ab Vlpiano in *Fragmen. tit. 24. §. poſt mortem,* & à Paulo *lib. 3. Sentent. tit. 6. §. poſt mortem:* teſtatúmque à Iuſtiniano noſtro in *§. poſt mortem, Inſtit. De legat.* vbi de eo latiùs dicemus.

l ſi ſeruus 18. §. 1 De vulg. & pup ſubſt.

ILLATIO V.

De ſeruo ſcripto libero ſub conditione, hærede verò purè, & interim vendito.

QVintò ex eodem Principio fit, quod Iulianus ſcribit in *d. l. qui filio 38. § ſi quis. De hær. inſt.* Si quis ſeruum ſuum liberum ſub conditione, hæredem verò purè ſcripſiſſet, cúmque vendidiſſet pendente conditione, ſeruum iuſſu emptoris adire hæreditatem poſſe, quia & conſtitit inſtitutio ab initio, & eſt nunc qui ius imperandi habet. Sed ſi poſt defectam libertatis conditionem alienatus fuiſſet, aliud dicendum fore, quia ad emptorem perueniſſet eo tempore, quo iam extincta inſtitutio & inutilis facta eſſet, id eſt, quo hæreditas ſeruo proprio ſine libertate data reperiretur. Nihil enim aliud erat, quod inſtitutionem huiuſmodi ab initio vtilem faceret, niſi quod quamuis hæreditas eſſet relicta purè, libertas autem ſub conditione, non poſſet tamen dici hæreditatem ſine libertate datam eſſe, quandiu libertas in eo erat, vt competere poſſet ſimul cum hæreditate, nimirum ſi viuo teſtatore libertatis conditio extitiſſet. Ponendum enim adſcriptam fuiſſe libertati conditionem ex earum genere, quæ viuo etiam teſtatore impleri poſſunt, de quibus in *l. 2. De cond. & demonſtr.* quales ſunt caſuales omnes, non etiam quæ dicuntur promiſcuæ, id eſt poteſtatiuæ: *l. ſi iam facta 11. eod.*

l qui filio 38. §. ſi quis, ff. de hær. inſt.

ILLATIO VI.

De ſeruo alieno libero & hærede ſcripto, poſteáque teſtatori acquiſito.

SExtò ex eodem Principio fit, vt ſi ſeruum alienum liberum & hæredem eſſe iuſſero, & is poſtea meus effectus ſit, neutrum valeat, neque libertas, quæ inutiliter ſeruo alieno data fuit; neque hæreditas, quæ inutili facta libertatis datione, ſine libertate data reperitur: *l. ſi alienum 49. in prin. ff. de hær. inſt.* Diuerſum

eſt

eſt ſi ſeruum meum hæredem inſtitutum cum libertate viuus vendidero, adeóque ſi voles ei, cum quo teſtamenti factio non eſt, illúmque poſtea redemero. Nam perinde mihi hæres eſſe poterit ex teſtamento, quia medium tempus non vitiat inſtitutionem, ſufficitque meum fuiſſe vtroque tempore, & teſtamenti, & mortis: *l. ſeruum meum* 50. iunct. §. *in extraneu, d. l. ſi alienum, eod. tit. de hæred. inſtit.*

PRINCIPIVM VII.

De ſolemnitate manumiſsionis facienda per minorem cùm manumittit vindicta.

§. eadem lege, hoc tit. l. 1. ff. de manum. l. ſi minor 11. ff de man. vindict.

EX lege Ælia Sentia, domino minori annis viginti non aliter manumittere permittitur, quàm ſi vindicta apud conſilium iuſta manumittendi cauſa approbata, manumiſſionis ſolemnitas peragatur: §. *eadem lege, hoc tit. l. 1. ff. de manumiſſ. l. ſi minor 11. & tot. tit. ff. de manum. vindict. & Cod. eod.* Ratio huius Principij eſt, vt Iuſtin. ſcribit in §. *vltim. huius tit.* quò libertas ſicut fauorabiliſſima eſt, ita ſit etiam inæſtimabilis: *leg. libertas 106. De reg. iur. id eſt, infinita æſtimationis: l. non eſt ſingulis 176. §. 1. eo.* ac proinde quàm non ſine magna iuſtáque cauſa dari oporteat, cuius cauſæ liberum arbitrium non fuit permittendum minori annis viginti, cùm ea ætas quæ in minoribus quoque rebus adminiſtrandis, alieno curatoris conſilio regi ſolet, & debet, vix boni conſilij capax ſit, nequidem ante viceſimumquintum annum: *l. 1. in prin. & §. 1. ff. de minor.* Satiſque in eo libertati indultum videtur, quod viceſimo, non quinto poſt viceſimum annum, lex Ælia Sentia manumittendi prohibitionem concluſit. Fuit tamen ea lex neceſſaria, quoniam alioqui manumiſſio etiam à minore facta, & nulla quoque iuſta cauſa interueniente, nihilominùs valuiſſet, tanquam à domino facta, cui nulla vnquam lege interdicta fuit alienatio rerum ſuarum mobilium, inter quas adnumerari ſeruos certum eſt: *l. 3. §. Nerua filius, ff. de acqui. poſſ.* Oratio namque Seueri, & Senatuſconſultum ad eam factum, de quo in *l. 1. & tot. tit. De reb. eor. qui ſub tut. vel cur. ſunt, ſine decre. non a...* non ad res mobiles pertinet, ſed tantum ad immobiles, id eſt ad prædia: *l. 1. & tot. tit. C. de præd. min.* Poteſt quidem minor, qui de re mobili malè id eſt damno ſuo contraxerit, ita vt ſe læſum probare poſſit, reſtitutionem in integrum poſtulare: *l. nam poſteaquam 9. §. ſi minor, ff. de minor. & tot. tit. C. de in integ. reſt. minor. cum ſeq.* Sed cauſa libertatis ſemel datæ extra periculum reſtitutionis ſemper fuit, quia contra libertatem dari reſtitutionem impoſſibile eſt, vt ait *l. ſi ex cauſa 9. §. vlt. ff. de min. & tot. tit. C. ſi aduerſ. lib.* Itaque vt minoribus aduerſus hanc tanti damni occaſionem prouideretur, neceſſe fuit ferri legem, quæ huiuſmodi libertatibus obuiam iret, eáſque dari prohiberet, ne dubitari poſſet, quin competere non poſſent ex ea manumiſſione, quæ contra legem facta reperiretur. Quidquid enim contra legem fit ipſo iure irritum eſt, nulliúſque momenti: *l. non dubium 5. C. de leg.* Denique fauor libertatis, qui facit vt libertas ſemel competens reuocari & retractari nunquam poſſit, cauſam dedit legi

qui ſat j. ſi qu: ſ de he. 4

Anton. Fabr. Iuriſp. Papin. Scient.

Æliæ Sentiæ, quæ faceret, vt ab initio libertas impediretur, vt ſcripſimus *ad Princip. illat. 9. ſup. eod.* Iuſtæ porrò manumiſſionis cauſæ plures ſunt ex tempore futuro, ex præterito autem penè infinitæ, quia multa merita incidere poſſunt, propter quæ honeſtum ſit libertatem cum decreto præſtare, quas æſtimare debebit is, apud quem ea de re agitur, inquit Paulus in *l. etiam 15. ff. de man. vind.* Illud verò in cauſis probandi Magiſtratum meminiſſe oportet, vt non ex luxuria, ſed ex iuſto affectu deſcendentes cauſas probet. Neque enim delicijs, ſed iuſtis affectionibus legem Æliam Sentiam dediſſe iuſtam libertatem, credendum eſt: *l. illud 16. eod.* Pleraque ex iuſtis iis cauſis enumerantur in *l. iuſta 9. l. ſi minor 11. & quatuor ſeqq. eod.* & à Iuſtin. *hoc. tit.* De quibus nihil dicimus quia nullam habent difficultatem, niſi quod Iuſtin. inter cæteras hanc ponit, ſi quis ſeruum manumiſerit procuratoris habendi gratia, exigitque vt non minor decem & ſeptem annis ſit is qui ex ea cauſa manumittitur. Vlpianus verò in *l. ſi collactaneus 13. De manum. vind.* exigit vt non minor ſit annis decem & octo. Sed vterque locus coniungendus eſt, vt decimumſeptimum annum prorſus impletum eſſe neceſſe ſit ac decimumoctauum cœptum eſſe ſufficiat. Reliqua, quæ ad hanc manumittendi cauſam pertinent, poſteà dicemus.

ILLATIO I.

De minore, qui manumittit vltimo die anni viceſimi.

l. 1. ff. de manum.

EX hoc Principio illud primùm fit, vt qui Kal. Ianuarijs natus eſt, poſt ſextam noctis prid. Kal. quaſi annum viceſimum compleuerit, manumitti poſſit: *l. 1. ff. de manum.* vbi rationem Vlpian. reddit, quòd non maiori annis viginti lex permittit manumittere, ſed minorem manumittere vetat. Iam autem minor non eſt, qui diem ſupremum agit anni viceſimi. Aliud ſiquidem eſt, maiorem eſſe; Aliud non eſſe minorem. Sicut & contra, aliud, eſſe minorem; & non eſſe maiorem.

ILLATIO II.

De ſeruo communi manumiſſo per minorem viginti annis.

l. ſi pater 4. §. minor ff de manum. vindict.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt minor viginti annis dominus, nec communem quidem ſeruum ſine conſilio rectè manumittat: *l. ſi pater 4. §. minor, D. de manum. vindict.* Quod enim commune eſt, vtriuſque eſt; ſed pro parte, non in totum: *l. ſerui electione 5. §. 1. & vlt. de legat. 1. l. duo fratres 78. D. de acquir. hæred.* Vnde eſt, quod nec olim poterat vnus ex dominis inuito ſocio ſeruum communem manumittere, vt ſuprà ſæpius à nobis dictum eſt ex Vlpiano *in Fragment*, & ex Iuſtiniano in *l. 1. C. de commun. ſeruu. manu.* extra eum caſum, quem Marcellus tractat in *l. domino 16. ff. de SC. Silan.* vbi ait, domino à familia occiſo; ſi ſeruus communis necem eius detexerit, liberum quidem eum fieri debere fauore libertatis; ſed tamen ſocium pretij partem ſibi contingentem conſequi oportere. Fuit etiam illud pri-

Digitized by Google

uilegium fiſci,vt communem ſeruum inuito ſocio manumittere poſſet, vt & aliam rem communem quamlibet alienare in ſolidum : *l.2. C. de com. rer. alienat. l. vnic. C. de ven. rer. fiſc. cum priuat.comm. lib.* 10. *tit.* 4. Fuit item militum, vt præſefert Iuſtiniani conſtitutio in *d. l.* 1. *C. de commun. ſeru. man.* quæ idem ius fauore libertatis ad paganos omnes protraxit, inducta certa ſolemnitate æſtimandæ partis, quam in eo ſeruo ſocius habeat,& æſtimationis obſignandæ ſi ſolutionem accipere ſocius nolit.

Obſeruandum tamen eſt, iam olim ita ius fuiſſe, vt communis ſeruus à dominis minoribus viginti annis poſſet apud conſilium manumitti, quamuis vnus ex ſociis cauſam non approbauerit. Sic enim addita negatione legendum puto, in *l. ſeruus communis 6. ff. de manum. vindict.* Quaſi iuſta manumiſſionis cauſa ex parte ſocij, qui nullam habet, illa ſit, quòd ſocius habet iuſtam; concurrente ſcil. vtriuſque domini in manumittendo voluntate. Alioqui non potuit ſocius, qui manumittendi cauſam quantumuis iuſtam haberet, manumittere ſeruum communem ſocio inuito, ne quidem ſi ſocius ille maior eſſet annis viginti. Multò igitur minùs, ſi minor. Et ſanè non fuit iniquum ita ius conſtitui, eo ſaltem caſu quo vtriuſque voluntas concurreret; cùm ſit verum, communem ſeruum eius eſſe, qui iuſtam manumittendi cauſam habet, licèt alterius quoque ſit, qui nudam manumittendi voluntatem ſine cauſa habet : *l. illud 46. ff de rit. nupt. l. pupillus 239. §. vlt. De verb. ſign. l. ſi ſeruus communis 61. in fin. pr. ff. de fur.* Præſertim cùm fieri poſſit, vt quæ iuſta manumiſſionis cauſa eſt in vno ex ſociis, aliã quamlibet cauſam etiam in alterius ſocij perſona excludat; putà ſi quis matrimonij cauſa ancillam manumittat : nam ſicut ancilla vna plurib. eodẽ tempore nubere non poteſt; cùm matrimonium nihil aliud ſit, quàm coniunctio maris & fœminæ indiuiduam vitæ ſocietatem continens, vt cum Iuſt. dicemus ad *t. de patr. pote. infr.* ita ſi duo domini matrimonij cauſa manumittere velint, recipi cauſa non debet : *l. etiam 15. §. ſi duo, de mau. vind.* quia inuicem ſibi obſtant, niſi conſentiant cui ex iis ancilla nuptura ſit poſt manumiſſionem : Denique voluntas ſocij nullam manumittendi cauſam iuſtam, neque propriam, neque communem habentis; adeóque manumiſſio ab ipſo facta, quidni ſaltem habeatur pro conſenſu per eum præſtito manumiſſioni iuſtæ, quam alius ſocius facere potuerit & debuerit? Plus enim vtique facit qui manumittit ipſe, quàm qui manumiſſioni ſimpliciter conſentit. Atqui lex Ælia Sentia, quæ vetat ne minor annis viginti ſeruum manumittat, non tamen prohibet ne manumittenti alij conſentire poſſit, vt mox dicemus.

ILLATIO III.

De minore viginti annis conſentiente manumiſsioni ſerui ſibi obligati.

d.l.4.§.vlt. eod.

TErtiò ex eodem Principio fit, quod ad Iulianum Paulus notat in *d l.4. §. vlt. eod. tit. de manum. vindict.* Si pignori obligatum ſibi ſeruum minor viginti annis manumitti patiatur, rectè fieri manumiſſionem, quia non tam manumittere is ipſe, quàm non impedire manumittentem intelligitur. In qua ratiocinatione vt bona ſit, neceſſariò ſupplendum eſt, quod proximè diximus, lege Ælia Sentia prohiberi duntaxat minorem annis viginti ne manumittat, non etiam ne manumittenti conſentiat. Lex enim, & à iuris communis ratione, & à libertatum fauore aliena, non fuit adiuuanda interpretatione, vt ad conſentientem quoque porrigeretur. Indéque etiam eſt, quod modò dicebamus, ſeruum communem à dominis minoribus viginti annis poſſe apud conſilium manumitti, quamuis vnus ex ſociis cauſam non approbauerit : *d. l. ſeruus communis 6. eod.* quia cùm partes, quas ſocij habent in ſeruo communi, iuris intellectu magis quàm re ipſa conſtituantur, aut corporis diuiſione, vt de rebus omnibus pro indiuiſo communibus ſcribit Papin. in *l. Manius 66. §. duorum, de legat. 2.* communiſque ſeruus non ſolùm apud vnumquemque dominorum partim ſit proprius, partim alienus, vt Iuſtin. ait in *l. 2. C. de commun. ſeru. manum.* ſed etiam duorum quodammodo ſeruorum perſonam ſuſtineat; ideóque ipſius perſona talis conditionis ſit in eo, quod alter ex dominis acquirere poteſt, alter non poteſt, perinde habeatur acſi ſolius eius eſſet, cui acquirendi facultatem habet : *l. 1. §. communis ſeruus, D. de ſtipulat. ſeruo.* Non eſt dubitandum quin communis ſeruus ab altero duntaxat ex dominis manumiſſus, à vero proprióque domino, perinde manumiſſus intelligatur, acſi ſolum illum dominum haberet. Proinde nihil eſt, quod impedire poſſit quominus ex eiuſmodi manumiſſione plenam iuſtámque libertatem conſequatur, niſi quod cùm alter ſocius tantundem in eo ſeruo iuris habeat, non eſt huic permittendum vt ſeruum communem manumittat, aut de qualibet alia re communi pro arbitrio diſponat inuito ſocio, vel ignorante. In iure namque pari, placet meliorem eſſe cauſam prohibentis : *l. Sabinus 28. ff. commun. diuid.* Quæ ratio ceſſat, quoties adeſt ſocij conſenſus qualiſcunque, dummodo legitimus, id eſt cui legis authoritas non reſiſtat. Porrò neque lex Ælia Sentia, neque alia vlla impedit conſenſum minoris viginti annis, niſi proponas pupillum, cuius ætas non patitur, vt conſentire poſſit citra tutoris authoritatem : *l. in fraudem 27. §. pignori, D. qui & à quib. manum.*

L.1 §. communis ſeruus. ff. de ſtipul. ſeruor.

ILLATIO IV.

De minore conſentiente manumiſsioni eius ſerui, in quo habet vſumfructum.

QVartò ex eodem Principio fit, vt quamuis ſeruus in quo vſusfructus alienus eſt, manumitti à domino non poſſit niſi fructuario conſentiente, quia non minùs iuris habere poteſt fructuarius, quàm creditor, cui ſeruus ille pignori ſpecialiter obligatus ſit, ſi tamen fructuarius minor ſit annis viginti, conſentire libertati poſſit, & conſentiendo ad libertatem perducere : *L.2. D. de manum. vindict.* Nam neque de hoc minore lex Ælia Sẽtia loquuta eſt, cùm non ipſe manumittat, ſed tantùm manumittenti conſentiat, nec libertatem det ipſe, ſed tantummodo perducat ad libertatem, id eſt ſtruat viam libertati, tollátque obſtaculum quod alioqui facturum

L.2. D. de manu. vin.

factum eſſet, ne ſeruus, quamuis à domino ſuo manumiſſus, ad libertatem peruenire vnquam poſſet.

ILLATIO V.

De minore viginti annis manumittente ex cauſa fideicommiſſi.

QVintò ex eodem Principio fit, vt ſi minor viginti annis legatum ſibi ſeruum manumittere per fideicommiſſum rogatus ſit, incunctanter debeat ei permitti: *l. ſi rogatus* 20. *eod.* id eſt nulla alia exacta iuſtiore manumiſſionis cauſa. Nec enim minori magis, quàm maiori permiſſum eſt, accepti legati onus reiicere, defunctique voluntatem circumuenire, in ea præſertim re, ex qua damnum nullum timere, contra verò lucrum aliquod ſperare poſſit: quod hic euenit. Quid enim damni poſſit minor incurrere manumittendo ſeruum, quem alius ſub eo fideicommiſſo ipſi reliquerit, non aliàs relicturus? An non potius lucrum ſentit, qui propter eiuſmodi manumiſſionem fit patronus, ſibique libertum acquirit? Et verò conſtat, legem Æliam Sentiam hac parte proſpicere duntaxat voluiſſe, ne minoris patrimonium per libertates ſine cauſa datas iacturam & diminutionem pateretur; quod verendum non eſt, cùm non niſi fideicommiſſaria libertas præſtatur ei, quem ex cauſa lucratiua minor in hanc ipſam rem ab alio acceperit. Nec eſt contrarium quod Papin. ſcribit in *l. cauſam* 20. *ver. non idem, D. de manumiſ.* in fideicommiſſaria quoque libertate id iuris eſſe, vt eius cauſam minor probare debeat, in eoque duriorem eſſe conditionem libertatis fideicommiſſariæ, quàm eius quæ debeatur à minore viginti annis: qui ſeruum ſibi donatum manumittendi gratia acceperit, quem non niſi ex abundanti manumiſſionis cauſa probare placuit. Senſus enim eſt; Non eſſe permittendum minori annis viginti, vt fideicommiſſariam libertatem det vltrò & propria auctoritate; ſed permittendum id ei eſſe à Prætore, cauſa apud conſilium probata: vel ob hoc ipſum vt ſciatur, an fideicommiſſaria libertas data ſit, & à quo. Item an proprium, an alienum ſeruum manumittere per fideicommiſſum hic minor ſit rogatus, propter eam rationem, quam mox proferemus. Cæterum non aliam iuſtiorem manumittendi cauſam exigere Prætor debet, quàm hanc, quod fideicommiſſaria libertas debeatur. Dices, Et in eo quoque minore annis viginti, qui ſeruum ſibi donatum manumittendi gratia acceperit, neceſſarium eſſe an validandam manumiſſionem, vt appareat hanc donationi legem adſcriptam fuiſſe. Verum ſunt iſta differentia. Cauſam adeſſe, & probari. Adeſſe ac ſubeſſe neceſſe eſt, vt ſeruus qui ea lege donatus dicitur, peruenire poſſit ad libertatem, ſiue per manumiſſionem, ſiue ex ſola poteſtate conſtitutionis Diui Marci *ad Aufidium Victorinum.* Sed probari non eſt neceſſe ad hoc vt libertas competere poſſit; cùm nullo etiam facto donatarij interueniente, ſola poteſtas iuris det libertatem: Ius autem nulla facti probatione indiget, cùm de iis omnibus quæ vel iam facta ſunt, vel in præſenti fiunt, lex non minùs certa ſit, quàm natura: *l. cùm ad præſens* 37. *& ſeqq. De reb. credit.* Plane ſi apud Prætorem negetur ex ea cauſa competere libertatem, probanda erit procul dubio lex donationis, ſed ea probatio non eò pertinet vt libertas in futurum competere poſſit, ſed potius vt appareat & pronuncietur iam ex eo tempore, quo lex impleri debuit, libertatem ſine manumiſſione ac ipſo iure competiiſſe, aut ſi manumittendi tempus nondum præterierit, minùs cunctandum habeat Prætor in permittenda manumiſſione: *l. illud* 16. *§.1. De manum. vindict.* At in fideicommiſſaria libertate aliud eſt, quia is etiam cui in præſtanda fideicommiſſaria libertate mora facta eſt, non ideirco fit ipſo iure liber, ſed per ſententiam Prætoris, & euocato priùs eo qui libertatem præſtare debuit: *l. cùm verò* 26. *§. ſubuentū. D. de fideic. libert.* Itaque cauſa ſemper Prætor inquirit, eiúſque probationem exigit, priùs quàm eum, qui libertatem ſibi ex fideicommiſſo debitam eſſe contendit, ad libertatem venire patiatur, idque eſt quod Papin. ait in *d. l. cauſam, Nam libertas niſi ita manumiſſo non competit.* Cæterùm vbi conſtat Prætori datam eſſe per fideicommiſſum libertatem, licèt ab eo præſtandam, qui viginti annis minor ſit, incunctanter ei debet permittere vt libertatem præſtet, quemadmodum loquitur Vlpian. in *d. l. ſi rogatus,* nempe ſi alienum ſeruum manumittere rogatus ſit; nam ſi proprium, poteſt iuſtus fieri cunctationi locus: conferenda ſiquidem erit quantitas emolumenti, quæ ad eum peruenit ex iudicio eius qui rogauit, cum pretio eorum, quos manumittere rogatus eſt: *d. l. ſi rogatus.* Non enim legati, aut fideicommiſſi nomine poteſt quis vnquam in plus onerari, quàm ad eum ex teſtatoris iudicio & liberalitate peruenerit: *l. filiusfamilias* 114. *§. apud Marcellum, de leg.* 1. *l.* 1. *§. ſi is qui quadringenta, l. ex facto* 17. *§. non tantùm, D. ad SC. Trebell.* (Id enim tunc verum eſt, cùm quantitas cum quantitate confertur; non etiam, cùm pecunia accepta rogatus quis eſt rem propriam, quæ maioris pretij ſit, reſtituere: *l. Imperator* 70. *§. ſi centum, De legat.* 2. Sed quia permittendum non ſit minori vt ſe in plus oneret, quàm accipere poſſit ex teſtamento, quandoquidem ex ea cauſa reſtitui poſſet in integrum, ſi de ea re, quæ reſtitutionis auxilium admitteret, non de libertate iam ex fideicommiſſo data tractaretur, aduerſus quam vt ſuprà dixi, reſtitutio dari non poteſt: *l.* 1. *& tot. tit. C. ſi aduerſ. libert.* Dixi *de libertate ex fideicommiſſo data:* quoniam ſi non data, ſed tantùm debita eſſet, vtique poſſet minor aduerſus legati agnitionem reſtitui, ne libertatem præſtare deberet, ſcilicet reddendo legatum, cuius perceptio eum ad libertatem præſtando obligaſſet: *l. ait prætor.* 7 *§. Pomponius,* alias *l. et ſi ſine, in princ. D. de minor.* Quamquam videtur ius hoc non minorum eſſe proprium, ſed commune omnium, qui ex legati percepti cauſa obligantur, vt reddendo legatum, poſſint aſſequi ne rem propriam quæ pretioſior ſit reſtituere compellantur: *d. §. ſi centum,* ſi nobiſcum emendes Papinianum in illis verbis, *ſi quod legatorum nomine perceperit, legatarius offerat:* & pro *ſi,* legas *niſi,* quomodo legendum eſſe probabimus ad *§.1. infr. De ſingul. reb. per fideic. relict.* & iam ſcripſimus *lib.* 17. *Coniect. cap.* 7. Idémque admittendum puto, ſi conditionis implendæ cauſa manumittere minor velit: putà, ſi hæres inſtitutus ſit ſub hac conditione, *ſi ſeruum ad libertatem perduxerit;* nimirum vt quod generaliter Paulus ſcribit in *d. l. etiam* 15. *in princ. De manum. vindict.* minori viginti annis permittendum eſſe, vt ex hac cauſa manumittat,

l. cauſam 20. *verſ. nō idem, D. de manum*

L. cùm verò 26 *§. ſubuentum, D. de fideic. libert.*

Digitized by Google

enim ſupradicta diſtinctione accipiatur, ſi quantitas emolumenti quod ex hæreditate, iudicióque teſtatoris ad minorem peruentura eſt, æquet, aut ſuperet pretium ſerui manumittendi.

ILLATIO VI.

De manumiſſo per minorem ſeruo, quem acceperat ex donatione, ea lege vt manumitteret.

SExtò ex eodem Principio fit, vt multò magis permittendum ſit ipſi minori annis viginti, vt poſſit ſeruum manumittere, quem ex donatione acceperit hac lege, vt eum manumitteret, ne conſtitutio Diui Marci ſuperueniens cunctationem Conſulis dirimat; inquit *l. ſi rogatus 20. §. 1. eod.* id eſt ne alioqui citra factum vllum minoris, & ſola conſtitutionis poteſtate poſt tempus elapſum, intra quod manumitti ſeruus debuit, reperiatur factus liber ipſo iure, ita vt nullus deliberationi locus amplius relinquatur, an poſſit, aut debeat ſeruus hic à minore manumitti, qui iam ſit liber. Vnde illud eſt quod *proxima illatione* dicebamus ex Papiniano, in *d. l. cauſam 20. D. de manumiſſ.* cauſam huius manumiſſionis non niſi ex abundanti & inquiri & probari, cùm nec manumiſſio ipſa neceſſaria ſit, ad hoc vt ſeruus hic perueniat ad libertatem. Probatio ſanè conuentionis & legis donationi dictæ neceſſaria eſt, ſiue tractetur de libertate danda, ſiue de ea, quæ dari debuerit intra certum tempus, nec data ſit, ipſo iure competente: *l. illud 16. §. 1. De manum. vindict.*

l. ſi rogatus 20. §. 1. eod.

ILLATIO VII.

De filiofam. minore ſeruum manumittente de conſenſu patris.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt ſi conſentiente patre filius minor annis viginti ſeruum eius manumiſerit, competat libertas ex ea manumiſſione; nec obſtet lex Ælia Sentia, etiamſi manumiſſionis cauſa nulla probata ſit. Ceſſat enim hoc caſu ratio legis ſuſpectum habentis iudicium minoris, cùm præſtitus patris conſenſus faciat, vt pater ipſe potiùs, quàm filius manumittere videatur; adeò vt nec filij manumittentis libertus hic fiat, ſed patris: *l. ſi conſentiente 16. D. de manum.* Nam nec filius ante manumiſſionem dominus fuit, ſed pater. Quemadmodum autem eius ſolius eſt libertatem dare, qui dominus fuit; ita & euenire neceſſe eſt, vt is qui manumiſſus eſt, eius libertus fiat, cuius anteà fuit ſeruus. Multò magis idem probandum eſt in ſpecie *l. pater 22. D. de manum. vindict.* Id eſt ſi pater ex prouincia ad filium ſuum minorem annis viginti Romæ agentem, epiſtolam fecerit, eique permiſerit, vt quem vellet ex ſeruis ſuis quos in miniſterio ſecum habebat, vindicta liberaret. Nam ſi filius poſtea Stichum manumiſerit apud Prætorem, etiam cauſa nulla probata, non eo minùs liber erit Stichus, quia quod filio à patre conceſſa electio eſt, non facit quin pater ipſe manumiſiſſe videatur, ac ſi nominatim de eo ipſo Sticho manumittendo pater per epiſtolam ſenſiſſet: *arg. l. vnum ex familia 67. §. 1. De legat. 2.*

l. ſi conſentiente 16. D. de manum.

ILLATIO VIII.

De manumiſſione facta conſilio quidem adhibito, ſed apud alterius prouinciæ Præſidem.

OCtauò ex eodem Principio fit, vt hi qui in Italia, vel in aliæ prouincia domicilium habent, apud alterius prouinciæ Præſidem conſilio adhibito manumittere poſſint: *d. l. etiam 15. §. vlt. De man. vind.* nempe quia legis Æliæ Sentiæ huiuſmodi manumiſſiones prohibentis non aliud propoſitum eſt, quàm ne ſolo minoris iudicio, quod, vt dixi, nimis ſuſpectum habet, ad tantam rem dandam, quanta libertas eſt, manumiſſio expediatur; quod non euenit cùm prouinciæ licèt alterius Præſes adhibito conſilio ſuam cognitionem interponit. Idémque ferè iuris eſt & in cæteris omnibus, quæ ſunt voluntariæ, non contentioſæ iuriſdictionis, cuiuſmodi ſunt manumiſſiones omnes, adoptiones, emancipationes, inſinuationes, & alia ſi qua ſunt huius generis, vt & quocunque loco & apud quemcunque Magiſtratum expediri poſſint: *l. emancipari 36. in prin. & §. 1. D. de adopt. l. data 27. l. in hac 30. in fin. C. de donat.* Quamquam non de omnibus Magiſtratibus intelligendum illud eſt, ſed de iis tantùm qui talem habuerunt iuriſdictionem, id eſt apud quos fuit legis actio. Non enim apud omnes fuit, ſed apud eos tantùm quibus propter vim imperij competebat, vt Conſulibus, & Prætoribus in vrbe; Præſidibus verò, & Proconſulibus in prouinciis, adeóque ex quo vrbe egreſſi eſſent, *l. apud proconſulem 27. in prin. De manu. vind.* non etiam Proconſulum legatis: *l. 2. §. vlt. & l. 3. De offic. proconſ.* niſi mandatam à Proconſule iuriſdictionem Legatus habuiſſet: ad quem caſum omnino coarctandum eſt quod ſcribit Paulus in *d. l. apud proconſulem, §. 1.* etiam apud Legatum Proconſulis manumiſſionem peragi poſſe, ne alioqui Cuiacij emendatio recipienda ſit, qui *lib. 1. Obſer. 1. ca. 1.* malè prorſus, & improbabiliter addidit eo loco negationem, quomodo & quod ſcriptum eſt in *l. pen. de offic. proconſ.* Legatos Proconſulis tutores dare poſſe. Nec enim proprium quicquam habuerunt Legati, niſi mandata iis per Proconſulem iuriſdictione: *l. legati 13. cum praeced. eo.* Apud alios fuit etiam legis actio, ſed ſpeciali conceſſione ex conſtitutionibus, quomodo ſcribit Modeſtinus de præfecto Ægypti, in *l. apud præfectum 21. De manumiſ. vindict.* apud Præfectum Ægypti poſſe fieri manumiſſionem, ex Diui Auguſti conſtitutione.

d. l. etiam 15. § vlt. De manu. vindict.

ILLATIO IX.

De pupillo manumittente apud Prætorem eundémque tutorem.

NOnò ex eodem Principio fit, vt apud Prætorem, eundémque tutorem poſſit pupillus manumittere ipſo tutore, *l. 1. D. eo.* Perinde namque hoc caſu ſatisfit legi, quæ tutoris authoritatem hac in re exigit, ac ſi alius, quàm tutor ipſe prætura fungeretur; nec minùs vno, quàm alio caſu conſultũ pupillo intelligitur, ne malè ac ſine cauſa manumittat. Illud vtique omnino exigimus, vt pupillus hic non ſit infans, ſed infantiã egreſſus,

Digitized by Google

egreſſus, id eſt vt ſit maior ſeptennio : *l. pupillus 14. eod.* iunct. *l. ſi irſtanti 18. C. de iur. deliberand.* Cùm enim non tutor ipſe ſit qui manumittit, quia nec manumittendi ius habet, qui ipſe dominus non eſt : *l. nec fideicommiſſariam 6. C. qui manum. non poſſ.* ſiquidem manumiſſio non eſt in patrimonij adminiſtratione, *l. ſeruus furioſi 13. ff. de manum.* cogimur fateri ſeruum pupilli, vel nullo modo, vel à popillo ipſo manumitti debere. Atqui manumitti non poteſt ab infante, quia non ſit manumiſſio ſine verbis ſolennibus à manumittente ipſo proferendis, ſi primam manumiſſionum formulam & ſolemnitatem attendamus. Infans porrò, vt vel ipſum nomen demonſtrat, fari non poteſt, nec proinde verba illa ſolemnia & neceſſaria proferre. Nec eſt contrarium quod Hermog. ſcribit in *l. manumiſſio 23. de manu. vindict.* manumiſſionem hodie per lictores etiam domino tacente expediri ſolere. Id enim non illam rationem habet, quòd ea verborum ſolemnitas, quæ primis temporibus neceſſaria fuit, hodie ſublata ſit; ſed quoniam, vt eadem lex ait, verba ſolemnia licèt non dicantur, tamen vt dicta accipiuntur. Quomodo autem poſſunt accipi pro dictis ab eo, qui etiamſi maximè velit dicere tamen nihil poſſit? Inde etiam fuit olim, quod pupillus delatam ſibi hæreditatem tutore authore adire ita poterat, ſi non eſſet infans, quoniam hæreditatis aditio fiebat prolatis iis verbis ſolemnibus, *Hanc Titij hæreditatem adeo, cernóque : l. pupillus 9. ff. de acq. hæred.* iunct. *l. cretionum 17. C. de iur. delib.* Vlp. *in fragment. tit. 22. §. 27. & ſeq.* Ideóque fuit neceſſarium auxilium conſtitutionis Iuſtinianeæ in *d. l. ſi infanti. d. tit.* Videtur tamen ius hoc, vt poſſit pupillus maior infante manumittere tutore authore, ad legem Æliam Sentiam, de qua nunc agimus, nil pertinere. Nam quemadmodum non ex lege Ælia Sentia fit, ſed ex iure communi, vt pupillus etiam qui infantiæ annos exceſſerit, ſine tutoris authoritate manumittere non poſſit, vt nec aliud agere quicquam eorum omnium, quæ conſilium & iudicium requirunt; *d. l. pupillus 9.* iunct. *§. vlt. l. prec. De acquir. hæred.* Ita ex eodem iure fit, vt interueniente tutoris authoritate valeat manumiſſio, ex eáque libertas competat, quamuis iuſta manumiſſionis cauſa nulla allegata, vel probata ſit, quia licèt pupillus minor ſit 20. annis, cùm tamen eum tutorem habeat quem neceſſe ſit maiorem eſſe 25. fruſtra inquireretur cauſa manumiſſionis prætextu pupillaris ætatis; quandoquidem hac parte non tam à pupillo, quàm à tutore fieri manumiſſio intelligitur; quæ ſcil. non pupilli, ſed tutoris ſolius iudicio expeditur. Sed tamen non eo minùs accommodata eſt illatio hæc ad Principium quod nunc tractamus. Etenim quæ ratio cauſam dedit legi Æliæ Sentiæ, ne tam fragili & lubrico minoris ætatis conſilio & iudicio, & tantæ rei, quanta libertas eſt, donatio committeretur; eadem facere debuit, ne lex illa impediret libertates à pupillo datas tutore authore, tanquam in quibus verendum non ſit, ne per iudicij & conſilij imbecillitatem, potiùs quàm certa aliqua ratione datæ videantur. Quæ enim ex ceſſante legis ratione inferuntur, perinde ex ipſa lege inferri dicuntur, atque illa quæ rectà ex eiuſdem legis ſiue verbis ſiue ratione deducuntur.

d. l. pupillus iunct. §. vlt. l. præc. ff. de acq. hær.

Anton. Fabr. Iuriſp. Papin. Scient.

ILLATIO X.

De filio minore 20. annis apud patrem ſuum, eundemque Magiſtratum manumittente.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt filius quoque licèt minor viginti annis apud patrem ſuum, qui magiſtratum gerat, manumittere poſſit : *l. apud filiumfamilias 18. §. filius. ff. de man. vind.* Neque enim credendum eſt, paſſurum patrem vt filius fortaſſe miles, & minor annis viginti, ſeruum ſuum manumittat ſine cauſa. Etſi verba illa Pauli, *voluntate patris,* oſtendunt tractari eo loco, de eo ſeruo manumittendo, qui non filij ſit, ſed patris; quoniam plerumque eueniebat, vt aliquem ex paternis ſeruis, ſiue quem pater, ſiue quem filius vellet, manumittere filius à patre iuberetur : quo caſu iam diximus *illat. 7.* legem Æliam Sentiam habere locum non potuiſſe, ſed alia ratione quàm quæ ad propoſitam illationem accommodari poſſit; illa videlicet, quòd eo caſu manumiſſio non tam à filio, quam à patre ipſo facta intelligatur. At ſi ponas ſeruum qui à filio manumiſſus eſt, ipſius filij proprium fuiſſe, ex ea nimirum cauſa ex qua filius proprium aliquid habere poteſt, putà ex cauſa caſtrenſis peculij, vel quaſi, licèt pater ei manumiſſioni voluntatem ſuam, vel etiam authoritatem accommodauerit, non ideo tamen dici poteſt à patre factam videri manumiſſionẽ, quippe cuius nec voluntas, nec authoritas neceſſaria ſit in ea peragenda, in qua filiusfamilias ex conſtitutionibus, patrisfamilias iure cenſeatur : *l. 2. ff. de SC. Maced.* Quid ergo erit quod validam facere poſſit manumiſſionem, ſi à minore viginti annis ex voluntate patris, & apud patrem facta ſit? Hoc vnum, quòd patris præſentia & authoritas non patiatur, vt videri manumiſſio debeat facta eſſe ſine cauſa. Ne alioqui tutoris præſentiæ & authoritati plus quàm paternæ tribuatur : quod tamen non niſi abſurdè dicere quis poſſit; cùm pater plus quàm tutor ſit, ſiue affectus, ſiue ius poteſtatis conſideretur; ſiquidem neque affectus vllus vincit aut æquat paternum, ſi excipias maternum; neque tutoris poteſtas in pupillum, quicquam aliud eſt, quàm patriæ poteſtatis participatio, eáque minima vt dicemus ad *tit. de tut.* Ex quo illud etiam fit, vt filio habenti patrem, in cuius poteſtate ſit, dari tutor nunquam poſſit : vt ſcripſimus in *Decadib. de error. pragmatic.*

l. apud filiumfamilias 18. §. filius, ff de man. vind.

ILLATIO XI.

De Conſule minore viginti annis ſeruum ſuum apud ſe manumittente.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt ſi eueniat, Conſulem, apud quem huiuſmodi manumiſſiones fieri ſolent, minorem eſſe annis viginti, non poſſit ipſe apud ſe manumittere; quia ipſe eſt, qui ex ſenatuſconſulto conſilij cauſam adprobare debet : *l. vnic. §. vlt. de offic. conſ.* non poteſt autem ille idem & manumiſſionis cauſam adferre & examinare; ne alioqui in cauſa ſua ius dicere videatur; contra *l. qui iuriſd. 10. ff. de iuriſ. & 10 ti. C. ne quis in cauſa ſua iudic. vel ius dic.* Planè ſi cauſam manumiſſionis apud Collegam ſuũ probauerit, nihil prohibebit quominùs

l. vnic. §. vl. de offi. Conſul.

etiam apud ſe manumittere poſſit: *d. §. vlt.* vbi rectè Bart. monet ponendam eſſe virgulam poſt dictionem *probata*, atque ita accipiendum quod idem Vlp. ſcribit in *l. ſi rogatus 20. §. vlt. de manu. vind.* Licèt apud Collegam ipſum manumittere non poſſit, *l. apud filiumfamilias 18. §. 1. eo.* ideirco fortaſſe quia Collegæ neque maior, neque alia eſt quam Conſulis manumittentis autoritas, iudicium vero in cauſa manumiſſionis probanda aliud eſſe poteſt, vtpote quod integrum ſit, nedum minus ſuſpectum. Nec eſt contrarium quod placuit, apud ſe manumittere poſſe illum quoque, qui conſilium præbeat, *l. an apud ſe 5. eo. tit.* Aliud enim eſt manumittere apud conſilium, quod fiebat quoties vindicta manumiſſio pro tribunali peragebatur, vt oſtendit *l. vlt. & tit. C. de vind. & apud conſil. manu.* iunct. *l. non eſt 7. eo.* Vnde & conſilium præbere dicitur, non qui interrogat manumiſſurum an velit manumittere, quaſi reconcilians mutuas voluntates, vt ridiculè tradit hic Bart. poſt Gloſ. ſed qui iuri dicundo pro tribunali præeſt, Denique apud conſilium, vt puto; nihil aliud eſt quam apud Conſulem, vel Prætorem, aliúmve Magiſtratum ſedentem in loco Maiorum, qui conſilij, & iuris dicundi locus eſt. Aliud, probata & examinata manumiſſionis cauſa, cuius ſcilicet neque allegatio, neque probatio neceſſaria erat extra illum caſum, quo fieret manumiſſio à minore viginti annis.

ILLATIO XII.

De manumiſſione ancillæ communis à duobus dominis cauſa matrimonij.

DVodecimò ex eodem principio fit, vt ſi duo domini ancillam communem matrimonij cauſa manumittere velint, recipi cauſa non debeat: *l. etiam 15. §. ſi duo, eo.* non quod matrimonij iuſta cauſa non ſit: ſiquidem vna eſt ex iis, quæ iuſtiores exiſtimantur, exacto priùs iureiurando, vt intra ſex menſes vxorem eam duci oporteat: *ſi collactaneus 13. in l. fin. ſi minor 19. eod. cum l. ſeq. §. matrimonij*, ſed quia non poteſt ea cauſa in vtriuſque dominij perſona eſſe vera, quin alter alterum impediat, quando fieri nequeat vt eodém tempore vtrique domino ancilla nubat. Nec tamen impedietur manumiſſio, ne per conſequentias impediatur matrimonium, ſi inuicem conſentiant vt eorum alteruter eam ancillam vxorem ducat, ſufficiétque ab illo ſolo allegari & probari cauſam, licèt alter ſocius, qui ſimiliter manumittit, nullam habeat probétque cauſam manumittendi; quia ſatis eſt vt manumiſſioni, quam ſocius ex iuſta cauſa & ſuo iure facit, ipſe conſentiat, vt ſuprà diximus *illat. 2. ex l. ſeruus communis 6. eo. tit.* Sci dicimus caſtratum matrimonij cauſa manumittere non poſſe, ſpadonem poſſe, quia hic nuptias contrahere poteſt, ille non poteſt: *l. alumnos 14. §. vlt. eod. l. ſi ſerua 39. §. vlt. ff. de iur. dot.*

l. etiam 15. §. ſi duo, ff eod. l. ſi collactaneus 13. in fi. leg. ſi minor 19. de manum. vind.

ILLATIO XIII.

De prægnante manumiſſa matrimonij cauſa.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit, vt ſi minor viginti annis, apud conſilium matrimonij cauſa prægnantem manumiſerit, eáque interim pepererit, id eſt poſt manumiſſionem quidem, ſed ante matrimonium, in pendenti ſit ſeruúſne, an liber futurus ſit, quem ea pepererit: *d. l. ſi minor 19. eo tit. De man. vind.* quoniam vt valeat huiuſmodi manumiſſio, nec libertas per legem Æliam Sentiam impediatur, non ſolum iuſtam manumiſſionis cauſam allegari probarique neceſſe eſt, ſed illud etiam requiritur vt ſequatur cauſa, vel potiùs cauſæ effectus, quoties ad futurum tempus cauſa relata eſt: Ideóque iuſiurandum, vt proximè diximus, exigi ſolebat, de hac ancilla, quæ matrimonij cauſa manumiſſa fuiſſet, intra ſex menſes vxore ducenda: *d. l. ſi collact. in fin. eo.* Et in eo melior erat conditio ſeruorum, qui ex cauſa ad præteritum tempus relata manumittebantur, quàm eorum qui ex cauſa ad futurum tempus reſpiciente. Illis enim libertas ſtatim competebat, nec ratio vlla ſuberat, quæ facere deberet vt maneret in ſuſpenſo: His verò non priùs competere poterat, quàm cauſa impleta & ſecuta eſſet; quamuis in cæteris cauſis dominij tranſlatio, quoties aliquam ob cauſam res alienatur & traditur, minimè ſuſpendatur in tempus vſque ſecuti implementi: *l. 1. 2. 3. & to. tit. C. de cond. ob cauſ. dator.* In cæteris enim conſulitur indemnitati eius, qui dederat ob cauſam, quæ ſecuta non fuit, ſcilicet remedio condictionis: *d. tot. tit. C. de condict. ob cauſ. dat. & ff. de condict. cauſ. dat. cauſ. non ſecut.* At in libertatibus inauditum eſt locum eſſe condictioni; quoniam vt in ſuperioribus à nobis ſæpius dictum eſt, libertas ſemel competens nunquam reuocatur. Ex eóque rurſum intelligimus quàm verum ſit, quod alio loco monuimus, manumiſſionem, ex qua libertas competere poſſit, non tantùm facti eſſe, ſed etiam iuris; hoc eſt non aliter effectum illum habere poſſe, vt conferat libertatem, quàm ſi iuris auxilio & poteſtate adiuuetur. Multo minùs igitur effectum habere poterit, quandiu in eo res erit, vt lex ſiue Ælia Sentia, ſiue alia quælibet, aut prohibeat manumiſſionem, aut prohibere poſſit: quod euenit quandiu lex, quæ libertatem impedit, locum habere poteſt. Legis enim poteſtatem ſaluam & integram manere conuenit, quod non eſſet, ſi manumiſſio interim effectum ſuum haberet. Neque enim lex competentem iam libertatem adimere, ac reuocare poſſet, quæ in id duntaxat lata fuit, vt impediat dandam & competituram.

l. ſi collactaneus, in fin. eod.

Manumiſſio, ex qua libertas competit, non tantùm facti, ſed etiam iuris eſt.

ILLATIO XIV.

De manumiſſione facta per minorem 20. annis, procuratoris habendi gratia.

DEcimoquartò ex eodem Principio fit, vt quamuis procurator ad negotia conſtitui poſſit, ætatis cuiuſcunque, etiam pupillaris, quoniam imputare ſibi debet qui talem elegit: *leg. cum mandata 24. ff de minor. leg. 1. §. quod impuberem ff. de acq. poſſ. l. quamuis 40. §. vltim. & ll. ſeqq. ff. ad SC. Treb.* non aliter tamen permittatur minori viginti annis, ſeruum manumittere, procuratoris habendi gratia, quam ſi decimumſeptimum ætatis annum ſeruus impleuerit, & decimumoctauum attigerit: *d. l. ſi collactaneus.* Nempe quia hoc ipſum, vt ea ſit iuſta cauſa manumiſſionis, non niſi propter minoris vtilitatē conſtitutum eſt, cuius certè intereſt, vt & cæterorum omnium, habere procuratorem, per quem

negotia

Digitized by Google

negotia ſua expedire poſſit; liberum autem potiùs quàm ſeruum: quia cum homine libero faciliùs quiſque contrahit, quàm cùm ſeruo, licèt ſeruum quoque procuratorem ad negotia conſtitui vulgò credatur, ex *l. ſeruum quoque 33. ff. de procurat.* qui tamen locus non eſt de ſeruo procuratore conſtituto, ſed de ſeruo procuratorem conſtituente in rebus ad cauſam peculiarẽ pertinentibus: quod longè diuerſum eſt. At vix fieri poteſt vt ex minoris vtilitate ſit, eum habere procuratorem, qui decimumſeptimum ætatis annum non impleuerit, cùm ante eam ætatem tam infirmum ſit adoleſcentis conſilium & iudicium, vt omnino impar ſit rebus bene gerendis. Cuius rationis ignoratione plerique errarunt, exiſtimantes non poſſe quemquam procuratorem conſtitui, ne ad negotia quidem, qui minor ſit decem & ſeptem annis: quod falſum ſanè eſt, vt diximus. Procuratoris ad iudicia conſtituti alia ratio eſt: Hunc enim maiorem vigintiquinque annis eſſe oportet, vt iudicium adeò validum ſit, ne ſubiaceat periculo reſtitutionis: *l. minor 51. ff. de procurat. l. exigendi 12. C. eod. cap. qui generaliter, §. fin. De procur. in 6.* Sed & non malè meo iudicio quis dixerit, minori viginti annis ita demum eſſe permittendum, vt procuratoris habendi cauſa ſeruum maiorem decimoſeptimo anno poſſit manumittere, ſi dominus ipſe maior ſit pupillo; non etiam ſi pupillus ſit: exemplo eius, quod Caius ſcribit in *leg. vlt. eod. tit. De manum. vind.* Si tutoris habendi gratia pupillus manumittat, probationis cauſam iuſtam non eſſe: quòd abſurdum ſit, inquit, in eligendo tutore firmum videri iudicium pupilli, cuius in omnibus rebus vt infirmum iudicium tutore autore regitur. Neque enim minùs firmum iudicium requiritur in eligendo procuratore, quàm in eligendo tutore; prorsuſque inauditum eſt vt pupillus ſine tutoris authoritate conſtituat procuratorem: qua portò accedente, nullus dubitationi locus relinquitur, quin manumittere pupillus poſſit quem ex ſeruis ſuis velit, etiam ſine cauſa; vt diximus *illat. 9.*

leg. ſeruum quoque 33. de procurat.

l. ſi collact. manum. ſi. eod.

Manumiſ. ex quacun. cau. ... non ... facta, ... eſt.

De probanda cauſa manumiſsionis etiam per procuratorem.

OBſeruandum tamen eſt, quamuis minor viginti annis manumittere non poſſit, niſi cauſa manumiſſionis probata, aliam nihilominùs eſſe manumiſſionis, aliam probandæ cauſæ rationem. Nam abſens quoque cauſam probare per procuratorem poteſt, *l. etiam 15. §. abſens, de manum. vind.* At per procuratorem manumittere nemo poteſt, ne quidem vxor per maritum, *l. nec mulierem 3. C. eod.* Niſi ponas ſeruum dotalem, qui hoc ipſo quod dotalis eſt, cùm ſit mariti, poteſt ab eo manumitti tanquam à domino, licèt non niſi accedente vxoris voluntate: *l. ſi vero 46. ff. ſolut. matrim.* Ratio differentiæ eſt, quia iuris regula eſt, neminem poſſe lege agere nomine alieno: *l. poſt mortem 25. §. 1. ff. de adopt. l. nemo alieno 165. de reg. iur.* vt Cuiac. tractat, *lib. 7. obſer. cap. 17.* Manumiſſio autem legis actio eſt, non etiam manumittendi cauſæ probatio. Legis enim actiones eæ dicuntur, non quæ ciuiles, & ſolennes ſunt, vt nimis generaliter vult Hotomanus: nec quæ à iuris quacunque parte deſcendant, vt Dinus putabat, aut vt Zaſius loquitur; quæ per legem inuentæ ſunt; nec quæ mero iure radicantur, vt alibi loquitur idem Zaſius; nec quæ iure finiuntur, aut quæ ſunt ex vſu ſolenni iuris, quomodo idem Cuiacius ſcribit *lib. 15. obſer. cap. 36. in fin.* ſed quæ legis modo, & vt ita dicam imperatiuè fiunt; id eſt, quæ pendent ex ſolius facientis voluntate & poteſtate, dummodo ei lex non reſiſtat, aut quæ ſaltem inter volentes expediuntur, vt videre eſt in manumiſſione, aliiſque exemplis à Papiniano poſitis, in *leg. actus legitimi 77. De regul. iur.* Et ſi enim lex illa eſt de actibus legitimis, tamen non puto inter actus legitimos, & legis actiones quicquam intereſſe, in eóque cum Cuiacio aduerſus Hotomanum libenter ſentio. Porrò lex nihil agit per procuratorem, ſed ipſa per ſe iubet, imperat, vetat, punit: in quibus omnibus tota legis virtus conſiſtit, *l. legis virtus 6. ff. de legib.* cùm ſit illa, vt ſæpius diximus, & hominum & rerum omnium domina & regina: *l. 1. & 2. eod.* Sic legatum appellatum eſt id omne, quod legis modo imperatiuè relinquitur, vt ſuprà monuimus non ſemel, ex Vlp. *in fragment.* In manumiſſione ſola manumittentis voluntas inſpicitur, nec ea tes iure contentioſo expeditur. In probanda cauſa manumiſſionis, aliud eſt; quoniam habet implicitam & facti & iuris quæſtionem. Denique non tam legis & iuris, quàm iuriſdictionis ea actio eſt, vt Pap. loquitur *in l. inter tutores 36. de admin. tut.* & apud Scæuolam Claudius *in l. filia 88. de ſolut.*

Legis actiones quænam ſint, & cur ſic dictæ.

Legatũ quid ſit, & vnde dictum.

Aliud eſt iuris quid eſſe, Aliud eſſe iuriſdictionis.

ILLATIO XV.

De prohibita ſerui, qui ſolus ſit, per minorem 20. annis manumiſſione.

DEcimoquintò & vltimò ex eodem principio fit, vt minori annis viginti, qui vnum duntaxat ſeruum habeat, non ſit permittendum vt eum manumittat, quantumuis alioqui iuſta manumittendi cauſa ſubeſſe proponatur: *d. l. ſi collactaneus 13. ver. præterea, & illud exigitur, vt non vtique ſeruum vnum habeat, qui manumittit: ff. de manu. vindict.* vbi verba illa, *non vtique vnum,* hunc proculdubio ſenſum habent, *non tantùm vnum.* Non enim tam iuſta poteſt eſſe cauſa manumittendi ſerui, qui vnus & ſolus eſt in patrimonio minoris, quin multò iuſtior ſit eiuſdem in ſeruitute retinendi, vt minoris non modò vtilitati, ſed etiam quod præcipuum eſt famæ, & exiſtimationi conſulatur, ad hoc vt ex eadem lege Ælia Sentia poſſit habere neceſſarium hæredem, ſi fortè non ſoluendo eum decedere contingeret: quod non improbabiliter de illo ſuſpicati quis poſſit, qui manumiſſionis tempore adeo inops eſt, vt non niſi vnum ſeruum habeat in patrimonio. Quamquam nec aliud admittendum arbitror, etiamſi talis minor ſit, qui aliunde locupletiſſimus probetur, cùm plerumque hominum vel prudentiſſimorum miſera conditio illa ſit, multò magis verò minorum, qui ad res ſuas bene gerendas, regendaſque minus conſilij habent; vt qui aliquando locupletiſſimus fuit, tandem paupertimus, & non ſoluendo moriatur: *leg. ſi ab arbitrio 10. §. 1. ff. qui ſatiſd. cogant. leg. 1. §. ſi magiſtratus, & leg. quod ad hæredem 6. ff. de magiſtr. conuen.* Pertinet enim hoc non tantùm ad domini vtilitatem, ſed etiam ad fauorem Reipublicæ, qui libertatis fauore cæteriſque rebus omnibus ſemper potior eſt, vt ciuis Romanus non decedat ſine hærede, ſub cuius nomine per creditores hæreditarios poſſideri

Fauor Reipublicæ potior eſt fauore libertatis.

 bona;

bona, vendique poſſint; vt pluribus ſcripſimus *ad Princip. 3. & 4. ſup. eod.*

PRINCIPIVM VIII.

De prohibita per legem Æliam Sentiam minori viginti annis etiam teſtamentaria manumiſſione.

§ cùm ergo, hoc tit.

LEx Ælia Sentia quæ à minore viginti annis ſeruum manumitti prohibebat, non minùs ad teſtamentarias manumiſſiones, quam ad eas quæ inter viuos fierent, pertinebat; vt Iuſtinian. ſcribit in §. *cùm ergo, hoc titul.* vbi innuit hoc ius ex eo profectum fuiſſe, quòd lex Ælia Sentia generaliter locuta fuerat de minoribus viginti annis, iiſque certum manumittendi modum conſtituerat, quem prætergredi nullo modo poſſent: non adhibita ea diſtinctione, an inter viuos, an in teſtamento facta manumiſſio proponeretur. Vt proinde neque induci, neque admitti deberet ea diſtinctio, quam lex non feciſſet: *vulg. leg. de pretio 8. Digeſtis, de Public. in rem action. leg. in fraudem 15. paragrapho vltimo, Digeſtis, de teſtament. milit.* Ex quo tamen illud eueniebat incommodi & abſurdi, vt qui moriebatur poſt annum decimumquartum, ante vigeſimum, quamuis teſtamentum facere poſſet: atque ita de rebus ſuis omnibus pro arbitrio diſponere, ſeruis tamen ſuis libertatem dare nullo modo poſſet, etiamſi maximè vellet; neque libertatis fauor quantumlibet maximus, contrariam ſententiam poterat extorquere, propter authoritatem legis, quæ quanquam duriſſima, tamen vti ſcripta, ita ſeruanda erat: *leg. proſpexit. 12. ff. qui & à quib. manumit.* Et ſanè cùm non alia fuerit ratio legis Æliæ Sentiæ in libertatibus impediendis, quas minor viginti annis dare velit, quàm quod res tanti momenti ſummo conſilio & iudicio indigere videretur, nihil autem omnino ſit in quo maior iudicij vis elucere debeat, quàm in condendo teſtamento, per quod ſcilicet diſponit homo de ſuis fortunis omnibus in id tempus, quo liberum amplius non erit reformandæ in melius voluntatis arbitrium: *lege 1. Codice, de ſacroſanctis Eccleſ.* quis non miretur prohibitas minori annis viginti manumiſſiones teſtamentarias, cui totam ſeruorum ſuorum familiam, non ſolum cui velit hæredi relinquere, ſed etiam legando, vel fideicommittendo ex hæreditate ſua delibare ſi mallet permitteretur? An non ita ſit, vt fauorabiliùs agatur cum legato quàm cum libertate? contra *leg. ſi ita ſcriptum 6. ff. de manumiſſ. teſtam.* Primus Iuſtinianus fuit, qui huic malo mederi auſus eſt, ſed adhibito temperamento potiùs, quàm plena iuris veteris abrogatione. Is enim mediam, vt ait & gloriatur, viam eligens conſtituit, vt minoribus quidem liceat teſtamento ſuo dare libertatem, ſed ita demum ſi decimumſeptimum ætatis annum impleuerint, & decimum octauum attigerint. Motus non illa ſolùm ratione, quòd ferendum non eſſet, vt cui totorum ſuorum bonorum in teſtamento diſpoſitio data erat, ei ſimiliter de ſeruis ſuis ſaltem in vltima voluntate, quemadmodum vellet, diſponere non permitteretur, ſed hac etiam, quòd antiquitas huiuſmodi ætati & pro aliis poſtulare conceſſerit: *lege prima, §. initium, ff. de poſtuland.* Cur non enim, inquit ille, etiam iudicij ſui ſtabilitas huius ætatis minores ita adiuuare credatur, vt ad libertatem ſeruis ſuis dandam poſſint peruenire? Sed tamen poſt hanc quoque Iuſtiniani conſtitutionem illud abſurdi remanet, quod ante decimumſeptimum annum completum, neminem ex ſeruis ſuis, ne quidem teſtamento manumittere poteſt is, qui tamen ab anno decimoquarto impleto de cæteris bonis ſuis omnibus liberè, ac pro arbitrio teſtari poteſt.

Nullus eſt fauor libertatis contra authoritatem legis.

Melior eſt cauſa libertatis quàm legati.

Ratio legis Æliæ Sentiæ

Niſi quis abſurdum id eſſe neget propter eam ipſam rationem, qua lex Aelia Sentia nitebatur, quòd cùm libertas inæſtimabilis res ſit, non tam facilè permittendum fuerit, vt eam donare minor poſſet: Nec ſolùm ſi de directa libertate ageretur, ſed etiam ſi de fideicommiſſaria: *leg. minor annis, 5. Codice, de fideicommiſſar. libertatibus*, vbi tamen exceptio ſubiicitur, *niſi his, quorum cauſam probare poteſt.* Quæ iudicio meo ſic intelligi debet, vt his ſolis fideicommiſſariam libertatem minor dare poſſit, non quibus eam ex fideicommiſſo debeat [neque enim ad eas libertates, quas minor ex alieno fideicommiſſo deberet, lex Ælia Sentia pertinere potuit, niſi hactenus, vt eas deberi probandum eſſet: *leg. cauſam 20. ff. de manumiſſ. leg. ſi rogatus 20. ff. de manumiſſ. vindict.* quam probationem etiam defuncto minore fieri nihil vetat, vt libertas, quæ aliũde fuit debita, conſeruetur; & aliud eſt, libertatem ex fideicommiſſo debitam dare, quod etiam directò fieri poteſt; aliud verò, libertatem per fideicommiſſum relinquere, vt loquitur *d. l. minor.*] ſed quos directò ipſe & inter viuos manumittere cauſa probata poſſet; ne alioquin eueniat, quod fuerit multò abſurdius, vt nec eos teſtamento manumittere minor poſſit, quos per legem Æliã Sentiam inter viuos manumittere liceret.

Cur non poſſit minor directam libertatem teſtamento dare, quam inter viuos dare poſſet.

Ex qua tamen ratione, ſi recta eſt, poſſit quis non abs re mirari, quidni directam quoque libertatem teſtamento dare minori liceat, eo ſaltem caſu quo inter viuos dare poſſet, id eſt ſubſiſtente iuſta cauſa manumiſſionis. Sed dicendum eſt, elegantem id habere rationem. Hanc nimirum, quòd directæ libertates valent duntaxat eatenus, quatenus legis duodecim tabularum poteſtate confirmantur, ex qua parte eadem lex confirmat ſupremam defuncti ciuis Romani voluntatem, vt ſæpiùs monuimus ex Vlp. *in Fragment. tit. 1. de libert. l. teſtamento 23. ff. de manum. teſtam. l. verbis legis 110. de verb. ſign.* Lex autem confirmat eas libertates, non quidem ex die mortis vt teſtamentum, ſed ex quo agnita eſt hæreditas manumiſſoris: *d. l. teſtamento, l. vnic. §. libertatib. C. de cadac. tollend.* Itaque ex eo inſtanti dicitur competere libertas, quæ tamen vbi ſemel competiit, retractari & reuocari nunquam poteſt, nec ſi eius concedendæ iuſta cauſa ex poſtfacto nulla vel allegetur, vel probetur. Proinde ne id eueniat vt contra legem Aeliam Sentiam libertas aliquando reperiatur data ab eo, qui dandæ ipſius cauſam iuſtam nullam habuit, neceſſe eſt priùs probari cauſam iuſtam manumittendi, quàm illud admitti, vt directa libertas competere poſſit ex teſtamento: Et conſequenter dationem ipſam libertatis directæ per legem Æliam Sentiam impediri, ne per legem duodecim Tabularum confirmari quandoque poſſit.

Fideicommiſſaria libertas ſuſpendi poteſt, non directa.

Quod tamen de fideicommiſſariis libertatibus non ſimiliter tractari poteſt: quæ ſcilicet cùm non confirmentur per legem duodecim tabularum, ſed pendeant ex facto hæredis, facilè ſuſpendi & differri poſſunt in id vſque tempus, quo manumiſſionis cauſa probata ſit, licèt poſt mortem minoris, vt ea

cauſa

cauſa probata poſſit fideicommiſſaria libertas præſtari, quam directò dare teſtator potuiſſet; ſi legis, aut duodecim tabularum, aut Æliæ Sentiæ poteſtatem vel tantiſper in ſuſpenſo manere poſſibile eſſet. Igitur verba illa, *niſi his quorum cauſam probare poteſt*, hunc omnino ſenſum habent, vt eos ſolos teſtamento per fideicommiſſum manumittere poſſit, quos directò inter viuos manumittere poſſet, vt intelligamus vtroque caſu iuſtam manumiſſionis cauſam probandam eſſe, vtroque quidem caſu à minore ipſo, ſiue inter viuos, ſiue in vltima voluntate allegandam, ſed tamen priore caſu, probandam à viuo minore; poſteriore verò, à minoris hærede & à ſeruo ipſo, vt non contra legem Æliam Sentiam libertas fideicommiſſaria data videatur.

PRINCIPIVM IX.

De ſequenda ſententia media.

MEdia ſententia ſequenda eſt, quoties in neutram partem extremorum propendere poſſumus, quin aliquod abſurdum incurramus. Sic enim Iuſtinianus à ſe factum teſtatur in abroganda lege Ælia Sentia, ex ea parte qua prohibebat ne minor annis viginti, libertatem directam teſtamento dare poſſet, at ne quidem fideicommiſſariam, niſi cuius cauſa probari poſſet, vt *proximo Principio* diximus & explicauimus. Nam cùm abſurdum videretur non eſſe liberam manumittendi poteſtatem ei, cuius in cæteris rebus omnibus liberum eſt quomodo velit diſponendi arbitrium; nec tamen minus abſurdum eſſet, vt libertas res inæſtimabilis tam facilè ac ſine cauſa dari poſſet ab eo, qui non ſatis firmo per ætatem iudicio præditus eſſe crederetur, mediam viam elegit Iuſtinianus, vt in dandis à minore teſtamentariis libertatibus, neque id tempus ſpectetur quo teſtamentum facere poteſt, neque viceſimus annus expectetur, ſed decimumſeptimum impletum eſſe ſufficiat, qui medius eſt inter decimumquartum & viceſimum. Huiúſque principij ratio etiam ex moralis philoſophiæ præceptis peti poteſt. Solent enim extrema virtutum omnium vitioſa eſſe, virtutes autem omnes in medio, & vt loquuntur, in mediocritate conſiſtere. Etſi autem in quæſtionibus iuris non perinde ſemper euenit, vt vitioſa ſit ea ſententia, quæ media non eſt, cùm tamen id euenit, & eo demum caſu, non alio vllo, dicimus mediam ſententiam eſſe ſequendam. Id enim ferè eſt quod habet regula iuris, Quoties nihil ſine captione inueſtigari poteſt, eligendum eſſe id quod minimum habeat iniquitatis: *l. quoties nihil* 200. *De reg. iur.* Vnde & inter Iureconſultos illos veteres, quos diuerſæ ſectæ fuiſſe legimus, quoſdam ſcilicet Proculianos, alios Sabinianos in pleriſque iuris partibus inuicem diſſidentes, fuerunt etiam qui vt aliis prudentiores & æquiores viderentur, in controuerſiis illis dirimendis medias ſententias inducerent, ob eámque cauſam, *Erciſcundi* appellarentur, vt in ſpecie *l. adeò 7. §. cùm quis ex aliena, D. de acquir. rer. domin. l. vlt. D. de iur. fiſc.* Fuit autem hoc Iuſtiniano potiſſimùm, id eſt Triboniano familiare, vt mediam ſententiam ſequeretur; tùm etiam cùm ratio iuris parum id ſuaderet, vt in caſu *l. filio 7. D. vt legat. nomin. caueatur*, cuius
Iureconſulti Erciſcundi.
verba illa vltima, *ſed melius eſt per mediocritatem cauſam dirimere, vt cautioni tantùm cum hypotheca rerum ſuarum committantur.* Triboniani eſſe, non Pauli, docuimus & probauimus *in libris Coniect.* Eodem referri poteſt Iuſtiniani conſtitutio quæ extat in *l. ſi quis argentum 35. §. 1. & 2. C. de donat.*

ILLATIO I.

De mediocri ſeruo dando ei, cui ſeruus in genere legatus eſt.

AD hoc Principium referri poſſe videtur, licèt minùs propriè, quod ſcriptum eſt in *l. legato 37. De legat.* 1. legato generaliter relicto, veluti hominis, id eſſe obſeruandum ne optimus petatur, vel peſſimus offeratur; quoniam ad hoc tenetur hæres, vt non peſſimum det: *l. ſi hæres 110. eod.* niſi cùm duo tantùm ſunt eiuſdem ſpeciei, quo caſu quia medium nihil eſt quod ſequi poſſimus, cogimur fauore hæredis dicere liberari eum, ſi offerat hominem, vel fundum, qui ex duobus minoris ſit æſtimationis: *l. cùm ſeruus 39.* aliàs *l. apud Iulianum, §. ſcio, eod. tit.*

ILLATIO II.

De temperamentis ad opiniones alioquin pugnantes conciliandas adhibendis.

ITem ad hoc Principium referri poſſunt omnes eæ Iuriſconſultorum, vel Interpretum ſententiæ, quæ pugnantes aliorum opiniones diſtinctionis alicuius æquitate ac temperamento conciliant; quæ ſicut mediæ ſunt, ita vtplurimum, quamquam non ſemper, æquiores & probabiliores exiſtimantur. Nam cum omnis definitio, id eſt propoſitio, concluſio, & regula iuris periculoſa ſit, quia vix fieri queat vt non aliquo ſaltem caſu ſubuertatur, quemadmodum ex Iauoleno ſcriptum eſt in *l. omnis definitio 202. De regul. iur.* conſequens eſt, vt boni Iureconſulti prudentia & iudicium in eo maximè debeat elucere, vt pro caſuum varietate, propriiſque circunſtantiis aliter atque aliter diſtinguat, nec ſemper ea ſequatur, quæ vulgatibus iuris regulis conuenientiora videantur; in quo ſicuti præcipuo quodam iure mirus fuit Papinianus, ita in caſibus illis inueſtigandis & decidendis, qui vulgares regulas ratione aliqua recondita admittere non poſſent, præcipuam operam ſuam & induſtriam collocandam exiſtimauit, vt nos iam monuimus alio loco. *L. omnis definitio 202. de reg. iur.*

CONFVTATIO I.

De iudicio ruſticorum.

AButuntur verò perniciosiſſimè hoc Principio plerique ſiue iudices, ſiue arbitri; qui mera iuris ignoratione dubij & pendentes animi, an pro actore habeant pronunciandum, an pro reo, diuidunt petitionem; & ei qui vel nullo prorſus, vel certo

Vulgare verbum. Nec tibi nec mihi, ſed diuidatur.

to & optimo iure centum petat, adiudicant quinquaginta. Id enim ruſticorum verè iudicium eſt, vt Accurſ. noſter loquitur non virorum prudentum. Et vulgaris illa, multorúmque ſermonibus trita vox, *Nec tibi, nec mihi, ſed diuidatur*, vix aliorum vnquam eſt quam eorum, qui ſe nihil omnino iuris habere intelligant.

TITVLVS SEPTIMVS.

De leg. Fuſia Canin. tollend.

PRINCIPIVM I.

De prohibendis per legem ſtrictiùs iis, quæ contra legis voluntatem poſſent fieri faciliùs.

QVo faciliùs quid fieri poteſt, quod lex fieri nolit ſine cauſa iuſta, eo diſtrictius lex id prohibet ne fiat. Cùm enim vnus ille ſit ex legis effectibus, vt prohibeat ne fiat id, quod ſi factum eſſet, reſcindi legis, vel Magiſtratus beneficio deberet, non poſſit Legiſlator prudentiùs facere, quàm ſi id priùs ſtrictiúſque prohibeat, quod ſi prohibitum non eſſet, faciliùs factum iri videretur. Eſt autem multò melius & cautius intacta hominum iura ſeruari, quàm poſt vulneratam cauſam remedia quæri: *l. 2. l. vlt. C. in quib. cauſ. reſtit. in integr. neceſſ. non eſt*, iunct. *l. non dubium 5. C. de legib. l. legis virtus 6. eod.*

ILLATIO I.

De lege Fuſia Caninia.

Ratio legis Fuſiæ Caniniæ.

EX hoc Principio illud fiebat, quòd lex Fuſia Caninia induxerat, vt teſtatoribus omnibus, etiam qui maiores eſſent annis viginti, adeóque vigintiquinque, non liceret quod vellent ex ſeruis ſuis teſtamento manumittere, ſed ad certum vſque modum, in eam rem ea ipſa lege conſtitutum, vt *in hoc tit.* refert Iuſtinianus poſt Vlpianum & Caium *in Inſtitut.* cùm tamen inter viuos, liceret cuilibet patrifamilias totam familiam ſuam libertate donare, dum ne lex Ælia Sentia eſſet impedimento, id eſt dum ne manumiſſor viginti annis minor eſſe proponeretur. Nimirùm quia longè faciliùs erat id euenire, vt paterfamilias teſtamento familiam ſuam totam manumitteret, etiam ſine cauſa, quàm vt inter viuos, ſiue quòd vel auariſſimus quiſque, tunc ſaltem cùm moritur, procliuior ſit ad liberalitatem exercendam, cuius effectus in tempus ſecutæ mortis conferatur, tanquam qui deſinat vereri futurum, vt eo tempore laborare poſſit egeſtate; quíque prætereà de alienis magis, quam de propriis bonis diſponere ſibi videatur; ſiue quia quod dici ſolet, plerumque homines, etiam ſagaciores, de facultatibus ſuis amplius ſperare quàm in iis reuera ſit: *l. in fraudem 10. D. qui & à quib. manumiſſ.* etſi ad eos quoque non rarò pertinet, qui de rebus ſuis inter viuos diſponunt, multò tamen veriùs & ſæpius iis conuenit qui teſtantur; præſertim ſi, quod plerumque fit, teſtentur ipſo ferè ſi non articulo, certè procinctu mortis; quo tempore vix eſt vt vel otij, vel ingenij & iudicij tantum habeant, quanto opus eſſet ad patrimonij vires bene exactéque explorandas. Itaque viſum eſt, coarctandas certo numero teſtamentarias manumiſſiones, non etiam illas, quæ fierent inter viuos; cùm multò difficiliùs ſit, vt tot ſeruos manumittere quis velit ſine cauſa, quibus ſciat egere ſe poſſe ad patrimonium augendum, tuendámque fortaſſis ampliſſimæ familiæ ſuæ dignitatem. Hoc tamen Iuſtinianus etiam correxit, fauore ſcilicet libertatis, legémque Fuſiam Caniniam penitus ſublatam voluit, inhumanum exiſtimans, vt ipſe loquitur, Viuos quidem licentiam habere totam ſuam familiam libertate donare, morientes verò idipſum facere prohiberi.

ILLATIO II.

De prohibita fundi dotalis oppigneratione, etiam conſentiente muliere.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt lex Iulia de fundo dotali prohibeat oppignerationem fundi dotalis, etiam conſentiente muliere; alienationem verò eadem conſentiente permittat: *§. 1. infr. quib. alien. lic. vel non: l. vnic. §. & cùm lex Iulia, C. de rei vxor. act.* Erat enim verendum ne faciliùs conſentiret mulier oppignerationi, quàm alienationi rerum dotalium; propterea quòd oppigneratio longè minoris præiudicij ſit, ideóque fuit tantò ſtrictiùs id prohibendum.

§. 1. Quib. alien. licet vel non. L. vnic. §. & cùm lex Iulia, C. de rei vxor. act.

ILLATIO III.

De data patri poteſtate occidenda filia adultera, non marito.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt lex Iulia de adulteriis, patri dederit ius occidendi filiam, domi ſuæ, aut in domo generi deprehenſam in adulterio, & cum filia adulterum quemlibet; marito autem non niſi adulterum, nec eum quemlibet, ſed tantummodo eùm qui fuerit eius conditionis, quæ legis Iuliæ verbis notata eſt: *l. patri 20. l. marito 24. D. ad leg. Iul. de adult. l. 4. C. eod.* Nempe quia plerumque pietas paterni nominis conſilium pro liberis capit, at mariti facilè decernentis & ſæuientis calor ac impetus fuit refrænandus, vt eleganter Papin. ait *in l. nec in ea 22. in fin. D. eod.*

TITVLVS

TITVLVS OCTAVVS.

De his qui ſui vel alieni iuris ſunt.

PRINCIPIVM I.

Perſonarum aliæ ſui iuris ſunt, aliæ alieni.

ALIA de iure perſonarum diuiſio illa eſt, quod quædam perſonæ ſui iuris ſunt, quædam alieni, vt Iuſtinianus *in hoc tit.* ſcribit poſt Caiũ *in l.1. D. eod.* Sui iuris eſſe dicuntur, quæ in ſua ſunt poteſtate; Alieni, eæ quæ in aliena. Itaque *ius* hic pro poteſtate vſurpamus, quomodo & apud Iureconſultos noſtros, & apud probos quoſque latinitatis Authores, ſuo iure facere dicitur, quiſquis facit id quod facere poteſt: *l.1. C.de pact. pignor. & alibi paſſ.* Sui iuris ſunt perſonæ liberæ, ſed eæ tamen non omnes, at patresfamilias duntaxat. Alieni iuris ſunt omnes ſerui & ex liberis quoque ij qui in parentum poteſtate ſunt, quos *filiosfam.* appellamus. Eſt autem diuiſio hæc perfecta, quoniam conſtat ex duabus partibus non tam contrariis, quàm contradictoriis; ac ſi diceremus, Omnes perſonas aut ſui iuris eſſe, aut non ſui. Quid enim aliud eſt dicere *alieni*, quàm *non ſui?* Quiſquis autem ſui iuris non eſt, is vt non ſui iuris ſit neceſſe eſt, & alieni. Sic in *l. nec manifeſtum* 8. *D. de furt.* Cùm igitur alieni iuris eſſe dicantur; qui in aliena ſunt poteſtate, duplex verò tantùm ſit poteſtas, Vna dominorum, quæ & Dominica; patrum alia, quæ Patria appellatur; conſequens eſt, vt non alij ad hanc diuiſionis partem pertineant, quàm qui vel filijfamilias ſunt, vel ſerui; hoc eſt qui in poteſtate ſunt, vel parentum, vel dominorum. Eſt quidem alia quodammodo tertia ſpecies poteſtatis, tutorum ſcilicet in pupillos, cùm pupillus qui ſine patre eſt, non magis filiusfamilias dici poſſit, quàm ſeruus. Sed tamen poteſt hæc quoque ſpecies poteſtatis ſub patriæ contineri, cùm ſit illa participatio quædam patriæ poteſtatis, vt dicemus *ad tit. De tutelis.*

Diuiſio perfecta quæ conſtat ex membris contradictoriis.

Poteſtas aut dominica, aut patria, ſub qua & tutoria continetur.

PRINCIPIVM II.

De argumento ab enumeratione partium omnium perfectæ diuiſionis.

CVm perfecta & abſoluta diuiſio eſt, conſtans ex omnibus ſuis partibus, valet argumentum à partium enumeratione, vt quod ad vnam diuiſionis partem non pertinet, vel ad alias omnimodo pertineat, vel ad genus illud de cuius diuiſione agitur pertinere nullo modo poſſit. Nam cùm ſpecies quælibet ſit ſub ſuo genere, & genus quodlibet hoc proprium habeat, vt ſuis omnibus ſpeciebus inſit communicet, & de iis prædicetur, vt Logici loquuntur; fieri certè nequit, vt quod nulli ex ſpeciebus conuenit, conueniat generi, aut vt quæ res in neutram ſpeciem cadit, ſub ſpecierum genere comprehendatur: nimirum quoties perfecta & abſoluta diuiſio eſt, vt Principium noſtrum habet; alioqui eſſet captioſum argumentum, tanquam quod ex non ſufficienti partium enumeratione deduceretur. Solent noſtri hoc Principium probare ex *§. actionum, infr. De action.* vbi enumerantur actiones omnes quæ ſunt bonæ fidei. Ex quo inferunt illi, nec malè, cæteras omnes quæ ibi enumeratæ non ſunt, vel ſtrictas eſſe, vel arbitrarias. Sed meliùs & apertiùs idem probatur ex Caio in *l. 1. ff. hoc tit.* ex qua hic Iuſtiniani locus ſumptus eſt. Videamus, inquit, de his perſonis quæ alieno iuri ſubiectæ ſunt. Nam ſi cognouerimus quænam iſtæ perſonæ ſint, ſimul intelligemus, quænam ſui iuris ſint: Omnes illæ ſcilicet, quæ non ſunt alieni: ſiquidem diuiſio iſta de iure perſonarum, vt aliæ ſint ſui iuris, aliæ alieni, perfecta eſt & abſoluta; quemadmodum *ſuperiore Principio* probauimus.

Valet argumentum à partiũ enumeratione, cùm diuiſio perfecta eſt & abſoluta.

l. 1. ff. hoc tit.

PRINCIPIVM. III.

De poteſtate dominorum in ſeruos ex iure gentium.

SErui ex conſtitutione iuris gentium ſunt in poteſtate dominorum, id eſt in eorum dominio: *l. 1. ff. hoc tit.* Nam cum de ſeruis agimus, poteſtatis appellatione dominium ſignificamus: *l. poteſtatis* 215. *De verb. ſignif.* Pendet autem hoc Principium ex eo quod diximus ad *ti. De iur. nat. gent. ex ciuil.* ex iure gentium introductas fuiſſe captiuitates & ſeruitutes, poſtquàm ex eodem iure dominiorum diſtinctio introducta fuit, & conſequenter bella: *l. ex hoc iure* 5. *De iuſt. & iur.* Quid enim aliud eſt iure gentium introductas eſſe captiuitates & ſeruitutes, quàm inductum fuiſſe vt qui ſeruus alterius fieret, hoc ipſo naturalem amitteret libertatem? Quomodo autem fieri poſſet, vt naturalem illam libertatem quiſquam amitteret, niſi qui in alterius dominium tranſiret?

ILLATIO I.

De poteſtate vitæ & necis in ſeruos.

EX hoc Principio illud primum fit, vt primis illis temporibus & ad ætatem vſque poſteriorum Imperatorum, libera fuerit apud omnes gentes dominorum in ſeruos vitæ neciſque poteſtas: *d. l. 1. hoc ti.* Cùm.n. ſuæ quiſque rei moderator ſit & arbiter, *vulg. l. in re mandata* 21. *C. mandat.*

d. l. 1 ff hoc tit.

mandat. & ſeruus ſit in domini poteſtate ac dominio, conſequens eſt vt non minùs liceat domino ſeruum ſuum pro arbitrio, quàm quadrupedem occidere. Nam & hac de cauſa ſerui quadrupedibus comparantur in *l. 2. ff. ad leg. Aquil.* Dices, eandem olim fuiſſe patrum quoque in filiosfamilias poteſtatem: *l. in ſuis 11. in fi. De liber. & poſthu. l. vlt. C. de patr. poteſt.* & tamen non fuiſſe filiosfamilias in dominio patrum, *d. l. poteſtatis 215. De verb. ſign.* Reſpondeo, eandem fuiſſe hac parte dominorum & parentum in ſeruos & filiosfamilias poteſtatem, ſed non eodem iure, neque ex eadem ratione. Nam quod ad dominos, nihil fuit quod tantam iis in ſeruos poteſtatem dare potuerit, niſi quod ſeruos in dominio ſuo, perinde ac aliam rem quamlibet viliſſimam haberent. Quod ad patres verò, fuit ius patriæ poteſtatis, cuius tanta vis & autoritas eſſe debere viſa eſt, vt nec prohiberentur patres vitam adimere iis, quib. dediſſent. Vnde illud etiam erat, quod non poterant adimere libertatem: *d. l. vlt. C. de pat. poteſt.* quippe quam non tam à patre filiusfamilias haberet, quàm à natura. Emancipatus verò, etſi non minùs quàm in poteſtate retentis vitam à patre datam fuiſſe verum erat, vitam tamen adimere patres non poterant, quia ſublato per emancipationem iure patriæ poteſtatis, emancipati hac parte ne pro liberis quidem habebantur, ſed potiùs pro extraneis; vt dicemus ad *tit. ſeq. De patr. poteſt.*

l. vlt. Cod. de pat. poteſt.

ILLATIO II.

De acquiſitione quæ fit dominis per ſeruos.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt quicquid ſeruus acquirit, domino acquirat, non ſolùm ignoranti, ſed etiam inuito: *l. etiam inuitis 32. ff. de acquir. rer. domin. l. ſeruus vetante 62. de verb. obligat.* Nam qui in alterius non ſolùm poteſtate, ſed etiam dominio eſt, nihil ſuum & proprium habere poteſt, vt Iuſtin. ſcribit in *§. item vobis 3. Inſtit. per quas perſon. nob. ac.* Nec eſt contrarium, quod ſeruus poteſt habere peculium, tanquam proprium patrimonium, *l. hinc quæritur 19. §. 1. l. quoties 47. §. vl.* & paſſim, *ff. de pecu.* Habet enim quia dominus vult, & quamdiu dominus vult, cùm ad domini nutum adimi poſſit: *l. peculium naſcitur 40. eod.* & tunc etiam cùm habet, magis tamen domini peculium eſt quàm ſerui; vt de filijſfamilias peculio, quod maiorem dubitationem habere videbatur, ſcriptum eſt in *l. 3. ſed verum, verſ. nec eo monemur. l. patri 27. ff. de minor.* Nam non poſſet dominus facere, etiamſi maximè vellet, vt ſeruo manenti ſeruo, ſiue peculium, ſiue aliud quidpiam iure dominij acquireretur, propter implicitam contradictionem quæ ſubeſſet, ſi quid ſuum habere poſſet, qui ſuus ipſe non eſſet: *d. §. item vobis*, vbi de hoc latiùs dicemus.

§ item vobis, Per quas perſon. nob. acq.

ILLATIO III.

De hæreditate per ſeruum acquirenda domino ſed volenti tantùm.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt quoties id quod acquiritur tale eſt, quod aliqua ratione obliget acquirentem, cuiuſmodi eſt hæreditas, non poſſit acquiri per ſeruum, niſi volenti domino & iubenti: *l. qui in aliena 6. l. ſi quis mihi 25. §. iuſſum, ff. de acquir. hæred.* quia cum dominorum gratia ius illud inductum ſit, vt in dominio habeant ſeruos, ſicut & patrum, vt habeant filiosfamilias in patria poteſtate; non debet ea res fraudi eſſe domino, patrive; quod tamen eueniret ſi ille per ſeruum, hic per filium, aut ignorans, aut inuitus obligaretur. Eſt enim generale & perpetuum, vt melior noſtra conditio fieri per alium poſſit, deterior nunquam poſſit: *l. ſoluendo 39. ff. de negot. geſt. l. melior 133. de reg. iur.*

ILLATIO IV.

De noxali actione contra dominum ex delicto ſerui danda.

QVartò ex eodem Principio fit, vt ſi ſeruus deliquerit domino ignorante nulla in dominum ex ea cauſa niſi noxalis actio detur, per quam dominus aut ſeruum ipſum noxæ dedere; aut ſi non dedat, litis æſtimationem, id eſt quanti ea res eſt, quæ in iudicium deducta fuit, inferre compellatur: *l. 1. & tot. tit. De noxal. act. l. miles 6. §. decem, ff. de re indic.* Non quòd ipſo iure, id eſt ex iuris communis ratione dominus in ſolidum non teneatur, quia cùm nulla poſſit actio dari contra ſeruum, *l. cum ſeruo 107. de regul. iur.* alterutrum euenire omnino neceſſe eſt, vel vt impunitum ſit delictum ſerui, vel vt dominus eo nomine conueniri poſſit, ſaltem vſque ad litis æſtimationem præſtandam: ſed quia facultatem noxæ dedendæ accipit dominus ex lege, vt ait Vlp. in *d. §. decem.* idque optima æquitatis ratione, quoniam iniquum ſanè erat, nequitiam ſeruorum vltra ipſorum corpora dominis ſuis damnoſam eſſe, vt Iuſtin. ratiocinatur in *§. ſumma autem 2. tit. De noxal. act.* poſt eundem Vlp. in *l. 2. in prin. ff. eod.*

l. 1. de noxal. act. l. miles 6 § decē, ff. de re indic.

ILLATIO V.

De ſeruo excuſando in delictis iubente domino admiſſis.

QVintò ex eodem Principio fit, vt plerumque ignoſcatur ſeruo, ſi deliquerit domino iubente, in iis ſcilicet quæ facinoris atrocitatem non habent: *l. qui in puteum 11. §. an ignoſcitur, ff. quod vi aut clam. l. ſeruus 20. ff. de oblig. & act.* Quænam enim culpa eius eſt, qui parère habuit neceſſe: *l. liberorum 11. §. vlt. cum l. ſeq. de his qui not. infam. l. is damnum dat 169. de reg. iur. l. liber homo 37. ff. ad leg. Aquil.* quique periturus fuit ſi non paruiſſet, vt ait *l. 2. §. 1. ff. de noxal. act.*

CONFVTATIO I.

Seruos acquiſitionis incapaces eſſe ex iure gentium.

COntra hoc Principium peccant qui ſcribunt, eſſe ex iure ciuili vt ſerui ſint acquiſitionis incapaces, & vt per eos dominis acquiratur. Non enim ex iure ciuili, ſed ex iure gentium id proficiſcitur, vt diximus & explicauimus,

nus, Cùm iure ciuili vſque adeò incogniti ſint ſerui, & pro nullis habiti : *l. quod attinet 32. De reg. iur.* vt in iis etiam quæ pro ſeruis fauorabillier conſtituta tandem fuerint, maiorem dominorum quam ſeruorum rationem à Legiſlatore haberi fuerit neceſſe, vt ex iis quæ mox dicemus intelligetur. Alia ratio eſt eius quod dicimus filiosfamilias eſſe in patrum poteſtate, nec minùs per filios patribus acquiri ex quacunque cauſa , quàm dominis per ſeruos : Idem enim cùm non alio iure fiat quàm patriæ poteſtatis, neceſſariò iuri ciuili acceptum ferendum eſt , ex quo & patria poteſtas deſcendit , vt dicemus ad *tit. ſeq.*

PRINCIPIVM IV.

De domino abutente rebus ſuis.

EXpedit, intereſtque Reipublicæ , ne quis re ſua malè vtatur , vt Iuſt. *in hoc tit.* ſcribit : vbi ad hoc Principium refert quod ab Imp. Antonino conſtitutum eſt , vt qui ſine cauſa ſeruum ſuum occideret , non minùs puniri iubebatur, quàm ſi alienum occidiſſet , id eſt vt pretium cogatur inferre non domino , qui alius nullus eſt, ſed fiſco ; propterea quod Reipublicæ iniuria facta ſit (neque enim lege Cornelia *de ſicariis* teneri poteſt qui ſeruum occidit , ſiue proprium , ſiue alienum , quomodo ſi liberum occidiſſet :) Vtque ſi intolerabilis videatur ſæuitia dominorum, cogantur illi ſeruos vendere bonis conditionibus , & quidem ita vt ſeruus venditus in priſtini domini ſui poteſtatem nunquam reuertatur. Cuius etiam conſtitutionis meminit Vlp. in *l. 2. ff. hoc tit.* ex qua hic inſtitutionum locus ſumptus eſt. Vbi etiam addit Vlpianus , Imperatorem Hadrianum , Vmbriciam quandam matronam in quinquennium relegaſſe, quòd ex leuiſſimis cauſis ancilla ſua peſſimè ac atrociſſimè tractaſſet. Itaque non eſt quod quis obiiciat nullam ſeruo Iniuriam fieri poſſe , ne quidem alieno , *§. ſeruis autem ipſis, Inſtit. De iniur.* proprio autem multò minus. Nam quod nimia dominorum in ſeruos atrocitas hodie punitur , vetere illo vitæ necíſque arbitrio antiquato, non fit propter ſeruos, & tanquam ad vindicandam iniuriam quæ ipſis inferatur ſed fauore Reipublicæ , cuius intereſt ne quis re ſua malè vtatur. Non quia ſeruorum ſalus curæ ſit , aut eſſe debeat Reipub. in qua ſcilicet ne quidem caput habere ſeruus intelligitur: *l. 3. in fin.& l. 4. ff. de capit. minut.* ſed quia non magis permittendum ſit ciui Romano , vt ſeruo ſuo quàm vt alia qualibet re vel viliſſima abutatur. Item quoniam ad ſalutem quoque & vtilitatem dominorum id pertinet, vt paulò poſt dicemus. Huius verò Principij ratio illa eſt, quod ſalus & vtilitas publica , quæ bono Legiſlatori cuilibet ſuprema lex ſemper eſt, & eſſe debet, ex ſingulorum commodis & vtilitatibus conſtituatur. Inde namque fit vt periclitari eam, præcipitémque ruere omnino neceſſe eſſet, ſi ſingulis re ſua abuti permitteretur. Quod enim vnus faceret , cur alij quoque facere non poſſent ? & quod vni aut alteri liceret , quidni omnibus quoque licere deberet ? Ita omnibus tandem, aut ſaltem permultis patrimonio ſuo abutentibus, Reſpublica paulatim maximam in ege-

l. 1. de [illegible] ff. de [illegible]

l. 2. ff. hoc tit.

Seruus non habet caput in republica.

Salus populi ſuprema lex eſt.

ſtatem dilaberetur, & ſi non viris , ſaltem viribus , quæ ex patrimonij cuiuſque amplitudine æſtimandæ ſunt , deſtitueretur.

ILLATIO I.

De Antonini conſtitutione contra dominorum ſæuitiam lata.

EX hoc Principio illud primum fit, quod Antonini conſtitutione inductum diximus , ad nimiam illam nimiſque ſæuientem dominorum in ſeruos ſuos poteſtatē moderandam. Neque enim dubitandum eſt, quin ea poteſtate domini paſſim abuterentur , vt naturaliter euenire ſolet in iis, quorum liberum arbitrium habet, qui ſibi neſciat imperare. Quid namque difficilius , quàm vt velit quantum poſſit is , qui poſſit quantum velit ? Eximia in eam rem magnitudine opus eſt. Nam vt Plinius *in Panegyrico ad Traianum* dicebat , *Sicut ſumma felicitatis eſt, poſſe quantùm velis; ita magnitudinis, velle quantùm poſſis.*

ILLATIO II.

De pœnis conſtitutis aduerſus abutentes rebus ſuis.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt pleræque olim leges latæ fuerint , pœnæque conſtitutæ aduerſus eos, qui rebus ſuis abuterentur, ſiue fundos ſuos minùs diligenter colerent, ſiue alias res ſuas incurioſiùs adminiſtrarent , vt Aulus Gellius teſtatur.

ILLATIO III.

Non eſſe malitiis indulgendum.

TErtiò ex eodem Principio fit , quod generaliter ſcriptum eſt in *l. in fundo 38. ff. de rei vind.* malitiis non eſſe indulgendum , ſiue in ſuam , ſiue in alterius perniciem velit qui abuti aut re ſua , aut ſuo iure , quod in aliena re habeat. Facit *l. ſi cui ſimpliciùs 9. ff. de ſeruit.*

Hoc tamen paulò latiùs & ſimpliciùs eſt accipiendum. Alioqui puniendum: eſſet, qui patrimonij ſui reditus malè conſumpſiſſet , aut qui ex patrimonio ſuo aliquid donaſſet , cùm donare ſit perdere : *l. filiusfamilias 7. ff. de don.* quod tamen non ita eſt : *ſed etſi lege 25. §. conſuluit , D. de petit. hæred.* in illis verbis , *dum re ſua ſe abuti putat. l. donari 29. ff. de donat.*

Donare perdere eſt.

ILLATIO IV.

De interdicenda prodigo bonorum ſuorum adminiſtratione.

QVartò ex eodem Principio fit , vt prodigis, id eſt qui neque modum , neque finem expenſarum habent , interdicatur bonorum ſuorum adminiſtratione per legem duodecim tabularum , & conſequenter curatorem iis dari oporteat : *l. 1. ff. de curat. furioſ. l. is cui bonis 6.*

O ff. de

ff. de verb. obligat. ſicut & minoribus vigintiquinque annis, qui propter ætatis & conſilij imbecillitatem rebus ſuis bene prudentérque adminiſtrandis ſufficere non poſſunt: *l. 1. ff. de minor.* facit *l. ſi quis 12 §. fin. de tutor. dat.*

ILLATIO V.

Neminem abuti debere poteſtate ſibi conceſſa, ſiue ab homine, ſiue à lege.

QVintò ex eodem Princ. fit, vt ea poteſtate quam quis ſiue à iure, ſiue ab homine habet, abuti non debeat; quoniam qui poteſtate ſibi in rebus alienis, aut potius in res alienas data abutitur, is, & alienare & ſua abutitur. Eſt enim cuiuſque poteſtas, proprium quid eius, cuius poteſtas eſt. Hinc dicimus filiumfamilias, cui peculij adminiſtratio quantumuis libera generaliter permiſſa eſt, donare tamen non poſſe: quia cùm donare ſit perdere, non poteſt fieri vt donet, quin data ſibi poteſtate abutatur: *d. l. filiusfamilias 7. ff. de donat.* vbi hanc ipſam ob cauſam addit Vlp. aliud eſſe, ſi iuſtam donandi cauſam habuerit; quia iam non abutitur, qui facit ex iuſta cauſa. Idémque probandum, ſi eius dignitatis ſit filius, vt non debuerit vereri pater, concedens ei liberam peculij adminiſtrationem, ne quandoque malè donando, ea poteſtate & adminiſtratione abuteretur. Hinc etiam eſt, quod mandato generali placet, non contineri tranſactionem interpoſitam decidendi cauſa: *l. mandato 60. ff. de procurat.* quia cùm tranſactio fieri non poſſit, niſi aliquo dato, vel remiſſo, ad redimendum litis ſiue præſentis, ſiue futuræ dubium euentum, *l. 1. ff. de tranſact. l. tranſactio 38. C. eo.* Videtur abuti poteſtate ſibi conceſſa procurator, qui ex bonis alienis dat aliquid, aut remittit, domino ignorante. Vt proinde nil neceſſe ſit cum Iacobo Cuiacio emédare textum *d. l. mandato*; & pro *decidendi*, reponere *diminuendi*. Neque enim poteſt fieri tranſactio, quin aliqua in re diminuatur patrimonium eius, cuius nomine tranſigitur, ne tum quidem cùm per tranſactionem res, de qua tranſigitur, ad eum peruenit. Siquidem hoc ipſum non aliter fieri poteſt, quàm ſi ea cauſa, vt diximus, aliquid viciſſim detur, aut remittatur. Dices, non diminui, ſed augeri patrimonium eius, cui ex tranſactione acquiratur per procuratorem fundus dignus quingentis, licet procurator eo nomine dederit centum. Id verò negandum eſt, qui iam ante tranſactionem fundum in bonis habuiſſe intelligitur, qui actionem habuit ad eum perſequendum, tametſi ab alio fundus ille poſſideretur: *l. rem in bonis 52. de acquir. domin. l. id apud ſe 43. de verb. ſignific. l. is qui actionem 15. de regul. iur.* Eáque diſtinctio. An per tranſactionem fundus alienetur, aut retineatur; tunc tantùm habet locum, quando tractatur de fundo pupilli aut minoris, quoniam neque pupillis, neque minoribus, neque eorum tutoribus aut curatoribus prohibitum eſt tranſigere bona fide de dubia lite, niſi cùm per tráſactionem fundus alienatur: *l. non ſolùm 4. C. de præd. minor.* Aut cùm de euictione ex cauſa tranſactionis præſtanda diſputatur, quia non ſolet præſtari euictio eius rei, quam quis per tranſactionem remiſerit, & penes aduerſarium reliquerit, ſed illius tantùm quam alienauerit: *l. ſi pro fundo 33. C. de tranſact.* Hinc denique eſt, quod eleganter Iulianus ſcribit in *l. qui fundum 7. §. ſi tutor, ff. pro emptor.* Si tutor rem pupilli ſubripuerit & vendiderit, non poſſe vſucapionem contingere, priuſquàm redeat res in poteſtatem pupilli; *Quoniam*, inquit, *tutor in re pupilli tunc domini loco habetur, cùm tutelam adminiſtrat, non cùm pupillum ſpoliat.* Quò etiam pertinet quod ex Vlp. ſcriptum eſt in *l. 3. in princip. ff. de contr. tutel. & vtil. action.* Si tutor in pupillum plus impenderit quàm eſſet in facultatibus pupilli, ita demum permittendum ei eſſe, vt contrario iudicio id conſequatur, ſi expedierit pupillo ita tutelam adminiſtrari: ſed ſi non expedierit, abſolui pupillum oportere. *Neque enim*, inquit, *in hoc adminiſtrantur tutelæ, vt pupilli mergantur.* Et ſanè abutitur poteſtate ſua tutor, quoties adminiſtrationis ſuæ actes, & rationes omnes ad pupilli commodum & vtilitatem non refert. Ideóque id vnum incumbit officio iudicis, qui de contrario tutelæ iudicio cognoſcit, vt pupilli vtilitatem ſpectet, & an tutor ſumptus ex officio fecerit *d. l. 3.*

l. filiusfamilias 7. ff de donat.

l. non ſolùm 4. C. de præd. minor.

PRINCIPIVM V.

De auxilio ſeruis contra dominorum ſæuitiam dando.

NOn ſolùm Reipublicæ, ſed etiam dominorum intereſt, ne auxilium contra ſæuitiam vel famem, vel intolerabilem iniuriam denegetur ſeruis, qui iuſtè deprecantur. Verba ſunt reſcripti ab Imp. Antonino emiſſi ad Ælium Marcianum quæ Iuſtin. refert in *hoc tit.* poſt Vlp. *in d. l. 2. ff. eod.* Ratio huius Principij eſt, *l. 2. ff. h. tit.* quòd cùm ſerui naturaliter perinde homines ſint atque ſi eſſent liberi () eſt enim hominum diuiſio illa, vt ex iis quidam ſint liberi, quidam ſerui, quemadmodum, diximus ad *tit. De iur. perſon.*) & ita naturaliter comparatum ſit, vt illatam ſibi iniuriam vix patienter ferre quiſquam poſſit, præſertim qui de ea vel repellenda, vel vindicanda audeat cogitare, adeóque vel patientiſſimi cuiuſque læſa ſæpius patientia facillimè degeneret in furorem; nòn eſt dubitandum quin ſeruus à domino atrociter & impiè tractatus, ſiue nullam, ſiue leuiſſimam duntaxat offenſionis cauſam domino præbuerit, ſtatim aliquid in eius necem ac perniciem auſurus ſit, & de vindicta cogitaturus, ſi nullum ſibi in legibus, & magiſtratibus, relictum eſſe ſciat auxilium. Nihil enim eſt quod naturalem illam, nimiſque propenſam hominum, ad vltiones & vindictas facilitatem tantopere teneat, & remoretur, quantopere parata legum autoritas, & obuia ſpes vindictæ publicæ, cui priuatam cedere æquum ſanè eſt. Nam & inde fit quod habet iuris regula, vt ſingulis concedendum non ſit, quod per Magiſtratum publicè fieri poſſit & debeat, ne occaſio ſit maioris tumultus faciendi: *l. non eſt ſingulis 176. de regul. iur.* Et verò *l. non eſt ſingulis 176. de reg. iur.* ſicut vetus illud verbum eſt, ita & longo vſu comprobatum, *Quot ſerui, tot hoſtes*: nec vlla maior nequitia, quàm ſeruilis ingenij, vt Impp. loquuntur in *l. pen. C. de libert. & eor. liber §. ſumma autem, infr. De noxal. action.* *l. pen. C. de libert. & eor. liber.* Quæ etiam res cauſam dedit Senatuſconſulto Silaniano, de torquendis ſeruis omnibus qui fuerunt ſub eodem tecto, cùm occiſus dominus

minus

minus fuit. Quia nimirum quandiu neſcitur quis dominum occiderit, credibile eſt aut ab aliquo ex propriis ſeruis, aut iis ſaltem vel omnibus, vel maiori ex parte conſciis occiſum illum fuiſſe: *l. 1. & tot. tit. ff. de SC. Silan.* Hinc etiam celebertimum illud Senatuſconſultum apud Cornelium Tacitum, de quingentis ſeruis ad mortem damnatis, pro vnius Senatoris vnico ictu perfoſſi nece vindicanda. Dominorum igitur non parum intereſt, vt legum & magiſtratuum auxilia etiam ſeruis pateant, vt quandiu hoc ſibi remedium aduerſus dominorum iniurias & ſæuitias oblatum vident, de dominis ipſis occidendis non habeant cogitandum. Id verò dignum eſt obſeruatione, Imperatorem Antoninum, cum ſeruis aduerſus dominos prouidere voluit, ſic tamen egiſſe, vt nullam ſeruorum rationem habere velle videretur, ſed tantùm dominorum; propter eam rationem quam modò diximus, & Reipublicæ, cuius quippe intereſt, ne quis re ſua malè vtatur, vt *ſuperiore Principio* dicebamus. Ad fauorem ſeruorum nullomodo reſpexit, at ne quidem ad id quod homines ſunt (quanquam Papinianus de ſeruis exportandis tractans in *l. ſi venditor 6. §. 1. ill. ti. De ſeru. exp.* non minùs piè, quàm eleganter ſcripſit hominem beneficio affici intereſſe hominis) Nempe ne rationem iuris violare videretur, quæ ſeruos penitus pro nullis habet; Itemque iura dominorum, quorum poteſtatem in ſeruos illibatam eſſe oportere; nec cuiquam hominum ius ſuum detrahendum eſſe, reſcripti verba præfantur.

leg. 1. De SC. Silan.

Intereſſe militum quoque, ne contra ius & æquitatem faueatur paſſim militibus.

SImile eſt quod Traianus Imp. à militibus rogatus, vt voluntatem eius militis, qui in colloquio familiari dixerat commilitoni: *Ego te heredem facio*: iure teſtamenti militaris ex priuilegio valere pateretur; cùm neque id concedere vellet quod iniquum erat, neque militum ſuorum animos abalienare, reſcripſit Catilio Seuero, Nullorum magis intereſſe quàm ipſorum militum, quibus pro arbitrio teſtandi priuilegium datum eſt, id exemplum non admitti, ne alioqui facilè eueniat vt poſt eius militis mortem qui inteſtatus decedere voluerit, reperiantur teſtes qui affirment audiſſe ſe militem ſupradictis verbis teſtatum: *l. Diuus Traianus 24. ff. de teſt. milit.* Sic Impp. Dioclet. & Maxim. ad milites, qui volebant ſibi licere, venditiones à ſe ritè factas ex priuilegio militari reſcindere poſſent, reſcripſerunt, intereſſe militum quoque ratas eas manere, ne quando poſſent & ipſi eadem lege conueniri, quam ſibi tribui poſtulaſſent: *l. ratas 7. C. de reſcind. vendit.* Sic denique dicimus minorum annis vigintiquinque maximè intereſſe, vt non fiant irrita omnia, quæ cum iis geruntur; ne alioqui magno incommodo afficiantur eius ætatis homines, nemine cum iis contrahere volente: *l. quòd ſi minor 24. §. non ſemper ff. de minor.*

leg. Diuus Traianus 24. ff de teſt. milit.

TITVLVS NONVS.

De Patria Poteſtate.

PRINCIPIVM I.

De origine patriæ poteſtatis ex iure ciuili.

IVs patriæ in liberos poteſtatis, proprium eſt ciuium Romanorum, ac proinde iuris ciuilis eſt: vt Iuſt. ſcribit in §. *ius autem, hoc tit.* poſt Caium in *l. 3. De his qui ſunt ſui vel alien. iur.* Non quòd legibus duodecim tabularum, aut qua alia Romanorum lege inductum ſit, ſed quia moribus populi receptum eſt, vt Vlp. loquitur in *l. patre furioſo 8. in prin. eo tit.* ſicut & ſubſtitutio pupillaris 1. *De vulg. & pup. ſubſt.* & alia pleraque huiuſmodi, quæ licèt nullius legis autoritate inducta ſint: non eo minùs tamen iuris ciuilis eſſe dicuntur; quia ius ciuile partim conſtat ex ſcripto, partim ex non ſcripto, vt diximus ad *tit. De iur. nat. gent. & ciuil.* Cur autem moribus populi Romani ius hoc, ſiue inductum, ſiue receptum ſit, ſi quis quærat? Ratio illa afferri poteſt, quòd eius populi præter, & ſupra cæteros omnes, præcipuum ſtudium illud ſemper fuerit, vt familiarum amplitudini conſuleret ac dignitati, vtpote ex qua totius quoque Reipublicæ amplitudo & dignitas metienda ſit & æſtimanda. Idque apparere ex eo poteſt, quod quamuis lex 12. tab. à Græcis ſumpta, nullam inter maſculos & fœminas, quod ad cauſam ſucceſſionis, ſiue teſtamentariæ, ſiue legitimæ, differentiam induxiſſet; media tamen Iuriſprudentia, quæ floruit eo tempore, quo aucta iam Republica, nihil niſi de amplificanda ea cogitandum videbatur, maſculos fœminis prælatos voluit in ſucceſſione inteſtati, facto verò teſtamẽto difficiliùs exhæredari maſculos quàm fœminas: non alia ratione, quàm quòd per maſculos tãtùm, nõ etiam per fœminas familiarũ dignitas conſeruetur: *l. maximum vitiũ 4. C. de liber. præter. l. lege 14. C. de leg. her.* iunct. *l. 1. § ſed etſi ſeruus ff. de inſpic. vent.* in illis verbis, *vt ordinum dignitas familiarúmque ſalua ſit.* Nemo enim neſcit familiarum dignitatẽ, ex earum præſertim antiquitate, latiſſimáque propagatione æſtimari ſolere & debere; itémque ex ampliſſimis patrimonij facultatibus bene partis; quod niſi longo temporis tractu, productáque per multos deſcendentium gradus linea fieri nõ poteſt. Atqui per fœminas nihil penitus iſtorum omniũ poteſt contingere cùm fœmina quælibet familiæ ſuæ & caput, & finis ſit: *l pronunciatio 195. § vl. De ver. ſig.* Hoc ipsũ autẽ ideò, quòd vt ſubiicitur in *l. ſeq.* qui ex fœminis in iuſto & legitimo matrimonio naſcuntur, patris

Ratio inducendi iuris patriæ poteſtatis.

l maximum vitium 4. C. de liber. præter.

non matris conditionem ſequantur, quod & ſcriptum eſt in *l. cùm legitimæ 19. ff. de ſtat. ho.* Indéque nimirum eſt, quod ciuium Romanorum ſumma diuiſio illa ſemper fuit, vt vel paterfamilias eſſent, vel matresfam. vel filijfamilias aut filiæ familiarum: *l. nam ciuium 4. De his qui ſui vel alien. iur. ſunt.* facta ſemper, & in cuiuſlibet perſona mentione familiæ, vt appareret ciuem Romanum dici non poſſe, qui vel propriam familiam non haberet; vel ad familiam alienam non ſic pertineret, vt propriam quoque tandem habere poſſet. Propter quam cauſam ſeruos, licèt ad domini familiam pertinentes, nemo vnquam ex Prudentibus, *ſeruos familias* appellauit, quia ad alienam familiam ſic pertinent, vt propriam conſtituere ac paterfamilias fieri nunquam poſſint, quin potiùs ſerui eſſe deſinant: longéque alio ſenſu *familiæ* appellatione continentur in edicto illo Prætoris; de quo in *tit. Si famil. furt. feciſſ. dicet.* vt Vlpianus monet in *d. l. pronunciatio, §. ſeruitutium. De verb. ſignif. & in l. vlt. C. de verb. ſignific.* Nos enim *familiæ* appellatione hîc intelligimus plures perſonas, quæ ſint ſub vnius poteſtate, ſiue natura, ſiue iure ſubiectæ: *d. l. pronuntiatio, §. familia.* Natura, vt ſunt liberi cuiuſcunque ſexus ex legitimo matrimonio procreati, quos *filiosfamilias*, & *filiasfamilias* appellamus. Iure, vt liberi adoptiui, qui & perinde *filiifam.* dicuntur: itémque vxor, quæ in viri manum conuenit, vt olim fieri ſolebat, quam idcirco *matremfam.* appellamus. Eadem *familiæ* appellatione continentur, qui filiorum, & filiarumfamilias vicem ſequuntur, vt puta nepotes & neptes, & deinceps, id eſt pronepotes & proneptes, abnepotes & abneptes. Pater autem familias appellatur, non qui in ea domo & familia filium habet, ſed qui dominium, ita vt rectè hoc nomine appelletur, quamuis filium non habeat. Non enim ſolam eius perſonam, inquit Vlp. ſed & ius demonſtramus; ob idque & pupillum *patremfamilias* vocamus. Quando namque paterfamilias moritur, quotquot capita ei ſubiecta fuerant, ſingulas familias incipiunt habere, ſingulíque *patrumfamiliarum* nomen ſubeunt. Quotquot inquam capita ei ſubiecta fuerant, ſcilicet ciuium Romanorum, vt ſeruos, qui morte patrisfamilias non magis patresfamilias, quàm ciues Romani fieri poſſunt, excludamus. Ergo vt ad propoſitum redeamus, cùm id vnum præcipuo quodam ſtudio populus Romanus curaret, vt ſingulas ciuium ſuorum familias, quoad poſſet, & hominum & facultatum propagatione in futurum extenderet, neceſſe fuit aut certè quàm maximè conueniens, vt ad iuſtas nuptias contrahendas ciues Romani præmio aliquo propoſito inuitarentur, & è contrario orbis & cœlibibus pœnæ irrogarentur. Id enim ſolo nuptiarum beneficio aſſequimur, vt liberos iuſtos habere poſſumus, ex quorum prole diuturnitatis memoriam in æuum relinquamus, quemadmodum Calliſtratus ratiocinatur in *l. liberorum 220. §. vlt. De verb. ſign.* vbi addit, non niſi hoc animo & voto à piis parentibus & vxores duci & liberos procreari, vt quodammodo immortalitas humano generi artificiosè introducatur; quomodo loquitur Iuſtinian. *Nouell. 22. De nupt. in princip.* Inter cætera verò priuilegia nuptiis iuſtis & legitimis conceſſa, non poſtremum illud fuit, aut eſſe debuit, vt in liberos qui ex nuptiis quandocunque ſuſcepti eſſent, haberet pater ius patriæ poteſtatis, id eſt omnimodam poteſtatem etiam vitæ & necis: *l. in ſuis 11. in fi. ff. de lib. & poſthum. l. vlt. C. de patr. poteſt.* Cùm alioqui fieri poſtulat, vt multi à contrahendis nuptiis, liberorúmque procreandorum voto reuocarentur, veriti ne tales fortaſſe liberos ſuſciperent, quos aliquando propter ipſorum contumaciam, moréſque perditos, vſque adeò exoſos eſſent habituri, vt ſuſcepiſſe pœniteret: qua ratione palam eſt, etiam hodie pleroſque alienis exemplis, ſiue timidiores, ſiue ſagaciores effectos, à nuptiis, quas alioqui ſponte ambirent, non inuitos abſtinere. Sed & illud exploratum eſt, non meliùs ac nec aliter conſeruari familiæ patrimonium, nedum amplificari poſſe, quàm ſi totius familiæ vnum duntaxat caput ſit, vnus adminiſtrator & gubernator, quemadmodum Ariſtoteles *in Politicis* tractat. Id verò ita demum fieri poteſt, ſi omnes perſonæ, quotquot in patrisfamilias domo ſunt, in mera eius poteſtate ſint, ne quidquam impediat, quominus liberum de tota familia diſponendi arbitrium habeat, liberámque facultatem. Hac igitur etiam ratione, ius patriæ poteſtatis patribus in liberos acquiri, concedíque pro ſingularum familiarum & conſequenter Reipublicæ dignitate tuenda expediebat. Intelligi autem ex ſuperioribus, poteſt mores iſtos populi Romani, ex quibus inductum eſt ius patriæ poteſtatis, antiquiſſimos fuiſſe, adeóque lege ipſa 12. tabularum antiquiores, & iam inde à Romuli temporibus, ſi Halycarnaſſeo credimus *lib. 2.* Cùm ea lex duodecim tabularum, & patrisfamilias meminerit in concedenda teſtandi facultate his verbis: *Paterfamilias vti ſua re legaſſit, ita ius eſto*, & ſui hæredis confirmatis hæreditatibus legitimis ex ea parte, qua ita cauit: *ſi ſuus hæres non erit, agnatus proximus familiam habeto.* Patremfamilias enim ex eo æſtimamus, quod perſonas omnes quæ in domo & familia ſunt, ſub ſua teneat poteſtate, ſicuti iam diximus ex Vlpiano in *d. l. pronuntiatio, §. familia.* Suum verò hæredem ex eo quoque, quòd & in patrisfamilias poteſtate ſit, & primum in ſucceſſionis cauſa locum, gradúmque obtineat: *l. ſi filiusfamilias 33. §. 1. ff. de teſtam. milit. l. ſcripto 7. ff. vnd. liber.*

l. nam ciuiũ 4. De his qui ſui vel alie. iur. ſunt.

Ius patrisfamilias ex quo aſtimetur: itemque ius ſui hæredis.

ILLATIO I.

De peculiari iure ciuium Romanorum circa patriam poteſtatem.

EX hoc Principio illud primùm fit, quod Iuſtinianus *in hoc tit.* ſcribit nullam in toto terrarum orbe gentem eſſe, apud quam ea ſit parentum in liberos poteſtas, quæ eſt ciuium Romanorum. Nam & in cæteris quæ iuris ciuilis ſunt, idem vſuuenire ſolet, vt non apud omnes gentes peræquè cuſtodiantur, ſicut ea quæ ſunt iuris gentium, aut naturalis; ſed apud eos duntaxat populos, quorum iure proprio ac peculiari fuerunt conſtituta: *l. omnes populi 9. ff. de inſtit. & iur.* Etſi fatendum eſt, non eſſe bonam hanc conſecutionem niſi à communiter accidentibus. Nihil enim vetat eſſe, quid iuris ciuilis Romanorum, tanquam quod & ratione merè ciuili, & in Romana primùm Repub. inductum ſit, & tamen idipſum apud omnes gentes tandem æquè receptum eſſe; vt in teſtamentis, ſtipulationibus, &

accepti

Digitized by Google

acceptilationibus eueniſſe probauimus, ad *tit. 5. De iur. natur. gent. & ciuil.* vbi oſtendimus, vnumquódque ius ſiue naturale ſit, ſiue gentium, ſiue ciuile, non ex alia re æſtimandum eſſe quam ex ratione ipſa, quæ illud induxit. Itaque ſi poneres hodie apud omnes, receptum eſſe ius patriæ poteſtatis, non eo minus dicendum eſſet iuris ciuilis; inſpecta nimirum inducendi eius ſola ratione, quæ tota, vt diximus, ciuilis fuit propriáque Romanorum.

ILLATIO II.

De patrum duntaxat, non matrum in liberos poteſtate.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt patribus duntaxat, non etiam matribus hoc ius poteſtatis datum ſit, quæ & ideirco *Patria poteſtas* appellatur. Non quod imbecillioris conſilij propter ſexus fragilitatem mulier ſit, quàm vt ei permitti debeat habere quemquam in poteſtate: Aut quod maior patri pietas & obſeruantia, quam matri debeatur (vtrumque enim falſum eſt, cum furioſus, qui non tantùm iudicio, ſed etiam ſenſu caret, perinde liberos in furore ſuſceptos habeat in ſua poteſtate: *d. l. patre furioſo* 8. *De his qui ſui vel alien. iur. ſunt.* & vtrique parenti, licèt inæqualis ſit poteſtas ipſorum, æqualem tamen pietatem deberi conſtet: *l. 4. ff. de curat. furioſ.*) Sed quoniam totum hoc ius patriæ poteſtatis ad familiarum conſeruationem, & amplificationem referendum eſt, quæ per fœminas, vt diximus, fieri nullomodo poteſt: *§. fœminæ, infr. De adopt.*

l. 4. ff. de curat. furioſ.

ILLATIO III.

De iure habendi ſui hæredis.

TErtiò, ex eodem Principio fit, vt patresfamilias habeant ſuos hæredes: *l. 1. & tot. tit. De ſuis & legit. l. in ſuis* 11. *De liber. & poſthum.* fœminæ non item *l. 4. § ad teſtamenta, ff. de bonor. poſſeſſ. contr. tabul.* quia cum ſuus hæres ille tantùm ſit, qui & in morientis poteſtate fuit; & primum in ſucceſſionis cauſa locum gradúmque obtinuit; *d. l. ſcripto 7. ff. vnd. liber. l. ſi filiusfamilias 33. §. 1. ff. de teſt. milit.* conſequens eſt, vt non poſſit ſuum hæredem habere mater, quæ liberos non habet in poteſtate: *§. cæteri, inſtit. De hæred. qualit. & differ.*

ILLATIO IV.

Patriam poteſtatem eſſe ineſtimabilem.

QVartò ex eodem Principio fit, vt patria poteſtas inæſtimabilis res exiſtimetur: *l. filiusfamilias* 114. *§. ſed ſi liberos, De leg. 1.* vbi Mæcianus ob hanc cauſam ſcribit, patrem qui liberos ſuos emancipare rogatus ſit, cogi non poſſe vt id faciat: nimirum ſi nihil à teſtatore in eam rem acceperit alioquin voluntati, quam agnouit, parere cogendus eſt; cùm tanti æſtimauerit carere patria poteſtate: ne aliter poſito iure, circonueniatur voluntas defuncti: *l. ſi cui legatum* 92. *De cond. & demonſtr.*

l. filiusfamil. 114. §. ſed ſi liberos, de leg. 1.

ILLATIO V.

Deſinnitis filiis naturalibus, aut emancipatis, non redigendis in patriam poteſtatem.

QVintò ex eodem Principio fit, quod Modeſtinus ſcribit in *l. vlt. De his qui ſui vel alien. iur. ſunt*, inuitos filios naturales, vel emancipatos, non redigi in patriam poteſtatem. Nemo enim dubitat, quin ipſorum interſit, vt ſui iuris ſint, potius quàm alieni; vtque non habeat naturalis pater in eos vitæ neciſque poteſtatem.

ILLATIO VI.

De filio per emancipationem amittente nomen filij.

SExtò ex eodem Principio fit, vt filius à patre emancipatus, ſicut per emancipationem exit de poteſtate & familia patris, adeóque propriam familiam habere incipit, cuius ipſe abſolutè dominus & paterfamilias eſt; *d. l. pronuntiatio* 195. *§. familia, verſ. idémque eueniet, De verb. ſignif.* Ita & quod ad ius ciuile pertinet, filius eſſe deſinat, & pro extraneo haberi incipiat: *dict. §. cæteri, de hæredum qualit. & differ. l. ſi genero* 26. *C. de iur. dot.* adeò vt neque inſtituendus ſit, aut exhæredandus tanquam filius, neque ad inteſtati patris ſucceſſionem à lege vocatus: non magis quam ſi filius nec eſſet, nec vnquam fuiſſet. Ius enim de liberis inſtituendis, vel exhæredandis, ad eos duntaxat qui in poteſtate eſſent, olim pertinuit: *l. inter cætera* 30. *de liber. & poſthum.* Lex verò duodecim tabularum in confirmandis hæreditatibus legitimis, per ea verba quæ ſupra retulimus, *Si ſuus hæres non erit, agnatus proximus familiam habeto*: non niſi de ſuis hæredibus vt apparet locuta eſt: quibus è diametro emancipati opponuntur. Denique vſque adeò voluit ius ciuile Romanorum inſeparabile eſſe nomen patris à iure patriæ poteſtatis, vt quiſquis patriam poteſtatem non haberet, is nec pater eſſe crederetur; nec viciſſim filius, qui patriæ poteſtati ſubiectus non eſſet: Siquidem vtrumque hoc, vt quis & pater ſit, & patriam poteſtatem habeat, ex eodem medio fit, id eſt ex iuſtis nuptiis, ſine quibus neque patris nomen, neque ius patriæ poteſtatis acquiri poteſt. Vtrumque verò per iuſtas nuptias ſimul & ſemel, eodémque momento acquiritur, vt *ſequenti Princip.* dicemus.

l. pronuntiatio 195. §. familia. De verb. ſignif.

ILLATIO VII.

De amittendo iure patriæ poteſtatis ex amiſſione ciuitatis.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt ſi pater maximam vel mediam capitis diminutionem paſſus ſit; id eſt vel libertatem & ciuitatem ſimul, vel ſalua libertate ciuitatem ſolam amiſerit: putà per deportationem; deſinat quoque hoc ipſo liberos ſuos habere in poteſtate: *§. cùm autem, inſtit. quib. mod. ius patr. pot. ſoluit.* vbi ratio redditur quod cùm vtroque iſto caſu tollatur

pater ex numero ciuium Romanorum, habendus ſit pro mortuo, quod attinet ad ius Romanæ ciuitatis. Nec enim fieri poteſt, vt qui ciuis eſſe deſiit, adhuc retineat ea quæ ſunt iuris ciuilis, licèt non eo minùs retineat cætera quæ ſunt iuris gentium: *l. ſunt quidam 17. §. 1. ff. de pœn.* Ergo vt patriam poteſtatem amittat neceſſe eſt, tanquam quæ ſit merè iuris ciuilis proprij Romanorum. Et quemadmodum fieri nequit, vt non amittat pater filium, quem patria amiſit; *l. poſtliminium 19. §. filius quoque, De capit. & poſtlim. reuerſ.* Ita multò minus, vt patriam poteſtatem non amittat, qui patriam ipſam amiſit. E contrario relegati non amittunt patriam poteſtatem, quia retinent ciuitatem: *§. relegati, quibus modis ius patr. poteſt. ſoluit.*

ILLATIO VIII.

De libertinis habentibus liberos in poteſtate.

OCtauò ex eodem Principio fit, vt libertini quoque habeant liberos ſuos in poteſtate: *l. filium 7. C. de ſuis & legit. l. libertos 8. C. hoc tit.* Scilicet quæ ſunt & ipſi ciues Romani. De hoc enim ſolo libertinorum genere hic loquimur.

PRINCIPIVM II.

De liberis in Patrum poteſtate conſtituit.

l. 3. ff. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt. l. filium 6. eod.

IN patrum poteſtate ſunt liberi ex iuſtis & legitimis nuptiis procreati. Sic Iuſtinianus ſcribit *in princip. huius tit.* poſt Caium in *l. 3. De his qui ſui vel alien. iur. ſunt.* Nam cùm filium eum definiamus qui ex viro & legitima eius vxore naſcitur, *l. filium 6. eod.* nec alius pater dici poſſit, quàm quem nuptiæ demonſtrant, *l. quia ſemper 5. ff. de in ius vocand.* propter eas rationes, quas fuſiùs explicauimus *ad Princip. 4. ſup. De iur. perſon.* conſequens eſt, vt non alius in poteſtate liberos habere poſſit, quàm qui eos ex iuſtis nuptiis procreauit: Itémque vt quiſquis iuſtus & legitimus pater eſt, habeat liberos in poteſtate, ſi verum eſt quod *ſuperiore Principio* tractauimus, hoc ius patriæ poteſtatis iuſtis nuptiis, quaſi præmij cuiuſdam iure datum eſſe; ideóque nec patris nomen à iure patriæ poteſtatis ſeparari vnquam poſſe. Quò etiam pertinet quod ſcriptum eſt in *l. cùm legitimæ 19. ff. de ſtat. hom.* cùm legitimæ nuptiæ præceſſerunt, filium ſequi patris, non matris conditionem. Nimirum quia nec aliam ob cauſam inter ciues Romanos contrahuntur nuptiæ, quam vt familiæ conſeruentur & perpetuentur; quod ipſum per fœminas, vt ſæpius iam diximus, fieri non poteſt, cùm fœmina ſuæ familiæ & caput ſit & finis: *d. l. pronunciatio 195. §. vlt. de verb. ſignific.*

ILLATIO I.

De liberis extra iuſtas nuptias ſuſceptis.

EX hoc Principio fit, vt quiſquis extra iuſtas nuptias liberos ſuſcepit, ſiue quòd nuptias nullas contraxerit, ſiue quòd contra leges aut bonos mores contraxerit, ſicut patris nomen non meretur, ita neque ius patriæ poteſtatis habeat in liberos, ex ea coniunctione ſuſceptos: *§. ſi aduerſus infr. De nupt.* vbi additur nec virum, nec vxorem, nec matrimonium, nec dotem eo caſu intelligi, & illos, qui ex coitu eiuſmodi naſcuntur, tales eſſe quantum ad patriam poteſtatem pertinet, quales ſunt ij quos mater vulgò concepit. Nam quamuis nec hi, nec illi reuera ſint ſine patre, perinde tamen incertus omnium pater eſt, cùm certus per rerum naturam nullus eſſe poſſit, niſi quem nuptiæ demonſtrant: *d. l. 5. De in ius vocand. l. Lucius 83. ff. De condit. & demonſtr.* Paria autem ſunt qui non eſſe, & non apparere: *vulg. l. duo ſunt Titij 30. ff. de teſtam. tutel. cum ſimilib.* Cur verò additum eſt in *d. §. ſi aduerſus, Quantum ad patriam poteſtatem.* An quia cæteris patrem habere intelligantur, patriſque conditionem ſequantur iſti ex illegitimis nuptiis ſuſcepti? Minimè, ſi rationem inſpicias iuris ciuilis. Sed videtur Iuſtinianus iis verbis reſpexiſſe ad poſteriorum Imperatorum conſtitutiones, de quibus in *tit. C. de natural. liber.* quibus inductum fuit, vt naturales liberi ex illicita, minúſve legitima coniunctione ſuſcepti, quorum nomen ante Conſtantini tempora Romanis legibus inauditum, & incognitum fuiſſe teſtatur Iuſtin. *Nouell. 89. quib. mod. natur. effic. legit.* capere poſſint ex patrum naturalium teſtamentis ad vnciam vſque, extantibus aliis liberis naturalibus & legitimis: *l. 2. C. de natur. lib.* ſupra vnciam verò ad certam tamen portionem *ex legibus Codicis*; adeóque totam patris ſubſtantiam ex *d. Nouell. 89.* Si iuſta ſoboles nulla ſupereſſet: *Auth. licèt eod.* Cæterùm etiam qui in figura matrimonij ſuſcepti ſunt, ſi tamen iuſtum matrimonium non fuit, puta quòd vel pater qui pro libero habebatur, ſeruus poſteà apparuerit, vel mater ancilla, æquè ſunt ſpurij, & *ἀπάτορες*, id eſt *ſine patre*, atque ſi vulgò quæſiti eſſent, *l. ſi ignorans 3.* vbi eſt text. elegans *C. ſol. matr.* vbi quod quidam notant in illis verbis *incerto tamen patre*, manifeſtam eſſe [illegible] quaſi in ea ſpecie non poſſit dici incerto patre natus, quem lex ponit ex Errore. qui liber putabatur, & in figura matrimonij natum fuiſſe, ego non probo; quia ſtatim atque deficit ius & nomen matrimonij, deficere quoque neceſſe eſt probationem filiationis, vt noſtri loquuntur, quam ſcilicet aliter, quàm per nuptias impleri prorſus impoſſibile eſt: *d. l. Lucius.* Nam nec per nuptias impletur concludenter, ſed ea tantùm præſumptione quæ ſit iuris & de iure. Ne ſi hæc ſaltem probandæ filiationis non ſit, & quidem talis quæ contraria probatione vlla nequeat labefactari, nulla prorſus ſuperſit, atque ita familiarum omnium nomina, iura, omnia denique miſceantur, confundantur, perturbentur. Quis enim conceptionis inſtans ex quo pater eſſe incipit, obſeruare poterit, quod nec patri ipſi notum eſt, nec matri, ſaltem vt certò rutóque

§. ſi aduerſus De nupt.

l. 2. C. de natur. liber. Auth. licèt eod.

tutóque poſſit dicere ſe hoc, aut illo præciſè inſtanti concepiſſe? Sublata igitur fide probationis, quæ tota ex matrimonio pendebat, illud neceſſariò relinquitur, vt patrem ſuum demonſtrare non poſſit qui patris nuptias demonſtrare nullas poteſt, tametſi in figura matrimonij ſuſceptus proponatur; & conſequenter vt ſit ſine patre, non tam reipſa, quam probationis defectu, cùm probationes omnes certas eſſe oporteat, ſaltem quantum naturæ, iuriſve ratio pati poteſt; *l. neque natales* 10. & alibi paſſim, *C. de probat. l. non hoc 4. C. vnd. legit.* Indéque eſt quod neque in patris poteſtate conſtitutus dici poteſt, neque in eam redigi inuitus: *l. vlt. ff. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt l. vlt. ff. de adopt.*

De liberis adoptiuis & legitimatis.

OBſtare huic Principio videtur, quod patria poteſtas non tantum per iuſtas nuptias acquiritur, ſed etiam per adoptionem, & per legitimationem, vt dicemus ad *tit. de adopt.* Sed reſpondendum eſt, adoptionem eſſe commentum iuris ciuilis, per quod acquiruntur liberi non alio colore, quam quod ex iuſtis nuptiis quæſiti fingantur, quod etiam fit per legitimationem. Vnde eſt, quod qui iuſtas nuptias contrahere non poſſunt, ij nec adoptare poſſunt, quemadmodum tractabimus *ad eum tit.* Itaque ſemper verum eſt, non alios liberos eſſe in poteſtate, quàm qui ex iuſtis nuptiis procreati ſunt, vel verè, vel iuris fictione. Quibus annumerandi ſunt, qui per oblationem Curiæ legitimantur, aut per Iuſtiniani *Nouell. conſtit.* ex dotalium inſtrumentorum confectione. De quibus tractat Iuſtin. in §. *aliquando, Inſtit. de nupt.* qui §. pertinet ad hunc tit. *De patria poteſt.* potiùs quàm ad illum *De nupt.*

PRINCIPIVM III.

De poteſtatis iure denegato ei, qui ipſe in aliena eſt poteſtate.

IN ſua poteſtate nec alium habere, nec aliquid poteſt, qui ipſe aliena eſt: *l. ſic eueniet* 21. iunct. *l. præc. ff. ad leg. Iul. de adult.* vbi Vlpianus & Papinianus ſcribunt, ei demum patri datum eſſe ius occidendi adulterum cum filia, qui filiam habeat in poteſtate. Ideóque ſi is qui pater eſt, idem filiusfamilias ſit, neque patri, neque auo id permitti. Non auo, quia pater non eſt, lex autem de ſolo patre locuta fuit. Non patri, quia licèt pater ſit, filiam tamen in poteſtate ſua non habet, cùm non ſit ipſe ſuæ poteſtatis. Vt mirer, locum illum à doctiſſimis quibuſdam viris intelligi de nepte ex filio emancipato; quo caſu certè nulla dubitatio eſſet, quin patri filiam cum adultero occidere liceret, quam nimirum in ſua poteſtate haberet, conſtitutus ipſe ſui iuris per emancipationem. Auo autem idipſum non liceret, qui neptem ex filio emancipato in ſua poteſtate habere non poſſet, niſi quam ante filij emancipationem conceptam, filium poſteà emancipando, nihilominus in ſua poteſtate, quod plerumque fiebat, retinuiſſet. Nec malè Bart. ad eum locum notat, concluditque eadem ratione. Patre monaſterium ingrediente, filium effici ſui iuris, cùm pater monachus in monaſterij poteſtatem redigatur: *Auth. ingreſſi, C. de ſacroſ. Eccleſ.* Ex eo autem loco apparet, vt hoc etiam obiter notemus, ius illud quod patria poteſtas primis temporibus habuit vitæ & necis in liberos, fuiſſe tandem diminutum penitúſque antiquatum; ſiquidem legis Iuliæ authoritate opus fuit, vt filiam etiam in adulterio domi ſuæ deprehenſam occidere patri liceret. Imò, quod magis eſt, nec aliter id permittere lex Iulia voluit, quàm ſi cum filia pater adulterum quoque occideret: Alioqui legis Corneliæ *de ſicariis*, reus fieret, non minùs ſi filiam ſine adultero, quàm ſi adulterum ſine filia occidiſſet. Sicut & ſi filiam extra ipſam turpitudinem, aut alibi quàm in ſua, vel generi ſui domo: *l. quod ait lex* 23. *l. nihil intereſt* 32 *ff. ad leg. Iul. de adult.* An verò poteſtas illa vitæ & necis in liberos lege aliqua ſcripta, aut conſtitutione Principis ſublata fuit, quomodo *ſuperiore tit.* diximus, Antonini reſcripto ſublatam dominorum in ſeruos vitæ neciſque poteſtatem? Minimè verò, quamuis ità Donellus ſentire videatur *lib. 2. comment. ca. 25. poſt initium.* Nullam certè legem aut conſtitutionem ea de re factam legimus. Eſt igitur multò credibilius, quemadmodum ius patriæ poteſtatis moribus introductum fuit, ita & nimiam illam poteſtatem moribus quoque, id eſt ſola deſuetudine antiquatam eſſe: Nullo per multa tempora reperto patre tam inhumano, qui ea poteſtate in liberos ſuos ſine cauſa, & impiè abuti voluiſſet. Id enim longè difficilius erat, quàm vti ne domini eadem illa poteſtate quam in ſeruos ſuos habebant, abuterentur. Planè iuſta aliqua occidendi cauſa intercedente, putà ob nouercam à filio adulteratam, vt in *l. Diuus Hadrianus* 5. *ff. de leg. Pomp. de parricid.* aut ob filiam in adultero deprehenſam, remanſit illud ſemper ex antiqui illius iuris reliquiis, vt patri filiam occidere concederetur. Etſi namque lex Iulia in eam rem vt diximus ſpecialiter lata fuit, ſine qua, & ante quam, vix eſt, vt patri licere potuerit filiam occidere iure ſuo. Non alia tamen ratione moueri potuit lex Iulia, vt id permitteret, quàm quòd ius patriæ poteſtatis idipſum exigere videretur. Nam ſi nihil niſi patris nomen & exiſtimationem ante oculos habuiſſet, quidni patribus omnibus idem permiſiſſet, id eſt etiam ei qui filiam non haberet in poteſtate? Atqui id Papinianus negat in *d. l.* 20. *ad leg. Iul. de adulter.* E contrario non ſeparatur in ea lege pater naturalis ab adoptiuo, *l. nec in ea* 22. *eod.* nempe quia quod ad ius patriæ poteſtatis attinet, non differt adoptiuus pater à naturali, vt dicemus ad *tit. de adopt.* quamuis alioqui pietas illa paterni nominis, cuius præcipuam rationem à lege Iulia habitam fuiſſe Papin. ait, in *d. l. nec in ea*, non poſſit maior non eſſe in patre naturali, quàm in adoptiuo. Siquidem in naturali non nudum nomen patris, ſed ipſa etiam natura inducit rationem pietatis. In adoptiuo autem nihil niſi nudum patris nomen. Propter quam cauſam eleganter ſuo more Papin. de vtroque loquens ita ſcribit, *pietas paterni nominis*; vt oſtendat ſufficere, quòd quis quomodolibet pater ſit, ad hoc ne tam facilè capiat conſilium occidendæ filiæ, quamuis in adulterio deprehenſæ. Nec tamen perinde admittit ſufficere quòd quis pater ſit, vt ius habeat occidendæ filiæ, niſi concurrat etiam illud, vt eam habeat in poteſtate. Sed & quod

l. ſic eueniet 21. cum præced. ff. ad leg. Iul. de adul.

l. Diuus 5. ad leg. Pom. de parricid.

magis mitari quis poſſit, ad illud idem ius patriæ poteſtatis referendum arbitror, quod patri ſimul cum filia etiam adulterum occidere non ſolùm permittitur, ſed etiam imperatur: *d. l. nihil intereſt.* Nimirum ne quæſtioni locus relinquatur, an filiam ſuo iure, & tamen iuſta de cauſa occiderit pater, qui adulterum quoque cum ipſa occiderit. Vix enim eſt vt non credi debeat patri dicenti filiam à ſe in adulterio deprehenſam fuiſſe, ſi adulter ſimul cum filia occiſus proponatur. Alioqui quo iure poſſet pater occidere adulterum, quem in poteſtate ſua non haberet, ſi non id ei permitteretur in conſequentiam eius patriæ poteſtatis, quam patri in filiam exercere tam iuſta ex cauſa permittitur? Illud verò etiam mirum eſt, quòd cum hac in re lex Iulia niſi ius patriæ poteſtatis ſpectauerit, auo tamen, qui neptem ex filio ſuo in poteſtate perinde habet, acſi pater ipſius eſſet, non dedit ius neptis occidendæ, licèt in adulterio deprehenſæ: *d. l. ſic eueniet.* An quòd patris appellatione auus non contineatur in odioſis, vt vulgo creditur, ex *l. lege Iulia 44 §. 1, de rit. nup.* Ratio certè bona eſſet, ſi de illo tantùm quæreremus, Cur neptem occidere non liceat auo? Lex enim de ſolo patre locuta eſt, vt iam diximus: Sed cùm nos de illo quæramus, Cur lex Iulia idem ius quod patri dedit, non etiam dederit auo, qui perinde neptem habeat in poteſtate; ratio alia quærenda eſt. Nec enim ſine ratione ac temerè ita factam, conceptámque legem fuiſſe exiſtimandum eſt. Illa verò videtur afferri poſſe, quòd verendum lex putauit, ne in re tanti momenti, & ad quàm iuſtæ vindictæ ſtimulo & impetu natura feratur, non tam citò auus bonum conſilium caperet pro nepte, vt ei parceret, quam citò capere pater pro filia poteſt; ſiue quod longiùs vno gradu diſtet neptis ab auo quam à patre, ideóque minus ab auo quam à patre diligi intelligatur (vt enim proximior quiſque eſt, ita & dilectior eſſe præſumitur: *l. omnia 32. alias l. cum ita, §. in fid. de leg. 2. l. hæredes mei 57. §. vlt. de leg. 1.*) ſiue quòd cum neptis non niſi per mediam patris perſonam auo coniungatur, fieri facilè poſſet, vt in odium patris quem forſaſſe pater exoſum haberet, auus tanto inhumaniùs ferretur ad occidendam neptem, cui alioquin forſitan pepercisset: vt & alias euenit plerumque in odium filij malè meriti, nepotem etiam innocentem exhæredari: *l. 3. § ſi emancipatus 5. ff. de bonor. poſſ. contr. tabul.* Ex eiuſdem iuris antiqui reliquiis illud etiam eſt, quòd ſi filium accuſet pater apud Magiſtratum, cogitur Magiſtratus eam dicere ſententiam quam pater ipſe dici voluerit: *l. 3. C. hoc tit.* Non idem ius habent matres, *l. 4. eod.*

l. 3. §. ſi emancipatus vi de bon poſ. contr. tab. l. 3 & 4. C. hoc tit.

ILLATIO I.

De poteſtate aui paterni in nepotes ex iuſtis filij nuptiis ſuſceptos.

EX hoc Principio illud fit, vt quamuis verum ſit quod *ſuperiore Principio* diximus, In patris poteſtate eſſe liberos omnes, ex iuſtis nuptiis procreatos: ſi tamen idem ſit & filiusfamilias & pater, non poſſit ille quandiu in patris ſui poteſtate eſt, habere liberos in ſua poteſtate, nec ſimiles ſit: *l. ſi maritus 7. C. eod.* An ergo in nullius erunt poteſtate? Immo verò in poteſtate aui, vt iam diximus; quia cùm ſequantur conditionem patris, *l. cum legitima 19 De ſtat. homin.* fieri non poteſt, vt non ſint in eiuſdem patrisfamilias poteſtate, in cuius etiam ipſe pater eſt. Id enim eſt quod Iuſtin. *in hoc tit.* ſcribit. Non ſolùm eum, qui ex te & vxore tua naſcitur, in poteſtate tua eſſe; ſed etiam eum qui ex filio tuo eiúſque vxore naſcitur, id eſt nepotem tuum & neptem, itémque pronepotem & proneptem, ac cæteros deinceps. Cùm enim non eo minùs paterfamilias ſis & maneas, quòd filius tuus ſuſceptis ex ſe liberis pater factus ſit; imo tantò magis, quantò ex ea cauſa maior & amplior familia tua eſt: Paterfamilias autem ille ſit, qui omnia quotquot in familia ſua ſunt capita, in poteſtate habet: *l. pronunciatio 195. §. familia de verb. ſign.* omnino conſentaneum eſt, vt qui ex filio tuo naſcuntur, ſint in tua poteſtate, cùm in eadem tua ſint familia.

Dices, Quomodo patriam poteſtatem in nepotes habere poteſt auus, qui quod ad nepotes attinet, non pater, ſed auus eſt? Aut cur non auitam potiùs hanc poteſtatem appellamus? Reſpondeo, patriam dici, quia non competit auo tanquam auo, ſed tanquam patri eius, quem ex iuſtis nuptiis ſuſcepit, licèt per conſequentiam neceſſariam extendatur etiam ad nepotes in eiuſdem familia, quamuis non ex ipſo, ſed ex ipſius filio ſuſceptos, quòd illi vt diximus paternam familiam ſequantur: *d. § familia* iunct. *l. pen. De agnoſc. & alend. liber.* nec poſſint eſſe in poteſtate aut nullius, qui & patrem & auum habent; aut patris, qui ipſe non ſit ſuæ poteſtatis. Vnde eſt quod in contrahendis nuptiis inter nepotem ex filio vno, & neptem ex alio, ſolius aui authoritas requiritur: *l. 3 ff. de rit. nupt.* Niſi demens, aut furioſus ſit auus: quo caſu patris authoritas neceſſaria eſt; *l. ſi nepos 9. eod.* Etſi non deſunt qui putent id intelligendum de illo caſu, quo nepotis pater ſit præmortuus: nec obſtet *l. oratione 16. §. 1. eod.* De quo dicemus ad *tit. ſeq.*

Aui poteſtas in nepotes ex filio ſuſceptos cur patria dicatur, non auita.

ILLATIO II.

Patriam poteſtatem, cùm finitur in perſona aui paterni, incipere in perſona filij.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt quamuis filiusfamilias quandiu in patris ſui poteſtate eſt, liberos ſuos in ſua poteſtate habere non poſſit, quemadmodum proximè diximus: ex quo tamen die incipit ille ſui iuris eſſe, ſiue propter mortem patris, ſiue quòd alia cauſa interuenerit ex iis, propter quas ius patriæ poteſtatis ſolui placuit, hoc ipſo nanciſcatur patriam in liberos ſuos poteſtatem: *l. nepotes 5. ff. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt, & infr. Tit. quibus mod. ius patr. poteſt. ſoluitur, in princip.* Quod enim hic pater viuo auo non habuit filios ſuos in poteſtate, non ob aliud factum eſt, quàm quòd ille ipſe quandiu filiusfamilias fuit, in aui fuerit poteſtate. Concurrentibus alioqui cæteris omnibus neceſſariis ad acquirendum in proprios liberos ius patriæ poteſtatis, iuſto ſcilicet matrimonio, & iure ciuitatis Romanæ, ſine quo nec iuſtum matrimonium eſſe poſſet. Itaque ſublato impedimento illo, id eſt finita patria poteſtate, quæ auo in hunc patrem, eundémque filium ſuum competebat, reliquum

eſt

Digitized by Google

eſt vt recidant nepotes in poteſtatem patris, quæ viuo auo, non tam nulla, quàm ſopita videbatur.

ILLATIO III.

De amiſſione patriæ poteſtatis ex cauſa cuiuſlibet ſeruitutis.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt qui ſeruus factus eſt ſiue pœnæ, ſiue hominis, deſinat habere liberos in poteſtate, quia ſuæ poteſtatis eſſe non poteſt, quiſquis ſeruus eſt: *§. pœna ſeruus, infr. quib. mod. ius patr. poteſt. ſoluit.* Etſi alia quoque huius iuris ratio afferri poteſt, nempe quòd quiſquis ſeruus ſit, hoc ipſo ciuis Romanus eſſe deſinat, vt diximus *ad Princip. 1. illat. 7. §. eod.* Inde namque fit, vt illa etiam amittat omnia, quæ propria ſunt ciuium Romanorum, in quorum numero eſt patria poteſtas. Eáque ratio eſt, quam Iuſtinianus reddit in *§. cùm autem, ill. tit. quib. mod. ius patr. poteſt. ſoluit.* Alia ratio eſt patris capti ab hoſtibus. Etſi enim reuera interim ſeruus ille eſt hoſtium, liberorum tamen quos in ciuitate reliquit ſtatus pendet, propter duplicem fictionem legis Corneliæ, & poſtliminij: quarum illa facit, vt ſi pater hic captiuus apud hoſtes moriatur, ex ipſo inſtanti captiuitatis in ciuitate deceſſiſſe intelligatur, atque exinde ipſius liberi ſui iuris facti fuiſſe dicantur: Hæc verò, vt ſi in ciuitatem quandoque reuerſus ſit, nunquam captus fuiſſe, ſempérque in poteſtate ſua & liberos & cætera omnia iura retinuiſſe retrofingatur: *§. ſi ab hoſtibus, infr. eo. ti. quib. mod. ius patr. poteſt. ſoluit.* vbi de vtraque iſta fictione latiùs dicemus.

De patre capto ab hoſtibus.

ILLATIO IV.

Filiumfamilias nihil proprium habere poſſe.

QVartò ex eodem Principio fit, vt filiusfamilias nihil proprium habere poſſit. Nam qui ſuus non eſt, id eſt ſui iuris, aut quod idem eſt ſuæ poteſtatis, ſuum ille nihil habere poteſt, vt de ſeruis dicebamus *ad Princip. 3. illat. 2. sup. tit. præced.* ex *§. item vobis 3. Inſti. per quas perſon. nob. acquir.* Eſt tamen hac in re differentia, nec parua, nec inelegans, quanquam à paucis obſeruata, inter filiosfamilias & ſeruos: Serui enim acquirunt dominis non ſolùm ignorantibus, ſed etiam inuitis ex quacumque cauſa, præterquam adeundæ hæreditatis; *l. etiam inuitis 32. De acquir. rer. dom. l. ſeruus vetante 62. ff. de verb. obligat.* Filij verò familias licèt acquirant patribus etiam ignorantibus, ita vt ne vno quidem temporis momento conſiſtat acquiſitio in perſona filij, magis quàm in perſona ſerui; *l. placet 79. ff. de acquir. hæred. l. 1. in princip. ff. ſi à parent. quis manum.* non tamen acquirunt inuitis: ſed nolente patre, ſibi per filiumfamilias acquiri; ſtat & remanet acquiſitio in filij perſona, quia filiusfamilias eſt acquiſitionis capax, non etiam ſeruus. Et ratio differentiæ eſt, quia filijfamilias perſona eſt integra, cùm habeat caput in ciuitate, nec minùs ciuis Romanus ſit, quàm ſi paterfamilias eſſet. Conſtat enim ciuitas Romana ex patribus fam. matribusfam. filiisfam. & filiabusfam. *l. nam ciuium 4 de his qui ſui vel alien. iur. ſunt.* Serui verò perſona non eſt integra, quippe qui caput nullum habeat in ciuitate, & conſequenter nullum ſtatum. Vnde eſt, quod filij cùm emancipantur, capite minui & ſtatum mutare dicuntur; non etiam ſerui, cùm manumittuntur: *l. 3. §. vlt. & l. 4. ff. de capit. minut.* Inde etiam quod patrem rogatum de reſtituenda filio hæreditate ſi eam ſuſpectam dicat, poteſt cogere filius per Prætorem vt adeat & reſtituat: *l. cogi 16. §. ſi pater filio 11. ad SC. Trebell.* Non etiam ſeruus dominum, niſi ſeruo cùm hæreditate data ſit libertas, ſiue directa, ſiue fideicommiſſaria: *l. ſi res aliena 52. §. 1. cum l. ſeq. eod.* Inde denique quod hæreditatem in qua ſeruus inſtitutus fuit, ſi dominus eam ſibi per ſeruum acquiri nolit, ſolus ille, id eſt etiam ſine conſenſu, factóve vllo ſerui repudiare & poteſt & debet: tanquam ſibi ſoli delatam, non etiam ſeruo, qui incognitus eſt legibus; ex quibus fit delatio hæreditatis: At pater hæredis inſtituti filij, ſi repudiet ſine filio, non magis nocet filio, quàm filius noceret patri, ſi ſolus & ſine patre repudiaret: *l. is qui hæres 13. §. vlt. D. de acquir. hæred.* Scilicet quoniam in filij perſona nihil eſt quod impediat, ne per legem hæreditas ei deferatur, licet delationis effectus qui in hæreditatis acquiſitione conſiſtit, *l. delata 151. de verb. ſign.* per filium patri acquiratur. Porrò vnuſquiſque eam demum hæreditatem, aut bonorum poſſeſſionem repudiare poteſt, quæ ſibi delata eſt, non eam, quæ alteri. Qui ſenſus eſt, quamuis aliis verbis expreſſus, *§. 1. l. 1. ff. de ſucceſſ. edict.* iunct. *l. 1. C. qui admitt. ad bon. poſſ. l. 2. ff. de repud. bonor. poſſ.* Quòd ſi quis harum omnium differentiarum rationem, non ad diuerſam ſeruorum & filiorumfamilias conditionem referre velit, ſed ad differentiam dominicæ patriæque poteſtatis: poſſit is non malè, vt puto, dicere, ius dominicæ poteſtatis in ſeruo iure gentium inductum fuiſſe, non tam fauore dominorum, quàm odio & in pœnam ſeruorum, quippe qui & hoſtes fuerint, priuſquàm in bello victi, & manu capti eſſent; vnde & ſerui, & mancipia dici cœperunt, & poſt captiuitatem quoque parum ab hoſtibus diſtent. Odium igitur & pœna ſeruorum facere debet, vt nulla prorſus ipſorum ratio habeatur, ne tùm quidem cùm domini per eos ſibi acquiri nolunt. At ius patriæ poteſtatis ſolo fauore patrum comparatum fuit, vt tantò facilius ciues ad iuſtas nuptias contrahendas inuitarentur, non etiam odio filiorum. Quid enim peccauit filius, qui ex iuſto patris matrimonio, & ex eiuſdem patris voto, ſic volente Deo Opt. Max. ſic faciente natura, ſic denique imperante quodammodo Republica, bene natus eſt in ciuitate? Æquiſſimum ergo fuit, ita ius conſtitui, vt patris in filium poteſtas in iis demum nocere filio deberet, in quibus patri prodeſſe poſſet, non etiam in cæteris quorum ratione nihil penitus patris intereſſet. Hinc eleganter Marcianus in *l. Diuus 5 ff. ad leg. Pomp. de parricid.* patriam poteſtatem ait debere in pietate, non etiam in atrocitate conſiſtere. Conſtantin. *in l. vl. C. de ſent. paſſ. & reſt.* non eſſe permittendum patri, vt ad corrumpendi, atque effundendi patrimonij licentiam, patria poteſtate abutatur. Hinc etiam Imp. Hadriani decretum à Papiniano relatum laudatúmque in *l. Imperator 50. ff. ad SC. Trebell.* contra patrem, qui filio ſuo cùm ſui iuris factus eſſet hæreditatem reſtituere rogatus, multa in fraudem fideicommiſſi feciſſe probabatur.

Differentia filiifamilias & ſerui.

De differentia patriæ & dominicæ poteſtatis.

probabatur. Nam, quia cautiones interponi non poterant inter patrem & filiumfamilias, conſeruata patria poteſtate, inquit Pap. damnum conditionis propter fraudem infligendum eſſe Imp. putauit, atque ita hæreditatem filio reſtitui iuſſit, vt ne quid in ea quandiu filius eius viueret, iuris haberet pater. Ex quibus verbis obſeruandum eſt, ſecundum Papiniani ſententiam, non violari patriam poteſtatem, ſi filius etiam inuito patre, ipſóque adhuc viuente, proprium quidpiam habeat; violari tamen ſi agatur de contrahenda inter patrem & filium ex contractu obligatione. Non alia ratione, quàm quia nihil vetat, filiumfamilias ſaluo quoque iure patriæ poteſtatis, capacem eſſe acquiſitionis. Et ad hoc nimirum reſpiciens Paulus in §. fi. l. Æmilius 38. *De minor.* monet, id quod dicitur, non ſolere filiisf. ſuccurri in his, quæ omiſiſſent manentes in poteſtate, tunc rectè dici cùm patri acquirere poſſunt. Vt intelligamus ſi patri acquirere non poſſint, puta quod ſit ille incapax ex aliqua cauſa, vel quòd nolit ſibi per filium acquiri, aliud eſſe dicendum. Quod vtique ridiculè diceretur, ſi nec ſibi acquirere ius poſſet. Quid enim referret ad concedendam filio reſtitutionem, quod patri acquirere non poſſet, ſi nec ſibi poſſet? Etſi namque Paulus eo loco loquitur de filio emancipato; conſtat tamen verba illa, *cùm patri acquirere poſſunt*, referenda eſſe ad tempus patriæ poteſtatis: nihil enim acquiri patri per filium poteſt poſt emancipationem.

l. Æmilius 38. in fin. De minor.

Dices, Cur ergo non reſtituitur eo caſu filius, etiam ante emancipationem? Reſpondeo iuris propoſitionem, quæ de emancipatione loquitur, eam eſſe, quæ negatiuè concepta eſt; id eſt quæ denegat filio reſtitutionem etiam poſt emancipationem. Et ideo cùm procedat ea propoſitio in his demum, quæ patri per filium acquiri poſſunt; apparet non potuiſſe tractari, an filio dãda eſſet eo caſu reſtitutio, niſi præſuppoſita emancipatione. Cæterum in contrario ſenſu affirmatiuo, id eſt cùm dicemus reſtitui poſſe filium, ſi quid omiſerit in his, quæ patri acquiri non potuerunt, nil neceſſe eſt vt ponamus filium eſſe emancipatum; cùm etiam quandiu eſt in poteſtate, ſit capax acquiſitionis, & conſequenter reſtitutionis obtinendæ ad acquirendum: Adde *l. cùm hæres 52. ff. de acquir. hæred.* vbi filiosfam. acquirit ſibi, non patri furioſo hæreditatem ſibi delatam.

l. cùm hæres 52. de acq. hæred.

Dices, id fieri ex beneuolentia Imperatoris. Fateor, ſed dico beneuolentiam non in eo eſſe, quod filiusfamilias factus ſit capax acquiſitionis, ſed quod ei liceat adire ſine iuſſu patris hæreditatem, quæ patri ipſi acquiri poſſet & deberet, ſi poſſet ille iubere adiri. Itaque fauetur filio in eo, vt ſit capax acquiſitionis, etiam priuſquàm pater declarauerit an velit ſibi per filium acquiri. Vnde illud etiam fit, vt poſſit adire citra iuſſum patris; quia ſuo, non patris, & periculo & commodo adit; cùm pater ob furorem non poſſit iubere filio vt adeat. Reſcripti autem æquitas illa fuit, quòd ſi pater furioſus non eſſet, nec tamen vellet eam hæreditatem ſibi per filium acquiri, poſſet filius eo quoque inuito ſibi illam acquirère. Cur ergo patris furor impediet ne poſſit acquirere ſibi, etiam ignorante patre, quod ipſi patri acquirere nullomodo poteſt? Adde *l. 4. §. 1. de edend.* & quæ ibi ſcripſi *in Ration.* Sed de tota hac re videnda ſunt quæ pluribus ſcripſimus *lib. 7. Coniect. cap. 7.* & iungenda quæ dicemus *infr. ad Princip. 6. illat. 9.*

De teſtamenti factione filiofamilias denegata.

SVnt qui putent ex eodem Principio fieri, vt filiusfamilias teſtamentum facere non poſſit, neque hæredem aliquem habere, aut ex teſtamento, aut ab inteſtato, præterquàm in peculio caſtrenſi, vel quaſi caſtrenſi, ſi de eo teſtatus ſit ex conſtitutionibus, quia non poſſit habere hæredem, qui bona nulla habeat: *l. lex Cornelia 28. verſ. nec efficitur ff. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Sed errant, quia ne tum quidem cum bona aliqua filiusfamilias habet, in quibus nullum omnino ſit ius patris, vt in ſpecie *d. l. Imperator 50. ad SC. Trebell.* teſtamenti tamen faciendi ius vllum habet. Ob idque Papin. in *d. l. imperator,* refert conſtitutum ab Hadriano vt pater, qui fraudem fideicommiſſo fecerat, nihil iuris haberet in ea pecunia, quandiu filius viueret, ne dubitaretur quin filio moriente ſaluum eſſet ius patris, quod neque teſtamento filij, neque alia vlla ratione interuerti poſſet. Quod igitur is, qui in patris poteſtate eſt, teſtamentum facere non poteſt, ex eo ſolo proficiſcitur, quod teſtamenti faciendi ius & facultatem nemo habet, niſi à lege; lex autem de ſolo patrefamilias locuta eſt, ad filijfamilias excluſionem, iis verbis: *Paterf. vti ſuper ſua re legaſſit ita ius eſto: l. verbis legis 120. de ver. ſign.* De quo ſcripſimus latiſſimè *ad Prin. 5. ſup. de iur. natur. gent. & ciuil.* Itaque quamuis hodie filiusfamilias ſit capax, etiam inuito patre, acquirendorum bonorum omnium aduentitiorum, ſiue ſimpliciter ei delata ſint, & acquiſita; ſiue quod magis eſt, hac lege, vt ne quidem vſusfructus ad patrem pertineat, idque ex Iuſtiniani conſtitutionibus in *l. cùm oportet 6. & l. vlt. C. de bon. quæ liber.* Illud tamen ex iure vetere ſemper ſupereſt, vt non magis de his bonis, quàm de cæteris teſtari poſſit; licet ex eiuſdem Iuſtiniani *nouell. conſtit. 117. Vt lic. matr. & auiæ, cap. 1.* inductum ſit, vt de huiuſmodi bonis aduentitiis, in quibus pater non habeat vſumfructum, poſſit diſponere, quomodo velit. Eſt enim id quantumlibet generale coarctandum ad eas diſpoſitiones, quæ fiant inter viuos, de quibus ſolis tractari poterat, & dubitari; non etiam ad teſtamentarias, de quibus ſemper ius certum fuit, teſtari ſcilicet filiofamilias non licere, vt conſtat ex *l. pen. C. qui teſt. facer. poſſ.* ne quidem patre conſentiente: *l. tam is 25. §. 1. D. de mort. cauſ. donat.* vbi Marcianus ſcribit, filiumfamilias non poſſe facere teſtamentum, ne voluntate quidem patris; ſed mortis cauſa donare poſſe patre permittente. Teſtamentum enim ne valere poſſit, obſtat authoritas legis, quæ in confirmandis teſtamentariis hæreditatibus de ſolo patrefamilias, vt dixi, locuta eſt. Donationem verò ſiue inter viuos, ſiue mortis cauſa factam (nihil enim refert, quamuis locus ille tractet duntaxat de donatione cauſa mortis, quòd maiorem ea dubitationem habere videretur, tanquam quæ ad vltimæ voluntatis teſtamentique cauſam propiùs accederet) impedire duntaxat poteſt ius patris, cui ſanè fiet iniuria, ſi filio permittatur vt inſcio patre donet. Quæ tamen ratio ceſſat, ſiue donanti filio pater conſentiat, ſiue id quod à filio donatur tale ſit, in quo nihil iuris patrem habere voluerit is, qui filio reliquit; qui caſus eſt Iuſtinianeæ conſtitutionis: Poſtquam

l. pen. Cod. qui teſt. facer. poſſ.

Digitized by Google

quam eadem conſtitutione inductum fuit, quod toti antiquæ Iuriſprudentiæ fuerat inauditum, vt filiofamilias ea lege relinqui poſſit. Sed & in peculio caſtrenſi, cuius neque proprietatem, neque vſumfructum ad patrem pertinuiſſe certum eſt; id tamen iuris ſemper fuiſſe conſtat, vt non ſatisfuerit Imperatoribus conſtituere, ne quid in eo iuris pater haberet; ſed illud præterea indulgeri ſpecialiter oportuerit, vt de eo teſtari filiusfamilias liceret, & quidem eo colore, quaſi in eo peculij genere patrumfamilias iure cenſerentur; *l. 2. de SC. Mace.* Ne ſcilicet tanta vis fieret legi, quæ non niſi patribusfamilias dederat eam facultatem. Qua de cauſa illud etiam placuit, vt filiofamilias milite mortuo inteſtato, peculium eius caſtrenſe ad patrem ſuperſtitem, non hæreditatis legitimæ, ſed peculij iure pertinere: *l. 2. ff. de caſt. pecul.* quia nimirum de filiisfamilias militis legitima hæreditate, nihil Principalibus conſtitutionibus fuerat cautum; ob idque manebat res in diſpoſitione iuris communis, quod tale erat, vt filiusfamilias, quantumlibet miles legitimum hæredem habere nullum poſſet: obſtante videlicet iure patriæ poteſtatis. Illud enim vtique fatendum eſt, ſolum ius patriæ poteſtatis facere, ne filiusfamilias hæredem aliquem habere poſſit, ſiue teſtamentarium, ſiue legitimum; *l. 1. C. qui teſt. fac. poſſ. l. qui in poteſtate 6. ff. eo.* At non ex ea parte, qua impedit regulariter, ne poſſit ille proprium quidquam habere (ne quis fortè hic nos contraria ſcribere arbitretur) ſed ex illa, qua efficit ne filiusfamilias, qui in patris, aut aui poteſtate eſt, dici paterfamilias poſſit. Lex enim 12. ta. non modò in confirmandis teſtamentis, de patreſamilias tantùm locuta fuit, ſed etiam in legitimis hæreditatibus conſtituendis, his verbis: *Si ſuus hæres non erit, agnatus proximus familiam habeto:* cùm familiam habeant ſoli patresfamilias, non etiam filijſamilias, qui & paternam ſequuntur, & in paterna computantur, *d. l. pronunciatio 195. §. familia, de ver. ſign.* Niſi quòd ex voto & deſtinatione parentum ad paternam familiam ſic vocantur, vt etiam viuo patre quodammodo rerum paternarum domini eſſe exiſtimentur: vnde & ſuorum hæredum nomen acceperunt, quemadmodum eleganter Paulus tractat in *l. in ſuis 11. de liber. & poſthum.*

Nouell. 117. Vt lic. matr. & auia, § 1.

ILLATIO V.

De peculio profectitio, & de actione de peculio.

QVintò ex eodem ſupradicto Principio fit, vt peculium quod à patre filius habet, licèt etiam filij proprium quodammodo patrimonium dicatur, ſicut & peculium quod ſeruo conceſſum eſt; magis tamen filij, quàm patris eſſe intelligatur: *l. 3. §. ſed verum, ff. de minor.* Vnde fit, vt ex contractibus filij de peculio teneatur: *l. 1. l. ſi quis 44. ff. de pecul.* itémque vt inuito etiam filiofamilias minore, qui læſus fuerit, in integrum poſſit pater pro filio reſtitutionem omnimodo poſtulare: *l. patri 17. ff. de minor.* Denique vt poſſit pater peculium pro arbitrio, & ad nutum adimere, dum ne id faciat in fraudem peculiarium creditorum: *l. peculium 40. in fin. De pecul. l. 1. quand. de pecul. act. eſt annal.*

l. 3. §. ſed verum, ff. de minor.

PRINCIPIVM. IV.

De duorum ſimul in vnam eandémque perſonam poteſtate.

NEmo poteſt in duorum ſimul eſſe poteſtate, non magis quàm in dominio duorum. Etſi enim poteſtatis nomen, cùm de filiisfamilias agitur, non dominium ſignificat, vt cùm de ſeruis; ſed ius patrium à dominij iure prorſus diſtinctum; *l. poteſtatis 215. De verb. ſignific.* quæ tamen ratio facit, ne eiuſdem ſerui, aut alterius rei cuiuſlibet duo in ſolidum domini eſſe poſſint, *l. ſi vt certo 5. §. ſi duobus vehiculum, ff. commod. l. quod contra 141. §. vni duo, de reg. iur.* eadem inducit ne poſſit idem homo, aliáve vlla res in duorum ſimul eſſe poteſtate. Non ſolùm, ſi ex duobus illis alius alium in ſua poteſtate habeat, quo caſu referenda res eſt ad Princip. præcedens, in quo diximus fieri non poſſe, vt qui in aliena eſt poteſtate, alium habeat in ſua; ſed etiam ſi ratio illa ceſſet, vtroque ſui iuris exiſtente. Ius enim poteſtatis, cùm perſonæ ſit in perſonam, non poteſt non eſſe indiuiduum, ſicut & perſona ipſa eſt; & à qua, & in quam exercetur.

l. poteſtatis 215. De ver. ſign.

ILLATIO I.

De filiofamilias qui factus ſit ſeruus.

EX hoc Principio illud primùm fit, vt ſi filiusfamilias ſeruus effectus ſit, ſiue pœnæ, ſiue hominis, deſinat eſſe in patris ſui poteſtate: *§. cùm autem, verſ. pari ratione, infr. quib. mod. ius patr. pot. ſoluit.* Alioquin eſſet ſimul & eodem tempore in duorum poteſtate. Quanquam poteſt eius iuris alia quoque ratio afferri, eáque accommodatior, quam & Iuſtin. exprimit in *d. § cùm autem*, quòd quiſquis ſeruus fit, deſinat eſſe ciuis Romanus. Ius autem patriæ poteſtatis proprium ius eſt Romanorum, non ob id duntaxat quòd iis ſolis patribus cōuenit qui ſint ciues Romani, ſed ob id quoque quòd non niſi in ciues Romanos exercetur, cùm ciuium Romanorum diuiſio partim ex filiisfamilias conſtituatur: *l. nam ciuium 4. ff. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt.* Vnde eſt quod ſi filiusfamilias deportetur, quamuis non idcirco ſeruus fiat, aut pœnæ, aut hominis; perinde tamen ius patriæ poteſtatis intercidat, quia non minùs amittit ciuitatem, quam ſi ſeruus factus eſſet; *d. verſ. pari ratione.* Aliud eſt ſi filiusfamilias ab hoſtibus captus ſit. Et ſi namque interim verè ſeruus eſt hoſtium, ideóque eùm in eorum poteſtate ſit, non poteſt patriæ poteſtati ſubiectus eſſe, quia tamen reuerti quandoque poteſt, & quandocunque in ciuitatem reuerſus poſtliminij ius habere, cuius fictione aſſequatur vt ſemper in ciuitate fuiſſe intelligatur, neceſſe eſt medio tempore ſicut pendet eorum ſtatus, ita & in ſuſpenſo manere ius patriæ poteſtatis: haud aliter quàm ſi pater ipſe ab hoſtibus captus proponeretur: *§. ſi ab hoſtibus, inf. quib. mod. ius patr. poteſt. ſoluit.* De quo ſcripſimus *Princip. ſuper illat. 3.*

§ cùm autē, Quib. mod. ius patr. poteſt. ſoluit.

ILLATIO

ILLATIO II.

De liberis adrogati transferendis in familiam adrogatoris.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt adrogato patrefamilias, liberi qui in eius erant poteſtate, nepotes apud adrogatorem efficiantur, ſimúlque cum ſuo patre in eius recidant poteſtatem. Quod etſi non ſimiliter in adoptione contingit, quia nepotes ex eo in aui naturalis retinentur poteſtate, *l. adrogato 40. De adopt.* Vtrumque tamen fit eadem ratione, vt priore caſu non remaneant nepotes in patris ſui, aut aui naturalis poteſtate, cùm efficiuntur nepotes adrogatoris. Poſteriore verò, non in adrogatoris poteſtatem recidant, cùm remaneant in aui naturalis poteſtate, ſcilicet ne alioquin eueniat, quod euenire neceſſe eſſet, vt in duorum ſimul poteſtate eſſent. Quamquam & ad Principium ſuperius referri vtrumque commodiſſime poteſt, quòd alium in poteſtate ſua habere non poſſit is, qui ipſe non eſt ſuæ poteſtatis.

l. adrogato 40. ff. de adopt.

ILLATIO III.

De teſtamentis aui, & patris, nunquam ſimul per eundem poſthumum rumpendis.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt ſi filiusfamilias miles teſtamentum fecerit, & præterierit poſthumum per errorem, non quòd vellet eum exhæredatum, idémque poſthumus etiam ab auo militis patre præteritus ſit, fieri tamen nequeat vt poſthumus hic ab vtroque præteritus rumpat amborum ſimul teſtamenta, & aui & patris, ſed alterutrius tantùm: Aui nimitum, ſi naſcatur poſt mortem aui, qui ſuperuixerit patri: Patris, ſi naſcatur poſt mortem patris, qui ſuperuixerit auo: *l. ſi filiusfamilias 33. verſ. ſecundum quæ, & verſ. vlt. ff. de teſt. milit.* Nam cùm filius, aut nepos præteritus, non alia ratione nullum faciat, aut rumpat, ſiue patris, ſiue aui teſtamentum, quàm iure ſui hæredis, ſuus autem hæres nemo eſſe poſſit, niſi qui ſit in poteſtate; *d. l. filiusfamilias, §. 1. l. ſi filius 7. l. penult. & antep. De lib. & poſt.* Apparet fieri non poſſe, vt quis adgnaſcatur duobus ſuus hæres, non magis quàm vt in duorum ſimul ſit poteſtate; quod & Baldus non inſubtiliter notat ad *d. l. filiusfamilias, in fin.* Aliud eſt, ſi quæratur, quamobrem non poſſit auus & filium & nepotem ex eodem filio habere ſimul ſuos hæredes? Non enim erit bona ratio, ſi petatur ex iure patriæ poteſtatis, cùm auus hic & filium & ſimul cum filio nepotem æquè habeat in poteſtate, vt diximus *Princ. ſuper. illat. 1.* Petenda igitur eſt ex eo, quod ſuum hæredem illum dicimus, qui non tantum in poteſtate eſt, ſed etiam in cauſa ſuccedendi primum gradum locúmque obtinet: *d. l. ſi filiusfamilias, l. ſcripto 7. ff. vnd. liber. l. ſi quis filio 6. ff. de iniuſt. rup.* Atqui fieri non poteſt, vt filius & nepos, cùm ſint diuerſi gradus, parem in ſuccedendi iure gradum obtineant, ſiquidem lex, cuius poteſtas ſola ea eſt quæ facit ſuum hæredem, nunquam defert hæreditatem diuerſis gradibus ſimul, adeóque nec ſequenti gradui poſt præcedentem, ſed ei duntaxat gradui qui primus & proximus ſit. Illa namque verba legis duodecim tabularum, *Si ſuus hæres non erit*, in ſingulari numero prolata, non ſingularem ſui hæredis perſonam demonſtrant (cùm nihil prohibeat plures eiuſdem gradus ſuos hæredes eſſe, quod euenit quoties moritur quis pluribus relictis liberis ex legitimo matrimonio ſuſceptis, nec emancipatis) ſed ſingularem vnicúmque gradum ſuorum hæredum. Vt intelligamus nunquam legem pati, vt ſuorum hæredum plures ſint gradus: Sicut & quod eadem lex ait, *Agnatus proximus familiam habeto*, non eum ſenſum habet, vt nullo ſuo hærede exiſtente, legitima hæreditas vni tantùm agnato deferatur, ſed vt vni tantùm eique primo & proximo gradui agnationis: perſonis verò omnibus, quotquot eodem gradu continentur, tanquam quæ hac parte vnius tantùm perſonæ vice fungantur, *§. ſi plures 5. infr. De legit. agn. ſucceſſ. l. 1. §. ſed ſi ff. vnd. cognat. l. 2. §. hac hæreditas, ff. de ſuis & leg.* Indéque eſt, quod vt ſæpius iam monuimus, neque in ſuis, neque in agnatis fuit olim ſucceſſio: *l. 1. §. ſciendum, eod. § placebat, Inſt. de legit. agnat. ſucceſſ.* id eſt hæreditas, quæ primo gradui ſiue ſuorum hæredum, ſiue agnatorum delata ſemel fuerat, eo gradu poſtea deficiente, nunquam ad ſequentem gradum deuoluebatur, quaſi conſumpta per primam hæreditatis delationem tota legis poteſtate. Quanquam inter ſuos, & agnatos, hæc ſemper fuit differentia, quòd agnatorum plures gradus eſſe potuerunt, ſuorum verò non niſi vnus. Inde etiam quòd nepos ab auo præteritus, eo tempore quo filius viuebat, filio poſtea præmortuo, dicitur teſtamentum rumpere, ſuccedendo ſcilicet in gradum locúmque ſui hæredis, qui in primo gradu erat: *d. l. ſi quis filio, l. Gallus 29. §. videndum, & ſeq. De liber. & poſt.* quia prædefuncto eo, qui primum tenebat gradum, nepos in ſecundo gradu conſtitutus ſubintrat locum patris, non quoad ius patriæ poteſtatis, nam viuo etiam patre iam in aui erat poteſtate, ſed quoad ius ſuccedendi: quoniam quiſquis in primo gradu reperitur, ſiue iure naturæ, ſiue repræſentationis, ei demum tanquam ſuo hæreditas per legem defertur: *§. cùm filius, infr. de hæredit. quæ ab inteſt. defer.*

De verbis illis leg. 12. tab. Si ſuus hæres non erit.

De aliis verbis eiuſdem legis, Agnatus proximus familiam habeto.

ILLATIO IV.

De filio adoptiuo.

QVartò ex eodem Principio fit, vt quamuis per adoptionem redigatur quis in adoptiui patris poteſtatem, perinde acſi ex iuſtis eius nuptiis natus eſſet, Iuſtinianus tamen cum voluit conſtituere in *l. penult. C. de adopt.* vt filiusfamilias à patre in adoptionem alteri datus, non deſinat eſſe in patris naturalis poteſtate, coactus fuerit eadem lege conſtituere, vt in patris adoptiui familiam & poteſtatem non tranſiret, niſi auo, vel proauo naturali nepos in adoptionem datus proponatur. Quia etſi à iuris ciuilis ratione omnino alienum illud eſt, tamen fuiſſet multò alienius inducere, vt filius hic & in patris naturalis poteſtate remaneret, & in adoptiui patris familiam ac poteſtatem tranſiret. Siquidem id manifeſtam implicaret contradictionem, nec tantùm iuris ciuilis, ſed etiam naturæ regulas violaret.

ILLATIO

ILLATIO V.

De filia nupta tranſeunte in poteſtatem viri.

QVintò ex eodem Principio fit, vt quemadmodum iure ciuili filia licèt conſentiente patre nupta, non tranſit in poteſtatem viri ob id ſolum quod nupta eſt, quia matrimonium ſiue filij, ſiue filiæ, non eſt ex iis modis quibus patriam poteſtatem ſolui placuit; *l. 1. §. vlt. De lib. exhib.* vbi eſt textus elegans: Ita è contrario, apud eos populos, quorum moribus receptum eſt, vt filia ſit in poteſtate viri, quomodo in pleriſque Galliæ prouinciis; indui neceſſe fuerit, vt ea via exiret de patris poteſtate, matrimonio vices emancipationis ſubeunte: vt ex Boërio & Paponio notat Gothofr. ad *l. 3. C. de emancip. lib.* Ne alioqui eueniret contra iuris & naturæ regulas, vt in duorum ſimul poteſtate eſſet, patris & mariti. Quanquam hoc amplius eſt in Gallia, quod etiam filij per matrimonium patria liberantur poteſtate, licèt non idcirco tranſeant in vxorum poteſtatem.

l. 1. § vlt ff de liber. exhib.

PRINCIPIVM V.

De dignitate patriæ poteſtatis.

PAtria poteſtas inæſtimabilis res eſt, vt loquitur Mæcianus in *l. filiusfamilias 114. § ſed ſi liberos, De leg. 3* Non ob id ſolùm, quòd per eam fiat, vt patres in liberos habeant ius vitæ & necis (nam & dominica poteſtas idem iuris tribuit dominis in ſeruos, vt diximus *titulo ſuperiore*; nec tamen vllo iuris loco inæſtimabilis appellatur:) Nec rurſum propter commoda quæ patribus per liberos conſtitutos in poteſtate acquiruntur, omnia enim, quantacunque ſint, ſuam habent æſtimationem, niſi quatenus incerta ſunt, pendéntque ex futuro euento, cuius certa æſtimatio nulla per rerum naturam eſſe poteſt; Sed ob id maximè, quod ea poteſtas ſit in caput ciuis Romani, quo maius & excellentius nihil eſt, quod dari poſſit legibus Romanorum.

l. filiusfamilias 114. §. ſed ſi liberos, de legat. 1.

ILLATIO I.

De non cogendo patre vt liberos ſuos emancipet.

EX hoc Principio illud fit, vt non poſſit cogi pater filiumfamilias emancipare, neque per filium ipſum quem habet in ſua poteſtate: *l. non poteſt filius 31. ff. de adopt.* neque per alium, *d. §. ſed ſi liberos*, niſi eam ſibi neceſſitatem is ipſe impoſuerit, ſiue agnoſcendo voluntatem eius, à quo ſub hac filij emancipandi lege aliquid acceperit; *l. ſi cui legatum 92. De cond. & demon.* Siue filium aut filiam ad turpia cogendo, vt in *l. ſi patres lenones 12 C. de epiſc. audient.* Siue qua alia ratione malè illos, & contra paternam pietatem afficiendo. Nam & hac cauſa cogendum eſſe patrem vt liberos emancipet, reſcriptum & conſtitutum eſt à Traiano; vt Papin. vt refert in *l. vlt. ff. ſi a parent. quis manumiſſ.* Et meritò. Nam ſi dominorum quoque in ſeruos ſæuitia eo vſque punitur, vt ſeruum nimis malè habitum dominus vendere compellatur; *l. 2. ff. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt.* Quanto magis prouidendum liberis fuit, qui & verè liberi, & ciues Romani ſunt, vt eos emancipare patres ſæuientes cogerentur? Vtrunque enim fit, vt ex eodem iuris noſtri Principio, quod publicè interſit ne quis re ſua abutatur, vt diximus *ad Princ. 4. tit. præced.* In eóque animaduerti poteſt quanta, & quàm inæſtimabilis res ſit patria poteſtas; cùm homini, qui in ciuis Romani caput ſupra modum ſæuierit, non alia irrogetur pœna, quàm vt ea poteſtate carere cogatur. Adeò tamen ea priuatur, vt nec manumiſſoris ius habeat in bonis defuncti filij, quem emancipare coactus fuit. Id enim Traianus quoque conſtituit ex conſilio Neratij Priſci, & Ariſtonis, *d. leg vlt. propter neceſſitatem ſoluendæ pietatis*: vt eleganter loquitur *ibidem* Papinianus: pietatis nomine intelligens patriam poteſtatem; quippe quæ non in atrocitate, quomodo illa quæ dominorum eſt in ſeruos, ſed in pietate conſiſtat, aut ſaltem debeat conſiſtere: *l. nec in ea. 22. in fin. ff. ad leg. Iul. de adult. l. Diuus 5. ff. de leg. Pomp. de parricid. l. 1. §. vlt. ff. de lib. exhib.* Nec minùs eleganter Tertull. *in apologet.* Quod foris eſt regnum, id domi patria poteſtas. Quod foris tyrannis, id domi dominium eſt. Vt non ſine cauſa gratius ſit nomen pietatis quàm poteſtatis. Ex quo etiam fit, vt quamuis paterfamilias ille ſit, qui in domo dominium habet, *l. pronunciatio 195. §. familia. De ver. ſign.* tamen potiùs patrem, quàm dominum familias dici placuerit; vt bene Iacob. Cuiac. obſeruauit ad *l. quidam 132. De verb. obligat.*

l. non poteſt filius 31. ff. de adopt.

Anton. Fabr. Iuriſp. Papin. Scient.

ILLATIO II.

De filio ingrato reuocãdo in patriam poteſtatẽ.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt ſi filius à patre emancipatus ingratum ſe præſtet, non alia ei durior pœna irrogetur, quàm vt in patriam poteſtatem redigatur, ſcilicet per ſententiam Magiſtratus, & propoſita in eam rem ingrati accuſatione, reſciſſaque priùs emancipatione: *l. vnic. C. de ingrat. lib.* quomodo contingeret, ſi libertus ingratus à patrono in ſeruitutem reuocaretur: *l. 1. pen. & vlt. C. de liber. & eor. liber.* Quaſi nihil ſit, quod patria poteſtate maius patri dari poſſit, nihil tanti momenti quod filio poſſit adimi, quàm ſi mulctetur damno immeritæ libertatis, vt ait *d. l. vnic. C. de ingrat. liber.* Quamquam hac etiam parte, vt & in cæteris ferè omnibus melior conditio eſt ingratorum liberorum, quàm libertorum. Cauſæ namque ingratitudinis, propter quas liberi in patriam poteſtatem reuocandi ſunt, duæ tantùm proponuntur, in *d. l. vnic. ſi parentes vel acerbitate conuitij, vel cuiuſcunque atrocis iniuriâ dolore pulſauerint.* Cùm tamen multò plures ſunt, ex quibus ingrati liberti rediguntur in ſeruitutem, putà ob res patroni non adminiſtratas, tutelámve liberorum patroni recuſatam: *l. ingratus 19. ff. de iur. patron.* Quid ergo ſi filius emancipatus patri egenti alimenta denegauerit? Conſtat ſanè ex hac cauſa reuocari libertum in priſtinam ſeruitutem, *l. alimenta 6. §. 1. ff. de agnoſc. liber. l. vlt. C. de libert. & eor. libert.* Sed non putat Donellus *lib. 2. Comment. cap. 24.* idem in liberis obtinere,

l. vnic. C. de ingrat. liber. leg. 1. pen. & vlt. C. de libert & eor. liber.

tinere, quaſi caſus hic ad neutrum pertineat eorum, qui expreſſi ſunt in *d.l.vnic.* multúmque interſit an factum ſit quod fieri non debuit, an omiſſum quod fieri debuit: *l. ſi cuius 13.* aliàs *l. ſi vſusfructus, §. denique. ff. de vſufr.* Ego tamen contrà puto, quia multò grauius eſt egenti patri non ſubuenire filium, atque ita quantum in ſe eſt facere vt fame pater pereat, quàm eum verbis & iniuriis quantumuis atrocibus laceſſere. Neque video, qua fronte poſſit filius dicere nihil ſe feciſſe, qui patrem necaſſe, aut ſaltem necare voluiſſe videatur: *arg. l. necare 4. De agnoſc. & alend. lib.* cùm nihil interſit, an quis occidat, an mortis cauſam præbeat: *l. nihil intereſt 15. ff. ad leg. Cornel. de ſicar.* Nec rurſum cur in re tanti momenti melior debeat eſſe conditio patroni, quàm patris, qui & patronus & pater eſt: *arg. l. 1. §. vlt. ff. ſi à parent. quis manum.* Quinimò etiam hodie filiusfamil. in eo caſu extremæ inopiæ & egeſtatis paternæ per patrem vendi poteſt, vt dicemus *Princip. ſeq. illat. 2. ex l. vlt. C. de patrib. qui filios ſuos diſtrax.* Adde vetus illud prouerbium, à Gothofr. relatum ad *l. 5. ff. de lib. agnoſc.* Filij aut parentes alant aut vincian-tur. Nec ſanè alimenta & ſubſidium vitæ, minus quàm reuerentiam liberi parentibus debent: *l. filia 5. C. hoc tit. de patr. poteſt.* Malè etiam meo iudicio idem Donellus *d. ca. 24. & cap. 20. eiuſd. l. br. verſic. quæritur*, patriam poteſtatem ex filij delicto acquiri ſcribit. Non enim hoc caſu tam acquiri quàm quæ priùs fuerat reſtitui dicenda eſt; cùm non redeat filius in poteſtatem patris, niſi priùs reſciſſa, vt diximus, emancipatione: quæ porrò vbi ſemel reſciſſa eſt, illud neceſſariò relinquitur, vt patri non aliud ius poteſtatis in filium competat quàm illud ipſum quod habuerat, antequàm filium emanciparet; id eſt quod ex iuſtis nuptiis fuerat acquiſitum. Itaque ingratitudo filij hoc vnum efficit principaliter, vt emancipatio, quæ patriæ poteſtatis vinculum diſſoluerat, reſcindatur; ſed non dat patri ius patriæ poteſtatis. Quinimò nec illud ei reddit, niſi in conſequentiam reſciſſæ, vt dixi, emancipationis. Et certè cùm patria poteſtas inæſtimabilis res ſit, fieri non poteſt vt ex delicto filij acquiratur, ſiquidem delicta omnia quantumcunque grauia ſuas pœnas alias habent, quarum magnitudine tanquam iuſto ſuo pretio æſtimantur. Itaque ſi ponas ex filio emancipato ſuſceptum nepotem, qui nunquam fuerit in aui ſui poteſtate, quot & quantas voles iniurias naturali auo intuliſſe; erit quidem pro admiſſi magnitudine puniendus, ſed non ea pœna, vt poteſtati aui, quam expertus nunquam fuerit, ſubiiciatur. Id enim nulla lege proditum eſt, neque verò prodi, aut induci potuit; cùm patria poteſtas non ſolùm ei cui competit, ſed illis etiam perſonis in quas exercetur, & vtilis & honorifica eſſe exiſtimetur. Quis enim prudens Legiſlator eam delicto pœnam irrogare velit, ex qua condemnatus & commodum conſequi poſſit & honorem? Siquidem hoc ipſo quod patriæ poteſtati vel datur quis, vel redditur, iura ſui hæredis aut nunc primum nanciſcitur, aut quæ per emancipationem amiſerat, recuperat, vt poſtea dicemus.

Dices, Cur ergo ingratis liberis pœna hæc conſtituta eſt, vt in patriam poteſtatem rediguntur? Reſpondeo, quia iſtis, qui patria poteſtate liberati ſemel fuerunt per emancipationem, non poteſt honorificum eſſe, vt in patriam poteſtatem reuertantur, niſi id fiat per adoptionem: *l. qui liberatus eſt 11. ff. de adopt.* An ex natura patriæ poteſtatis, quæ poſſit aliquo caſu non eſſe vtilis & honorifica filio qui eſt in poteſtate? Minimè. Sed propter turpitudinem cauſæ, quæ facit vt filius poſt emancipationem redigatur in patriam poteſtatem. Cauſa enim alia non eſt, quam filij ingratitudo, quâ quid turpius, quid fœdius? Patria poteſtas ob eam cauſam patri reſtituta, eius ingratitudinis manifeſta nota eſt. Ergo & filio inhoneſta. Nec idcirco tamen inutilis, quia quod filius fuerit ingratus qui ob eam cauſam in patris poteſtatem reuertitur, non impedit quominùs patri ſuus hæres fiat, & conſequenter ſui hæredis commoda, quæ non pauca ſunt, conſequatur. Sed non putat ciuilis Legiſlator, vtile dici poſſe quod non ſit honeſtum; ideóque non dubitat eam filio ingrato pœnam infligere, vt illum reuocet in patriam poteſtatem, quaſi nullam ex ea pœna vtilitatem ſenſurus ſit, qui nullam ſentire poſſit, niſi quæ cum infamia ſit coniuncta. Alia cauſa eſt filijfamilias, qui propter delictum ſuum deportatus, atque ita patria poteſtate liberatus, poſtea ex indulgentia Principis reſtitutus eſt. Hic enim non reuertitur in patriam poteſtatem, niſi hunc quoque honorem ſpecialiter impetrauerit: *l. in inſula 6. C. de ſent. paſſ.* ſicut nec pater deportatus, poſteáque reſtitutus, recipiendo iura ſua omnia recipit tamen patriam poteſtatem, niſi hoc quoque ſpecialiter impetrauerit: *l. ſi pater 9. §. eod.* ex quorum locorum coniunctione non ineleganter probatur, patriam poteſtatem & patri & filio honori eſſe intelligi, non oneri.

ILLATIO III.

De non cogendo filio, vt redigatur in patriam poteſtatem citra ingratitudinem.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt extra ſupradictam ingratitudinis cauſam, non poſſit cogi filius, ſiue naturalis, ſiue emancipatus vt redigatur in patriam poteſtatem: *l. vlt. De his qui ſui vel alien. iur. ſunt.* Non enim fieri poteſt, vt patria poteſtas ſit res inæſtimabilis ex parte patris, quin ex parte filij ſit etiam quid inæſtimabile patria poteſtate liberatum eſſe. Vel idcirco quòd licèt patria poteſtas non faciat ex filiisfamilias ſeruos; negari tamen non poteſt, quin ius libertatis filij multum imminuat, cùm ex ea cauſa filiusfam. non ſui, ſed alieni iuris eſſe dicatur, adeóque liber fieri cum emancipatur: *l. ſi filius 8. ff. de probat.* & è contrario, immeritæ libertatis damno affici, cùm reuocatur in patriam poteſtatem: *l. vn. C. de ingrat. liber.* libertas autem res per ſe inæſtimabilis, *l. libertas 106. l. non eſt ſingulis 176. §. 1. De reg. iur.* tantò inæſtimabilior eſt, quantò plenior. Obſerua tamen, quod de filio naturali ſcriptum eſt in *d. l. vlt.* non de eo accipiendum eſſe qui natus ſit ex concubina, vt vulgò creditur (naturalium enim liberorum nomen hoc ſenſu fuit incognitum Prudentibus noſtris, quotquot Conſtantini tempora præceſſerunt, vt Iuſtin. teſtatur. *Nouell. 89 quib. mod. natur. effic. legit.* & nos pluribus dicemus ad *tit. ſeq. Princip. 2.*) ſed de illo qui natus ſit in ſeruitute ex contubernio, quo nomine vocabantur coniunctiones ſeruorum, cùm matrimonia dici non poſſent: *l. Lucius Titius 88 §. Dama & Pamphilo, in fin. De legat. 2.* Nam ſi verum eſt, vt eſt quod

ſecundo

l. vlt. C. de patrib. qui filios ſuos diſtrax.

l. vlt. De his qui ſui vel alien. iur. ſunt.

ſecundo huius tituli Principio diximus; eos demum liberos in patria eſſe poteſtate, qui ex iuſtis nuptiis procreati ſunt; prorſus conſequens fit, vt qui in ſeruitute nati ſunt, ſicut ex iuſtis nuptiis, quæ inter ſeruos nullæ ſunt, nati eſſe nequeunt, ita nec in patrum poteſtate eſſe poſſint; quia nuptias non natura facit, ſed conſenſus iuſtus, id eſt legibus & iure comprobatus. Idque eſt quod Vlpian. ait in *l. vlt ff. de adopt.* in ſeruitute mea quæſitum filium, in poteſtatem meam redigi poſſe beneficio Principis, tametſi non eo minùs maneat libertinus. Planè dubitandum non eſt, quin idem iuris obtineat in iis quoque liberis, quos hodie naturales appellamus, id eſt qui ex concubina ſuſcepti ſunt, vt nimirum inuiti non redigantur in patriam poteſtatem per legitimationem. Id enim nominatim conſtituit Iuſtin. *d. Nouell. 89. quib. mod. natur. offic. legit. cap. 11. §. generaliter autem.*

l. vlt. ff. de adopt.

PRINCIPIVM VI.

De perſona filiiſfamilias integra.

IVs patriæ poteſtatis licèt faciat vt filiusfamilias non ſit ſui iuris, ſed alieni; facere tamen non poteſt, ne filijfamilias perſona ſit integra, perinde ac ſi ſui iuris eſſet. Non enim ſunt iſta contraria Filiumfamilias ſui iuris non eſſe, Et eum tamen integram perſonam habere: ſiquidem aliud eſt de perſona quærere, aliud de iure perſonæ. Dicimus filiumfamilias non eſſe ſui iuris, quia perinde eſt in aliena poteſtate, atque ſeruus. Perſonam tamen ipſius integram eſſe aſſerimus, vt demonſtremus in quo filiusfamilias differat à ſeruo. Serui namque perſona integra eſſe non poteſt, cùm in ciuitate caput non habeat, non magis quàm ſi in rerum natura non eſſet; nec proinde ſtatum. Quomodo enim ſtare is poteſt qui caput non habet: Vnde eſt quòd cùm manumittitur, nec capite minui dicitur nec ſtatum mutare: *l. 3 §. vlt.* cum *l. ſeq. ff. de capit. min. § ſeruus autem, infr. De capit. diminut.* Denique ob eam cauſam pro nullo habetur iure ciuili, *l. quod attinet 32. De regul. iur.* id eſt non tam pro mortuo, quàm pro nec nato. At de filiofamilias dubitari non poteſt quin caput habeat in ciuitate, nec proinde quin perſonam habeat integram, cùm ſit ciuis Romanus. Iam enim ſæpiùs diximus, ciuium Romanorum ſummam eſſe illam diuiſionem, vt ſint vel patresfamilias, vel matresfamilias, vel filijfamilias, vel filiæfamilias: *l. nam ciuium 4. De his qui ſui vel alien. iur. ſunt.* Quis verò putet fieri potuiſſe, vt ciuilis Legiſlator præſertim Romanus, ciuitatem ſuam conſtitui, conſtaréque pateretur ex iis perſonis, quæ integræ dici non poſſent? Itaque minui capite dicitur filiusfamilias cùm emancipatur, non ob id quòd patria poteſtate liberetur, ſed quia non poterat olim fieri emancipatio, niſi per trinam imaginariam venditionem: vt diximus ad *tit. Quib. mod. ius patr. poteſt. ſoluit.* atque ita euenire neceſſe erat, vt filiusfamilias priuſquàm patria poteſtate liberatus eſſet, fieret ſeruus: & conſequenter minueretur eo capite, quod anteà filiusfamilias manens in ciuitate habuiſſet.

l. ei… [illegible]

ILLATIO I.

Filiumfamilias non eſſe in dominio patris.

EX hoc Principio illud primùm fit, vt filiusfamilias in patris dominio non ſit, ſed tantùm in patris poteſtate, in quo præcipuè differt à ſeruo: *l. poteſtatis 215. De verb. ſignific.* Nam qui in alterius dominio eſt, caput in ciuitate habere non poteſt: adeò vt nec patresfamilias, ſi ab hoſtibus capti ſint, & quandiu in ea conditione ſunt, caput in ciuitate habere intelligantur: non alia de cauſa, quàm quod interim verè ſint ſerui hoſtium; quamuis propter fictionem poſtliminij, quæ durat quandiu in ciuitatem reuerti poſſunt, omnia ipſorum iura in ſuſpenſo remanere, potiùs quàm in totum abrupta eſſe exiſtimentur; vt diximus ad *§ ſi ab hoſtibus inf. Quib. mod. ius patr. poteſt. ſoluit.*

l. poteſtatis 215. de verb. ſignific.

ILLATIO II.

De prohibita parentibus diſtractione filiorum.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt non ſicut ſerui, ita & filiifamilias vendi, aut alij mancipari, aut noxæ dedi poſſint; quia liberi hominis, hoc eſt integram perſonam habentis, adeóque ciuis Romani neque venditio valet, neque aliud licitum commercium vllum eſt: *l. ſed Celſus 6. ff. de contrah. emptio. l. 1. § ſi id quod, ff. de obl. & act. l. liber homo 103. De verbor. oblig.* vbi additur, nec hominis liberi æſtimationem præſtari poſſe, quia nempe nulla eſt. Neque verò hac in re plus iuris vnquam patres habuerunt prætextu patriæ poteſtatis, non magis quàm prætextu ignorantiæ: *l. 1. C. de patrib. qui filios ſuos diſtrax.* idque non tam propter publicam honeſtatem, legiſve prohibitionem, vt quidam putant, quàm defectu poteſtatis, & iuris; quia nullum ius habet pater vendendi filium, quem neque in dominio, neque in bonis ſuis habet: cùm ſit multò difficilius facere, vt alius qui pater non ſit, habeat in dominio, vel in bonis ſuis eum, quem pater ipſe non habeat. Ex regula *leg. nemo plus iuris 54. De regul. iur.*

At inquies, Cur non illud ſaltem patri permittitur, vt patriam poteſtatē, quam reuera habet, vel diſtrahat, vel oppignoret, vel alio modo alienet? Nimirum, quia ius patriæ poteſtatis merè perſonale eſt, nec minus inſeparabile à perſona, cui ex iuſtis nuptiis quæſitū fuit, quàm nomen ipſum patris, ex quo & patria poteſtas nuncupatur. Patrem enim temporalem non magis ius noſtrum agnoſcit, quàm natura: *l. quæſitum 34. ff. de adopt.* Vnus tamen caſus eſt, quo patrifamilias permiſſa filij venditio eſt, & cōſequēter multò magis oppigneratio. Is eſt *ex lege* Cōſtantini, Si quis propter nimiam paupertatem, egeſtatémque, victus cauſa vendiderit filium, filiámve ſanguinolentos, id eſt recens natos (vix enim eſt vt alios ætate grandiores velit quis inuitos comparare, aut pignori accipere) Placuit namque Conſtantino in *l. 2. C. de patrib. qui filios ſuos diſtrax.* hoc tantummodo caſu valere venditionem, ſed hactenus vt oppignerationis

l. quæſitum 14. ff. de adopt.

potiùs, quàm venditionis iure cenſeatur; hoc eſt vt emptor quidem obtinendi eius ſeruitij habeat facultatem, ſed liceat ipſi qui vendidit, itémque ei qui alienatus eſt, adeóque cuilibet alij eum repetere ad propriam ingenuitatem, dummodo pretium offeratur, id eſt quanti valeret ſi ſeruus eſſet, aut aliud mancipium eiuſdem æſtimationis.

Errant tamen, meo iudicio, qui ad hunc tractatum De filiis à patre non oppignorandis pertinere putant, quòd ſcriptum eſt in *l. ob æs alienum* 12. *C. de obl. & act.* ob æs alienum ſeruire liberos creditoribus compelli non poſſe. Liberos enim homines eo loco, non filios intelligere debemus. Nam & Iuſtin. *conſtit. nouel.* 134. *Vt nulli iudic. cap.* 7. *§. quia verò* vnde ſumpta eſt *auth. immo à debito d. tit. C. de obl. & act.* etſi prohibet ne pro paterno debito, filius pignori capi, aut retineri poſſit; non tamen patribus id prohibet, ſed creditoribus, irrogata etiam iis qui contrà fecerint pœna, patribus ipſis exſoluenda: Et huiuſmodi prohibitionis cauſam, pœnæque hoc nomine conſtitutæ, non ex alio petit Iuſtinianus, quàm ex eo quod non ſit ferendum, vt perſonam liberam pro debito liceat cuiquam vel retinere, vel locare, vel pignorare. Itaque qui Authenticas iſtas contexuit feſellerunt prima illa legis verba: *Ob æs alienum*, quæ ille ſic accepit, ac ſi de alieno debito, putà paterno intelligi deberent; Cùm tamen ad proprium ipſius debitoris debitum referantur: quod in libris noſtris paſſim æs alienum ideo appellatur, quoniam pecunia quæ debetur, non tam debitoris eſt, quàm creditoris, ſi effectum reſpicias, & eam quæ imminet ſoluendi neceſſitatem; quamuis interim, id eſt, quandiu ſolutio non fit, pecunia quæ debetur, reuera ſit debitoris, non creditoris: *l.* 2. *ff. de lib. legat.* Alioqui nec ſoluendo liberaretur debitor, ſi alienam pecuniam ſolueret, non ſuam. Dicimus tamen pecuniam debitam videri eſſe creditoris, non debitoris, quoniam qui actionem habet ad rem conſequendam, ipſam rem habere videtur; & è contrario nemo videtur id habere, quod alij cogatur ſoluere. Denique tum etiam cùm pleniſſimum erat ius patriæ poteſtatis, ita vt vitam quoque filiofamilias adimere pater poſſet, nunquam tamen patribus fuit permiſſum, vt liberis ſuis vlla ex cauſa auferrent libertatem: *l. vlt. C. de patr. poteſt.* quam tamen certum fuiſſet per venditionem ademptum iri, ſi filiifamilias venditio illo caſu valuiſſet.

ILLATIO III.

De iis, quæ ad ius publicum ſpectant, in quibus filiusfamilias non ſequitur ius poteſtatis.

l. nam quod 14. *ff. ad SC. Trebell.* *l. filiusfamilias* 9. *De his qui ſui vel alien. iur. ſunt.*

TErtiò ex eodem Principio fit, vt in iis quæ ad publicum ius ſpectant, filiusfamilias non ſequatur ius patriæ poteſtatis: *l. nam quod* 14. *ff ad SC. Treb.* pro patrefamilias habeatur, *l. filiusfamilias* 9. *De his qui ſui vel alie. iur. ſunt.* Nec ſolùm ſi cum alio quàm cum patre rem habeat, ſed etſi cum ipſo patre; putà ſi pater ab aliquo hæres inſtitutus, & de hæreditate alteri reſtituenda rogatus ſuſpectam dicat, & cogendus ſit vt adeat poſtulante fideicommiſſario, & imperio Prætoris, cuius propria iuriſdictio & cognitio de fideicommiſſis fuit, qui ob eam cauſam fideicommiſſarius vocabatur. Nam ſi filiusfamilias talis Prætor ſit, perinde patrem cogere poterit, atque alius Prætor quilibet alium priuatum quemlibet: *l. ille à quo* 13. *§. vlt. ad SC. Trebell.* Sed & in priuata cauſa patris iudex eſſe poteſt, *l. in priuatis* 77. *ff. de iudic.* quia vt ſubiicitur *in l. ſeqq.* iudicare munus publicum eſt. Etſi enim patria poteſtas facit, vt filiusfamilias in patris poteſtate ſit; tamen non impedit quominus ſit ille etiam, multóque magis in patria poteſtate, cuius cauſam patriæ poteſtatis iure idcirco antiquiorem eſſe conuenit: *l. honor* 14 *§. plebeij, ff. de muner. & honor.* iunct. *l. poſtliminium* 19. *§. filius quoque, ff. de capt. & poſtlim. reuerſ.* Sicut enim per patriam iuráque ciuitatis fit, vt poſſit quis iuſtos ac legitimos liberos ſuſcipere, iuſtas nuptias contrahendo, ita de vnoquoque ciue ſic ſentire æquum eſt, vt & priùs & magis Reipublicæ, quam parentibus ſuis natus eſſe videatur: *l.* 1. *§. & generaliter* 15. *ff. de ventr. in poſſ. mit.* vt ſcripſimus *ad Princip.* 5. *d. tit.* 1. *De iuſt. & iur.*

ILLATIO IV.

De filiifamilias capacitate in honoribus & dignitatibus obeundis, etiam inuito patre.

QVartò ex eodem Principio, eadémque cauſa fit, vt filiusfamilias omnium honorum, munerum, & dignitatum perinde particeps & capax ſit, atque paterfamilias quilibet, nec ſolùm ignorante, ſed etiam quod magis eſt inuito patre: *l. ſi filiusfamilias* 3. *C. ne filius pro patre, l. filios* 5. *C. de Decur. lib.* 10. *tit.* 31. Quod vtique non ita eſſet ſi filiusfamilias integram perſonam nõ haberet. Quomodo enim caput ciuitatis eſſe poſſet in ſupremo magiſtratu conſtitutus filiusfamilias, ſi nullum ipſe haberet caput? Aut quomodo per filiumfamilias magiſtratum integra conſeruari poſſet ciuitas, ſi perſonam ipſe integram non haberet? Nam & inde fit vt ſeruus è contrario incapax ſit munerum omnium & honorum: *l. ff.* 3. *de offic. Prætor. l. non mutant* 11. *l. non idcirco* 38. *C. de liber. cauſ.* nimirum quia cùm caput non habeat, integram perſonam habere non poteſt: adeò vt nec ad vllos actus ciuiles adhibeatur: *l. qui teſtamento* 20. *§. ſeruus, ff. qui teſt. fac. poſſ. l. generali* 3. *C. de tabul. lib.* 10. *tit.* 69.

ILLATIO V.

De filiifamilias tanquam patrisfamilias obligatione, ex omnibus cauſis.

l. filius familias 39. *De oblig. & act.* *l. tam ex contractibus* 57. *ff. de iudic.*

QVintò ex eodem Principio fit, vt filiusfamilias ex omnibus cauſis tanquam paterfamilias obligetur: *l. filiusfamilias ex omnibus cauſis* 39 *ff. de oblig. & act.* vbi Caius ex hoc infert, Agi cum eo tanquam cum patrefamilias idcirco poſſe. Ex omnibus inquam, cauſis, id eſt tam ex contractibus, quàm ex delictis: vt Vlp. interpretatur in *l. tam ex contractibus* 57. *ff. de iudic.* ſub qua diuiſione obligationes eas quoque contineri accipiendum eſt, quæ vel ex quaſi contractu, vel ex quaſi delicto proficiſcuntur: quæ

quatuor

quatuot ſumma ſunt genera obligationum contrahendarum; vt dicemus *infr. ad tit. de oblig.*

Obſeruandum tamen eſt, quod addit Vlp *in d. l. tam ex contractibus*. Mortuo filio poſt litis conteſtationem, transferri iudicium in patrem duntaxat de peculio, & quod in rem eius verſum eſt; quamuis filius ipſe, dum viueret, in ſolidum teneretur: *l. ſi quis cum filiofamilias 44. ff. de pec.* nempe quia filiusfamilias extra cauſam caſtrenſis peculij, de quo fuerit teſtatus, neque patrem, neque alium hæredem vllum habere poteſt.

Dices, Quid ergo attinet quærere an filiusfamilias ante, vel poſt litis conteſtationem deceſſerit: Non enim alius hac parte poteſt effectus eſſe conteſtationis, quàm vt actio conteſtata etiam pœnalis tranſeat in ſolidum contra hæredem: *l. vnic. C. ex delict. defunct. l. conſtitutionibus 33. ff. de obl. & act. §. pœnales, infr. de perp. & temp. act.* De peculio autem, & de in rem verſo, vtique pater teneretur etiam filiofamilias ante conteſtationem defuncto, quin etiam eo viuo: *d. l. ſi quis cum. & tot. tit. de pecul. & de in rem verſ.* Reſpondeo, aliud eſſe teneri patrem de peculio, Aliud verò, actionem in ſolidum inſtitutam contram filium, poſt filij mortem transferri in patrem ad finem vſque peculij. Poteſt enim creditoris multum intereſſe, vt actionem iam inſtitutam, & in qua iam factæ ſint fortaſſe probationes, perſequantur potiùs, quàm vt inſtituat nouam: Vel ob hoc ipſum, ne & temporis, & ſumptuum in priorem litem impenſorum iacturam incurrat; quod eueniret, ſi mortua cum filiofamilias priore lite, quæ contra eum fuerat inſtituta, nouam aduerſus patrem inſtituere ac inchoare cogeretur. In ſeruis, quia neque caput, neque integram perſonam habent; omnia ſunt diuerſa. Neque enim ex contractu ciuiliter obligati, aut obligare poſſunt; ſed naturaliter tantùm & obligant, & obligantur: *l. ſerui 14. ff. de oblig. & act. l. in perſonam 22. de reg. iur. l. nec ſeruus 41. ff. de pecul.* ideóque nec cum ſeruis vlla actio eſſe poteſt: *l. cùm ſeruo 107. de reg. iur.* Planè obligantur ex delictis, adeò vt quamuis manumiſſi ſint, nihilominus remaneant obligati: *d. l. ſerui.* An quòd noxa caput ſequatur? Ita eſt: *l. 1. in fi. ff. de priuat. delict. l. 1. C. de noxal. act. l. licèt 4. C. an ſeruus ex ſuo fact.* Atqui diximus, ſeruum caput non habere. Hoc quoque verum eſt, quandiu ſeruus manet; & ideo quandiu ſeruus eſt, non magis criminali, quàm ciuili actione conueniri poteſt. Nulla enim cum ſeruo actio eſt: *d. l. cum ſeruo*, id eſt neque ciuilis, neque criminalis, neque publica, neque priuata. Sed ex quo habere caput incipit, id eſt ex quo liber factus eſt, incipit teneri, & poſſe conueniri ex eo delicto quod in ſeruitute admiſerit: *l. ſeruus non in omnibus 20. de oblig. & act.* quamuis eo manente in ſeruitute, non niſi contra ipſius dominum, quaſi qui caput eius eſſet, noxalis actio dari deberet, *l. qui ex pluribus 20. ff. De noxal. act. l. quod dicitur 18. ff. de furt.* & apertiùs in *l. cùm quis 41. §. quandiu, eod.*

l. ſi quis cum filiofamilias 44. ff. de pecul.

l. filiusfa-lias 39. ff. oblig. & act. l. tam ex contractibus ff. de iud.

ILLATIO VI.

De filiofamilias conſtituto procuratore ſiue ad negotia, ſiue ad iudicia.

SExtò ex eodem Principio fit, vt filiusfamilias conſtitui procurator poſſit non tantùm ad negotia, quod faciliùs admittitur, ſed etiam ad iudicia, quia cùm ſuo nomine iudicium accipere poſſit, multò magis poteſt alieno; licèt fallat ea regula in militibus ne offendatur diſciplina: *l. qui ſtipendia 9. l. ita demum, C. de procurat.* & in fœminis propter verecundiam ſexus muliebris, publicamque honeſtatem: *l. 4. alienam 18. eod.* Inde eſt, quod Vlp. ſcribit in *d. l. tam ex contractibus 57. ver. certe, ff. de iudic.* ſi filiusfamilias quaſi procurator alicuius iudicium acceperit, mortuo eo in illum quem defenderit tranſire actionem vel iudicati dati, ſcilicet in ſolidum: ad differentiam patris, quem ante dixerat mortuo filio, etiam poſt litem conteſtatam, non teneri in ſolidum ex iudicij tranſlatione, ſed de peculio tantum, & de in rem verſo. Lego autem in *d. l. tam ex contractibus*, in fi. *tranſit actio:* pro eo quod vulgò legitur corruptiſſimè, nullóque prorſus ſenſu, *tranſactio*, in finalis *transferitur actio*, quomodo ante nos, clariſſimus & celeberrimus Iureconſultus Petrus Faber Toloſani Senatus lumen magnum, feliciſſimè vt & alia quamplura emendauit. De quo tamen ſcribemus latiùs *in Rationalibus noſtris* ad eum locum. Multóque magis poteſt filiusfamilias conſtituere procuratorem, nec ſolùm ſi caſtrenſe peculium habeat, ſed & quiuis filiusfamilias, *l. filiusfamilias 8. ff. de procurat.* Seruus è contrario neque procuratorem conſtituere poteſt, niſi in rebus ad peculiarem cauſam pertinentibus, *l. ſeruum quoque 33. eod.* neque procurator ipſe vllo modo conſtitui, nec magis ad negotia quàm ad iudicia. Propter quam cauſam fuit conſtitutum, vt minori annis viginti procuratoris habendi gratia vnum ex ſeruis ſuis manumittere liceret, dum ne minorem annis decem & ſeptem: *l. ſi collactaneus 13. ff. de manum. vindict.* Etſi non ignoro Bartolum, & poſt eum vulgus Interpretum noſtrorum in ea eſſe hæreſi, vt putent ſeruum quoque procuratorem ad negotia conſtitui poſſe, ex *d. l. ſeruum quoque*, quæ tamen de ſeruo eſt, non procuratore conſtituto, ſed procuratorem conſtituente; vt iam attigimus & monuimus *ad Princip. 7. illat. 14. ſup. quib. ex cauſ. manum. non licet.*

ILLATIO VII.

De actionibus filiofamilias competentibus proprio nomine.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt filiusfamilias ſuo nomine multas habeat actiones, vt putà iniuriarum: *l. ſed ſi vnius 17. §. ait prætor 10. & §. quod deinde 18. ff. de iniur.* Scilicet ſi pater abſit, nec alius ſit qui patris nomine expetiti poſſit: *d. § ait prætor, d. §. quod deinde, l. ſi longius 18. §. ſi filiusfamilias, ff. de iudic. l. ſi libertinus 12. de in ius vocand.* Patrem enim tanquam digniorem præferri conuenit, cùm & ſuo nomine agat, & ad ſuam vtilitatem: *arg. l. quæ omnia 25.*

l filiusfamilias 9. De oblig. & act

verſ. cæterum, *l. procuratore* 55. *ff. de procurat.* nec æquum ſit, eum, qui ſoli filio iniuriam fecerit, & patri & filio ex ea cauſa condemnari: *l. denique* 13. *§. idem ait ff. quod vi aut clam.* Quod vi aut clam, *l. denique* 13. §. 1. *l. interdictum* 19. *ff. quod vi aut clam* Depoſiti, *l. Iulianus* 19. *ff. depoſ.* Commodati, *l. filiusfamilias* 9 *ff. de obli. & act. l.* 3. §. *ſi filiofamilias*, *ff. commodat.* Nec eſt contrarium quod ſcriptum eſt in *d l. denique*, *§. idem ait, ff. quod vi aut clam.* aduerſus filiumfamilias in re peculiari clam videri neminem feciſſe: Ratione illa, quòd qui ſcit eum filiumfamilias eſſe, non videtur quicquam feciſſe eius celandi gratia, quem ſciuit nullam ſecum actionem habere poſſe. Coniunctus enim hic §. cum præced. oſtendit in cauſa illius Interdicti differre hac parte, id quod vi ab eo quod clam factum ſit. Quod prohibente filio factum ſit, vi factum videri, ex eáque cauſa competere interdictum & filio & patri, vtrique ſuo nomine, quia factum filij hoc caſu interceſſit, per quod potuit ille ſibi acquirere interdictum, aut actionem illam extraordinariam, quæ hodie competit vice interdicti. At cùm nihil à filiofamilias factum eſt, quia is ipſe non prohibuerit, non potuit aduerſus eum clam aliquid fieri propter ſupradictam rationem Vlpiani, ob idque nec ratio vlla eſt, cur interdictum *Quod vi aut clam* ei debeat accommodari. Proinde quod ſcriptum eſt in *d. l. 9. ff. de oblig. & act.* filiumfamilias poſſe ſuo nomine experiri interdicto *Quod vi aut clam*, accipiendum eſt, cum hac diſtinctione, vt verum ſit quod ad primam partem interdicti, non ad ſecundam. Alias actiones, præter ſupradictas, exercere ſuo nomine filiusfamilias nullas poteſt: *d. l. 9.* patris nomine vtiliter, interdum etiam ſine mandato poteſt: *d. l. ſi longius* 18. §. 1. *ff. de iudic. l. exigendi* 12. *C. de procurat.* Hoc verò cur ita, ſi habet ille integram, vt contendimus, perſonam? Nempe quoniam ea, ex quibus obligationem & conſequenter actionem proficiſci neceſſe eſt, facere ſuo nomine filiusfamilias non poteſt, putà rem peculiarem oppignerare, vendere, locare, cæteráque his ſimilia, per quæ minueretur ius patris, & læderetur. Deponere tantùm & accommodare ipſi permittitur, quòd per hos contractus, neque dominium, neque poſſeſſio, neque aliud quidquam iuris patri auferatur: *l. rei commodata* 8. *& ſeq ff. commod. l. licèt* 17. *§. rei depoſita, ff. depoſit.* Serui alia ratio eſt. Nullam enim prorſus actionem ſuo nomine intendere & exercere poteſt, ne quidem iniuriarum, etiamſi maximam ab alio quàm à domino iniuriam paſſus ſit, quia nec vlla intelligitur, ſed ipſius domino tantùm ex ea cauſa competit iniuriarum actio, tanquam per ſeruum iniuriam paſſo, ſi atrox iniuria, non ſi leuis fuit: *§. patitur, verſ. ſeruus autem, infr. de iniur.* iunct. *l. 1. C. eod.* Adde *l. vix certis* 53. *ff. de iudic. l. ſeruus* 6. *C. eod.*

ILLATIO VIII.

De reſtituenda contra emancipatum actione, quæ contra filiumfamilias competebat.

OCtauò ex eodem Principio fit, vt filiofamilias per emancipationem capite diminuto, neceſſe fuerit ex edicto Prætoris reſtitui eius creditoribus actionem quam contra eum habebant, & exercere poterant priuſquàm eſſet emancipatus: *l. 2. & tot. tit. ff. de capit. min.* Alioqui nec deberet, nec poſſet reſtitui, aut redintegrari actio, quæ nunquam competiiſſet. Omnis namque reſtitutio & redintegratio, iuris, quod redintegratur, amiſſionem præſupponit: *l. 2. in fi. C. in quib. cauſ. reſtit. in integr. non eſt neceſſ.* At contra ſeruum, ex eo quod in ſeruitute geſſit, non ſolùm nulla actio datur noua poſt manumiſſionem, ſed nec vetus vlla reſtituitur; quia verum eſt, nullam vnquam competiiſſe: *l. 1. & to. ti. C. an ſeruus ex ſuo fact.* Nec quod is qui ex ſeruitute manumiſſus eſt, perinde alius homo eſſe intelligitur, atque filius qui per emancipationem à patria poteſtate liberatus fuit: *l. qui res* 98. *§. aream, de ſol.* inducere poteſt reſtitutionem, aut vt cum Noſtris loquar, natiuitatẽ eius actionis, quæ nec hodie competeret, quãuis idem homo manſiſſet.

ILLATIO IX.

De acquiſitionis capacitate in perſona filijfamilias.

NOnò ex eodem Principio fit, vt filiusfamilias ſit capax acquiſitionis, ſiue pater nolit ſibi acquiri, vt in ſpecie *l. cogi* 16. *§. ſi pater*, *ff. ad SC. Trebell. l. ſi qui hæres* 13. *§. vlt. ff. de acqu. hæred.* *l. cogi* 16. §. *ſi pater ad SC. Trebell.*
ſiue indignum ſe præbeat, cui per filium acquiratur, vt in ſingulari illa ſpecie *l. imperator* 50. *ff. ad SC. Treb.* Itaque nuſpiam ſcriptum reperias acquiri per filium patri etiam inuito, quomodo ſcriptum eſt acquiri domino per ſeruum: *l. etiam inuitis* 32. *ff. de acqu. rer. domin. l. ſeruus vetante* 62. *De verb. obl.* Planè etiam ignoranti patri per filium, ſicut & domino per ſeruum acquiri certum eſt. Sed longè diuerſa iſta ſunt. Acquirere ignoranti, & Acquirere inuito. Acquirit ignoranti, etiam, qui ſibi poſſet acquirere alio nolente ſibi acquiri. At inuito acquirit is demum, cuius perſona eſt omnimodo incapax acquiſitionis. Errant igitur egregiè qui putant nullam olim hac in re differentiam fuiſſe inter filiosfamilias, & ſeruos; quique Iuſtiniani conſtitutionibus acceptum ferunt, quod hodie filiusfamilias ſit capax acquiſitionis bonorum omnium aduentitiorum, ſaltem quod ad proprietatem: ex *l. cùm oportet* 6. *& l. vlt. C. de bon. qua liber.* Non enim id Iuſtinianus fecit, vt filiusfamilias ſit hodie capax acquiſitionis: Non magis quàm vt ex earum conſtitutionum tempore, cœperint filiifam. integram perſonam habere, quam ſemper talem habuerunt, ſed tantùm vt poſſint ſibi aduentitia quærere, non modò in eum caſum, quo nolint patresfamilias ſibi per liberos acquiri, vt olim; ſed etiamſi maximè patres acquiſitionem iſtam ex perſonis filiorumfamilias ad ſe peruenire vellent. De quo ſcripſimus copioſè *lib. 7. Coniect. cap. 7.*

ILLATIO X.

De patre ius poteſtatis in filiumfamilias vindicante.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt ſi quis filium ſuum vindicare velit, tanquam quem habeat in ſua poteſtate, non poſſit vti rei vindicatione illa, quæ pro cæteris rebus omnibus

etiam

Digitized by Google

etiam ſeruis competere ſolet ei, qui dominus ſit, vel gentium iure, vel ciuili: *l. in rem 23 ff. de rei vin.* (neque enim pater aut hoc, aut illo, aut alio vllo iure dominus filij ſui dici poteſt:) ſed experiri debeat, aut præiudiciis, aut interdictis, aut cognitione prætoria, quemadmodum Vlp. ſcribit in *l. 1. §. per hanc autem, eo. tit.* Præiudicio, id eſt præiudiciali actione contra filium ipſum, ſi ſe filium & in poteſtate eſſe neget comparata, quæ & dicitur actio De partu agnoſcendo: *§. præiudiciales, inf. De act. l pe. C. hoc tit.* Ideò ſic appellata, quia ſufficit agnitum eſſe partum, vt poſteà iudicari poſſit filium eſſe in poteſtate, cùm non poſſit agnoſci cuias ſit partus, niſi ex iuſtis nuptiis, quæ porrò vbi interuenerunt, hoc ipſo probata eſt patria poteſtas, vt diximus; Interdictis, contra extraneum, qui filium penes ſe habeat. Duo enim propoſita ſunt à Prætore in eam rem interdicta. Vnum de filio exhibendo, Alterum de exhibito ducendo, id eſt per patrem abducendo. De primo agitur in *l. 1. ff. de lib. exhib. item ducend.* De ſecundo in *l. 3. eod. tit.* Addit Vlp. in *d. l. 1. de rei vindicat. Cognitionem prætoriam*, tanquam auxilium tertium patri competens, diſtinctum tam à præiudiciis, quàm ab interdictis: quamuis Hugo Donellus *lib. 2. Comment. cap. 25.* confundere videatur. Et ſanè ita eſt. Nam in præiudiciali actione, vt iam dixi, non quæritur principaliter an liberi ſint in poteſtate; ſed tantùm de agnoſcendo partu. In interdictis verò, non de iure patriæ poteſtatis, ſed tantùm de filio exhibendo, & abducendo. Itaque poteſt Cognitio prætoria eſſe neceſſaria, ſi de hoc ipſo quæratur. Non an is quem in mea poteſtate eſſe dico, ſit filius meus, quo demum caſu præiudicium reddi neceſſe eſt; Sed an filius meus, qui ſe filium eſſe negat, ſit in mea poteſtate, ſi fortè de emancipationis iure aut veritate diſputetur, vel ſi qua alia res interuenerit, quæ facere poſſit, ſiue ex mea, ſiue ex filij mei perſona, vt dubitari queat, An ſit ille in mea poteſtate, vt in *l. 1. de patr. poteſt.* Illud planè verum eſt, quod Donellus notat, dici hanc cognitionem prætoriam duplici ratione, Et quia nulla in hanc rem actio prodita eſt, *arg. l. quod ſi minor 24. §. vl. ff. de minor.* Et quoniã digna hæc cauſa fuit quæ Prætorem iudicem haberet, vt & cæteræ cauſæ omnes quæ ſunt de ſtatu; non de qua, vt volgo & ordinario iure fieri ſolebat Prætor iudicem daret: *l. 2. C. de pedan. iudic.* iunct. *l. non diſtinguemus 32. § de liberali, ff. de recept. qui arbitr.* Nam & ob hanc cauſam verba quoque interdicti ſi concepta fuiſſe legimus, vt Prætor eam ſibi cognitionem reſeruaret. Sic enim habent, *vim fieri veto*: non vt interdictum, *Vnde vi*, & alia nonnulla *iudicium dabo*. Paulò difficilius illud eſt, quid ſibi velit Vlp. cum ex Pomponio ſcribit in *d. l. 1. § per hanc, de rei vindicat.* per vindicationem petere nos non poſſe liberos, quos habemus in poteſtate: *Niſi fortè*, inquit, *adiecta cauſa quis vindicet*. Nam ſi dicamus, quod ſequentia verba præſeferre videntur, vindicari filium adiecta cauſa cùm vindicatur, adiecta illa clauſula *ex iure Quiritum*, aut quod idem eſt *ex lege Quiritium*: nihil omnino egerimus: cùm vindicationum omnium ſolemnis clauſula illa fuerit, *Hanc rem ex iure Quiritium meam eſſe aio*. Dicendum igitur eſt, vindicari filium adiecta cauſa, quoties non ſimpliciter vt ſeruus, cæteræque res omnes, per ſupradictam vulgarem clauſulam vindicatur; ſed adiecta per patrem tali cauſa, per quam appareat eſſe filium in patris poteſtate; vt putà hoc modo, *Hunc filium ex iure Quiritum meum eſſe aio, quia ex iuſtis cum Terentia nuptiis eum ſuſcepi* aut etiam, *quia eum adoptaui*. Sic enim concepta vindicatione apparet non tam filium ipſum iure dominij, quàm ius patriæ poteſtatis in filio vindicari. Siquidem huiuſmodi cauſæ vindicationis tales ſunt; per quas non ſolet, nec poteſt acquiri ius dominij in filium, ſed tantùm ius poteſtatis; indéque apparet, in vindicantem patrem non de dominio, ſed de ſolo patriæ poteſtatis iure contendere. Nam & ſi quis ita peteret filium, *quem habeat in poteſtate ex iure Quiritum*, aut *ex iure Romano*, rectè vindicaret, vt ex eodem Pomponio Vlpianus ait in *verſ. ſi quis ita*, vbi verba illa *in poteſtate* maiuſculis literis ſcribenda ſunt, cum ſequentibus illis *ex iure Romano* tanquam pertinentia ad formulam vindicationis, & cauſam ipſam in effectu, licèt non per modum cauſæ demonſtrantia. Quid enim refert ad vindicem filium *in poteſtate ex iure Romano*, an verò adiecta cauſa expreſſim, *quia illum habet in poteſtate*; an denique nulla quidem poteſtatis facta mentione, ſed tamen deſignatis iuſtis nuptiis, aut deſignata adoptione, alióve modo ex iis, quibus ex iure Romano ius patriæ poteſtatis acquiritur? Itaque quod ſequitur apud Vlpianum ex Pomponio, *ait enim adiecta cauſa ex lege Quiritum vindicare poſſe*, malè vulgo ſic legitur, vt virgula ponatur poſt dictionem *Quiritium*, literiſque maiuſculis ſcribantur ea verba *ex lege Quiritium*, quaſi contineant formulam cauſę, cuius adiectio poſſit bonam facere vindicationem. Nam è contrario ponenda virgula eſt poſt *cauſa*, tùm vnico contextu legendum *ex lege Quiritium vindicare poſſe*, iiſdémque literis tota illa clauſula ſcribenda.

L. 1. §. per hãc ff. de rei vindic.

Cognitio prætoria.

d. l. 1 §. per hanc, ff de rei vindic.

ILLATIO II.

De iudicati actione danda contra filiumfamilias condemnatum.

POſtremò ex eodem Principio fit, vt quamuis filiusfamilias eo tempore, quo ſiue ex contractu, ſiue ex maleficio conuenitur, nihil omnino in bonis habeat; perinde tamen conueniri poſſit, & condemnari debeat, ac ſi locuples eſſet, vt iudicati quoque actio in eum quandoque detur: *l. 3. §. idem ſcribit, ff. de pecul.* quia licèt dici ſoleat, inanem eſſe actionem, quam debitoris excludit inopia, *l. 6. ff. de dolo*, ſufficit tamen quod filiusfamilias, quia vtilem actionem habet, poteſt acquirere, quandiu viuit: *l. ſi creditores, in fin. ff. de ſeparat.*

Adeò autem filijfamilias perſona eſt integra, vt quamuis neque ciuitas, neque reſpublica vlla conſtare poſſit ex ſolis patribus, niſi ſint etiam filij, & quorum intuitu alij patres dici poſſint, & qui etiam ipſi aliquando patres fiant ad Rempublicam perpetuandam; nullos tamen filios agnoſcat ius ciuile Romanorum, niſi qui etiam filijfamilias ſint. Conſtat enim ciuitas Romana ex patribusfamilias, matribusfamilias, filiisfamilias, & filiabusfamilias. Vt ſæpius diximus ex *l. nam ciuium 4. ff. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt.* Porrò non magis ex perſonis non integris, quàm ex ſolis patribus ſtare & conſtare integra ciuitas poteſt. Ergo filiorumfamilias perſonam integram, & pro integra ſem-

l. 3. § idẽ ſcribit de pecul.

l. nam ciuiũ 4. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt.

per habitam fuiſſe neceſſe eſt. Hinc eſt quod Romanorum leges omnes, quæ patri propter liberos aliquid indulgent, non niſi de filiisfam. & liberis in poteſtate poſitis loquuntur, vt in *l. qui libertinus 37. ff. de oper. libert.* Non ſolùm vt inuitarentur ciues Romani ad iuſtas nuptias contrahendas, extra quas ſi liberos ſuſciperent, non eſſent in ſua poteſtate habituri: ſed illa etiā potiſſimùm ratione, quòd iure Romano, tametſi maximè liberos qui habeat ex iuſtis nuptiis procreatos, ſi tamen ij emancipati ſint, nullos omnino habere videatur. Vnde eſt quod emancipati iure ciuili omnino extranei eſſe intelliguntur: *§. cæteri, infr. de hæred. qual. & diff. l. ſi genero 26. Codic. de iur. dot. l. quia etiam 55. in fin. de rit. nupt.* quia hoc ipſo quod exeunt de familia per emancipationem, amittunt familiam, amittunt etiam & ius & nomen filiorum, fieriſque incipiunt patresfamilias, ſed in ſua, & propria familia, non in paterna, in qua filijfamilias erant priùs. Nec enim vnquam ius noſtrum patitur, vt idem ſit & filiusfamilias, & paterfamilias, nè quidem reſpectu diuerſarum familiarum: quia neque illud pati poteſt vt in duabus familiis quiſquam ſit, non magis quàm vt vel in duorum poteſtate, vel in ſua, qui adhuc ſit in aliena. Siquidem in omni familia neceſſe eſt, vt vel in poteſtate ſua quis alios habeat, quod fieri nequit ſi ille ipſe ſit alieni iuris: vel in aliena ſit poteſtate, quo caſu alium neminem habere in ſua poteſt.

l. qui libertinum 37. ff. de oper. libert.

PRINCIPIVM VII.

De identitate perſonæ patris & filiifamilias.

PAtria poteſtas facit, vt patris ac filij vna eademque perſona eſſe intelligatur: *l. ne cum filiofamilias 16. ff. de furt.* vbi ſcriptum eſt, non magis fieri poſſe vt pater agat cum filiofamilias, quàm cum ſeipſo. Quæ ratio eſſet prorſus inepta, ſi pater & filius vnius eiuſdemque perſonæ iure non cenſerentur. Idque apertiùs ex *illationibus ſequentibus* intelligetur. Etſi autem Iuſtin. in *l. vlt. C. de impub. & aliis ſubſtit.* videtur ad naturam potiùs hoc referre, iis verbis, *cum & natura pater, & filius eadem eſſe perſona penè intelligantur*, non poteſt tamen id verum eſſe, ſi ſolam naturam intueamur, ſeiuncta patria poteſtate. Nam ſecundum naturam, quæ nihil niſi rei in natura exiſtentis veritatem ipſam ſignificat, fatendum neceſſariò eſt alias eſſe diſtinctaſque patris & filij perſonas: fieriq; nullo modo poteſt, vt patris & filij perſona vna eademque eſſe exiſtimetur, niſi per fictionem, quod & Iuſtinianus ſatis admittit iis verbis, *penè intelligantur*, quæ nihil minùs denotant quàm præciſam rei veritatem. Porrò nulla fictio eſt ex natura, ſed vt ex iure ſit neceſſe eſt, tanquam quæ in ſubſidium naturæ inducatur, vt per mediam fictionem, poſſit ius eò quo non poteſt natura pertingere: *l. filio 23. ff de liber. & poſthum.* Atqui ius nec fingit, nec poteſt fingere, vt filius vna eademque cum patre perſona ſit, niſi auxilio patriæ poteſtatis: cùm vt proximè diximus, neque filium habeat pro filio quantumlibet iuſtis ex nuptiis ſuſceptum, niſi quamdiu ille in patria eſt poteſtate. Sola igitur patria poteſtas illa eſt, quæ ſicuti filium facit & retinet, ita & fictionem iſtam inducere poteſt, vt patris & filij vna eademque perſona eſſe intelligatur. Et verò quamuis filius emancipatus non eo minùs verè ſecundum naturam filius ſit, ideóque à Prætore, qui nihil niſi naturalem æquitatem intueri ſolet, pro filio agnoſcatur, vt perinde ad bonorum poſſeſſionem tam ex teſtamento, quàm ab inteſtato vocetur, atque ſi in patris poteſtate manſiſſet (quia emancipatio cùm ſit tota iuris ciuilis, naturalia iura corrumpere nullomodo poteſt: *§. vlt. ſup. de iur. natur. gent. & ciuil.*) nemo tamen dixerit patris & emancipati filij vnam eandemque perſonam cenſeri, ſiue naturam inſpicias quæ indiuidua numero diſtinxit; ſiue fictionem, quæ cum tota ſit iuris ciuilis, non poteſt accommodari ad emancipatos, quos nec ius ipſum agnoſcit. Denique cum fictio omnis ſit falſitas, vt alibi diſputauimus, aut vt ciuiliùs loquar, & more Papinianeo, imago, & commentum; *d. l. filio l. fideicommiſſum 76. de condit. & demonſt.* nunquam inducitur iure ciuili, niſi ex neceſſitate. Neceſſitas autem nulla eſt eius inducendæ, cùm filius eſt emancipatus, cùm ex eo tempore ne pro filio quidem habeatur.

l. filio 23. de liber. & poſt.

Iuris fictio nihil niſi falſitas, & imago, & commentum.

ILLATIO I.

De nulla lite inter patrem & filiumfamilias mouenda, niſi ex cauſa caſtrenſis peculij.

EX hoc Principio illud primùm fit, vt lis nulla nobis eſſe poſſit cum eo quem in poteſtate habemus, niſi ex caſtrenſi peculio, vt Caius ſcribit in *l. is nulla 4. ff. de iudic.* qui locus etſi ad ſeruos quoque pertinere videtur propter verba illa generalia, *cum eo quem in poteſtate habemus*; tamen non niſi ad filiosfamilias pertinet, vt apparet non ſolùm ex ea exceptione, *niſi ex caſtrenſi peculio*, quæ ſeruis nullo modo conuenit, cùm milites eſſe non poſſint, ſed ex illo etiam quod nec alij vlli magis, quàm domino, lis vlla cum ſeruo eſſe poteſt: *l. cum ſeruo 107. De reg. iur.* Cum filiofamilias eſſe poteſt cuilibet, excepto patre. Huius verò illationis rationem ex ſuprascripto principio pendere, docet apertè Paulus in *d. l. ne cum filiofamilias 16. ff. de furt.* vbi ait, Ne cum filiofamilias pater furti agere poſſit, non iuris conſtitutionem aut naturam, vt quidam putant, ſed ipſam rei conditionem, quam & naturam Paulus vocat, impedimento eſſe, quòd non magis cum his quos in poteſtate habemus, quàm nobiſcum agere poſſimus. Itaque cum filio emancipato, quamuis perinde filius ſit naturaliter, vt diximus, eandemque patri reuerentiam debeat, agere pater poteſt, & filius cum patre, dummodo venia petita ex edicto Prætoris, de quo in *l. 4. §. 1. l. parentes 6. & tot. tit. De in ius vocand.*

l. 4. §. 1. l. parentes 6. ff. de in ius vocā.

ILLATIO II.

De liberis adoptiuis.

SEcundò ex eodem Principio fit, quod Vlp. ſcribit in *l. adoptiuum 8. eod. tit.* filium adoptiuum, quandiu in patris poteſtate eſt, vocare patrem in ius non poſſe, iure magis poteſtatis, quam

quàm præcepto Prætoris. Quia edictum Prætoris ad eos liberos pertinet, qui non petita venia, ſi Prætor non prohiberet, parentes impunè vocare in ius poſſent. Quod in filios adoptiuos non cadit, qui cùm non minùs in patria poteſtate ſint, quàm ſi ex iuſtis nuptiis ſuſcepti eſſent, vtique ceſſante etiam edicto prohiberentur iure poteſtatis, ne patrem in ius vocare poſſent. Vnde eſt, quòd quamuis eo edicto nihil aliud inductum ſit, niſi vt venia ſit petenda, nihil tamen proſit filio, qui in poteſtate eſt ſiue ex cauſa adoptionis, ſiue quòd ex iuſtis nuptiis ſuſceptus ſit, ſi veniam petat à Prætore ad patrem in ius vocandum. Veniam enim ſolet Prætor indulgere, ne offendatur reuerentia parentibus omnibus debita, etiam in quorum poteſtate non ſit filius, non item vt ius patriæ poteſtatis lædatur, & aliqua ex parte minuatur. Quinetiam, quod magis eſt, ſi à me fuerit adrogatus qui mecum erat litem conteſtatus, vel cum quo ego: placet iudicium ſolui, quoniam nec ab initio potuiſſet inter nos conſiſtere, ſi iam tum fuiſſet ille à me adrogatus: *l. ſi à me 11. ff. de iudic.* ac proinde peruenit res ad eum caſum, à quo non potuit incipere: *l. quia in eum caſum 16. ff. ad leg. Aquil. l. pro parte 11. ff. de ſeruit.* Etſi enim non eſt nouum vt quæ ſemel vtiliter conſtituta ſunt, durent, licèt ille caſus extiterit, à quo initium capere non potuerunt: *l. in ambiguis 85. §. 1. De regul. iur.* in propoſito tamen implicat contradictionem, vt iudicium duret inter eos, qui iure patriæ poteſtatis vna eadémque perſona eſſe cœperunt, ſiquidem tritum eſt iudicium conſiſtere non poſſe, niſi & actor ſit & reus, vt diximus *ad Princ. 4. illa. 4. ſup. De inſtit. & iur.* vnum verò eundémque & actorem, & reum eſſe non poſſe, niſi duplici reſpectu, vt in quibuſdam interdictis euenit, quæ duplicis idcirco appellantur: *l. 2. in prin. & §. vlt. ff. de interd. §. tertia diuiſio, infr. eod. tit.*

l. ſi à me 1 ff. de iudic.

Inter dicta quædam duplicia, & cur ſic dicta.

ILLATIO III.

De filio acquirente patri etiam ignoranti.

TErtiò ex eodem Principio fit, ſi iuris veteris ratione inſpicias, vt quicquid filiusfam. acquirit, acquirat patri etiam ignoranti, quamuis non inuito: *l. 1. in prin. ff. ſi à parent. quis manum. l. placet 79. ff. De acquir. her.* Etſi enim iuris regula eſt, Excepta poſſeſſionis cauſa nihil nobis per liberam perſonam acquiri poſſe, *l. ſolutum 11. §. per liberam, ff. de pigner. action. l. & licèt is, ff. de inſtitut. pecun.* excipitur tamen ea perſona quæ poteſtati noſtræ ſubiecta eſt, *leg. 1. Cod. per quas perſon. cuique acquir. §. 1.* vbi latiùs dicemus, *infr. eod. ill. tit.* id eſt perſona filijfamilias; non alia ratione quàm quia is in patris eſt poteſtate: quæ poteſtas cùm faciat non ſolùm vt patris & filij vna perſona eſſe intelligatur, ſed ita etiam vt in patre, cuius poteſtas illa eſt, ea perſona potiùs quàm in filio conſtituatur, illud quoque neceſſariò indueit, vt in iis quæ per filium acquiruntur, longè maiorem patris quàm filij rationem haberi oporteat. Vnius enim illius perſonæ, quam pater & filius ſimul conſtituunt, caput eſt pater, filius verò quicquid ſub illo capite eſt.

Dices fortaſſe, Non eſſe bonam hanc rationem; quandoquidem etiam per ſeruum acquiritur domino ex omnibus cauſis, adeóque inuito, & quidem iure poteſtatis, vt ſæpius diximus, ex *l. etiam inuitis 32. de acquir. rer. domin. l. ſeruus vetante 62. de verb. obligat.* neque tamen dici poſſe id fieri, proptereà quòd dominus & ſeruus vna eadémque perſona eſſe intelligantur, cùm nihil commune ſit homini libero cum ſeruo, neque libertati cum ſeruitute. Reſpondeo, quod iam in præcedentibus multoties mouere neceſſe fuit, ius poteſtatis aliter in filiofamilias, aliter in ſeruo conſiderari. Nam in filiofamilias induci identitatem illam perſonæ, de qua nunc tractamus, quod vtique percommodè fieri poteſt, cùm filijfamilias perſona non minùs ſit integra, quàm patris; ſaltem quantum ſpectat ad ius Reipublicæ & ciuitatis. In ſeruo autem, quoniam is pro nullo habetur, non ſolùm in domo patrisfamilias, ſed etiam in ciuitate; fieri certè nullo modo poteſt, vt ſerui perſonam eandem faciat cum perſona domini; ſed tantùm vt quoties acquirendi occaſio ſeruo offertur, ſolius domini perſonam inſpici oporteat: ne alioqui euenire neceſſe eſſet, vt per ſeruos nihil acquiri poſſet: non ſine maximo & dominorum & Reipublicæ, quæ non niſi ex liberis hominibus conſtat, detrimento.

Nec ſimiliter poſſis dicere, quoties per filium aliquid acquiritur, patris perſonam inſpiciendam eſſe; cùm ſit ipſe filius ſuo iure capax acquirendi ſibi, quicquid patri acquirere non poſſit: Et tamen acquirit omnia patri, ſi neque iuris autoritas, neque patris voluntas repugnet: quia cùm acquirit patri, acquirit quodammodo ſibi ipſi, tanquam qui eadem ſit perſona cùm patre ex fictione iuris, licèt à patre, quaſi à capite familiæ, & à digniore fiat denominatio: *l. in ſuis 11. ff. de liber. & poſth.* Nam ſi filiusfamilias etiam viuo patre dicitur quodammodo dominus bonorum paternorum, & illorum quoque quorum acquiſitio per ipſius filij perſonam facta non ſit, vt *ibi* Paulus ſcribit: Quanto faciliùs admittendum eſt, quod volumus, filiumfamilias ſibi ipſi acquirere videri, quicquid acquirit patri? Idque ni fallor, Vlpianus noſter inſinuare voluit in *d. l. 1. ff. ſi à parent. quis manumiſit*, illis verbis, *quippe ſi filiusfamilias eſſet, quodcunque ſibi acquireret, eius emolumentum patri quæreret.* Non enim potuit apertius ſcribere, etiam filiofamilias acquiri omne id, quod per eum patri acquiritur: (quod de ſeruo nuſquam ſimiliter proditum reperias,) Eo ſcilicet iure ac ſenſu quo dicimus patris & filij eandem eſſe perſonam & omnia quæ ſunt patris, eſſe filij in patris poteſtate conſtituti. Quamuis non eo minùs verum ſit, quod idem Vlp. ſcribit in *d. l. placet 79. de acquir. hered.* huiuſmodi acquiſitiones, quæ per filiumfamilias fiunt, ne vno temporis momento in filij perſona ſubſiſtere, quia patris autoritas & poteſtas facit, vt in iis omnibus quæ patri cum filio communia ſunt; ſolus pater nominetur. Haud aliter quàm ſi Magiſtratu iubente, præco aliquid publicè denunciet ex ſupremi Principis autoritate. Neque enim prudens Magiſtratus facilè patietur nominari ſe cum Principe, ne ſupremæ poteſtatis ſocietatem impudenter ſibi adrogare videatur, licèt eo potiſſimùm iubente, præconíque autoritatem præſtante id fiat. Nec tamen quod dicimus, patrem filijfamilias quodammodo caput eſſe, ſic accipi volumus, quaſi filiusfamilias proprium caput non habeat, aut in ciuitate, aut in domo, (id enim pugnaret cum eo quod toties diximus,

l. in ſuis 11. ff. de liber. & poſthum.

l. 1 ff ſi à parent. quis manum.

filij

Digitized by Google

filiiſfamilias perſonam eſſe integram: itémque cum eo, quod Vlp. ſcribit in *l. pronuntiatio* 195. *§. familiæ, De verb. ſignificat.* quotquot capita in *l. pronuntiatio 195 §. familiæ, De verb. ſignific.* familia ſunt, patrisfamilias ſubiecta eſſe:) ſed ad fictionem illam iuris reſpicimus, quæ facit vt patris filiique non niſi vna perſona eſſe exiſtimetur. Si enim rei veritatem inſpicimus, etiam ſecundùm ius ciuile quod patresfamilias à filiis familias diſtinguit, aliud eſt caput patris, aliud filij, nec poteſt fieri ſine monſtro vt duarum perſonarum vnum tantùm ſit caput. Sin iuris fictionem, quæ efficit vt duæ illæ perſonæ patris & filij, propter ius poteſtatis, non niſi vnius iure cenſeantur, dicimus perſonæ illius caput eſſe ſolum patrem, non etiam filium, quia & monſtro ſimile illud eſſet, vt vnius perſonæ duo eſſent capita. Ius autem in fictionibus ſuis inducendis, eam naturam ſequi, adumbrare, & imitari ſolet, quæ ſuis finibus contineatur, non eam quæ in monſtra & portenta degeneret.

ILLATIO IV.

De nomine, & iure ſui hæredis.

QVartò ex eodem Principio fit, vt ſuus hæres dici poſſit is tantùm, qui in defuncti patris, aut aui, vel proaui paterni fuerit poteſtate; licèt non ſufficiat hoc vnum fuiſſe in poteſtate, niſi etiam illud concurrat, vt in cauſa gradúque ſuccedendi primum locum tenuerit eo tempore, quo de ſucceſſionis iure tractandum fuit: *l. ſi filiusfamilias* 33. *§.* 1. *De milit. teſt. leg. ſcripto* 7. *ff. vnd. liber.* Quomodo enim fieri poteſt, vt qui patris defuncti hæres eſt, ſuus hæres dicatur, niſi priùs fingas patris & filij vnam eandemque perſonam eſſe? Quomodo autem vna cum patre poteſt perſona eſſe filius, qui non ſit in patris poteſtate? Idque nimirum eſt, quod Paulus eleganter & ſubtiliter tractat in *d. l. in ſuis* 11. *De liber. & poſth.* in ſuis hæredibus continuationem dominij eò rem perducere, vt nulla hæreditas fuiſſe videatur: quaſi, inquit, olim hi domini eſſent, qui etiam viuo patre quodammodo domini exiſtimantur. Itaque poſt mortem patris, non tam hæreditatem conſequi & percipere videntur, quàm magis liberam liberámque rerum ſuarum adminiſtrationem. Nec obſtat quòd filiusfamilias furtum quoque patri facere dicitur, *d. l. nec enim* 16. *& l. ſeq. ff. de furt.* (licèt furti actio non magis prodita ſit patri contra filium, quàm domino contra ſeruum, *l. 16. & 17 ff. de furt.* proptereà quod qui poteſt aduerſus furem pro arbitrio ſtatuere, non habeat neceſſe contra eum litigare, vt Vlp. ſcribit in *d. l.* 17.) Quod enim dicimus filiumfam. eandem perſonam cenſeri cum patre, & viuo etiam patre dominum intelligi rerum paternarum, facere tantùm debet, vt tantò magis debeat filius prodeſſe patri, non vt ei etiam nocere, indéque captare occaſionem delinquendi & in rebus paternis impunè graſſandi: cùm ne quidem patri liceat abuti ſua poteſtate, ad licentiam corrumpendi, & effundendi patrimonij: *l. vlt. C. de ſentent. paſſ.* facit *l. qui fundum* 7. *§. ſi tutor, ff. pro empt.* Itaque quod in *l.* 1. *ff. rer. amot.* ſcriptum eſt, *ſicuti filia patri faciat*: non ſic accipiendum eſt, vt ſit à nonnullis, quaſi ac in re differentia aliqua ſit inter maſculum & fœminam, ſed vt ita ſcripſerit Vlp. quia ſexus ſimilitudo facit, vt vxori rectius filia, quàm filius comparetur. Quoniam verò iure cenſeri poſſent, viuo patre, quodammodo domini rerum paternarum, niſi eorum patriſque eadem perſona eſſe fingeretur? Nam & huiuſmodi fictionis ſignificandæ gratia, filiumfamilias appellamus, ſicut & patremfamilias, ſola nota hac adiecta, per quam genitor ab eo qui genitus diſtinguitur, vt lex ait; Ne alioqui dum iuris ciuilis fictionem inducimus, naturam ipſam, debeamus quantum in nobis eſt, atque ita aſſequamur tandem vt ſubiectum deſit, cui fictio poſſit accommodari. Nulla ſiquidem fictio per ſe ſubſiſtere ſola poteſt, ſed omnes in natura tanquam in ſubiecto ſubſiſtunt. Denique nunquam ferendum eſt, vt huiuſmodi fictionibus quæ nihil niſi quædam iuris imagines ſunt, naturæ veritas adumbretur, quomodo Papin. loquitur in *d. l. filio* 23. *De lib. & poſt.* Proinde cum patris filiique eandem perſonam fingi dicimus, meminiſſe ſemper oportet re ipſa tamen duas eſſe perſonas; ne cui materiam ſophiſmatum hæc res præbeat; ſi quis de patre & filiofamilias ita diſſerere velit, quaſi vel fictio nulla hic inducenda, propter repugnantem veritatem naturæ; vel nulla naturæ veritatiſque ratio habenda, propter fictionis iuriſque ciuilis poteſtatem. Non enim poſſunt omnia tam benè inuicem conuenire, ſibique conſtare, quàm ſi vel nulla fictio induceretur, vel ſola naturæ ratio haberetur.

ILLATIO V.

De patre, qui filio ſuo ſtipulatur, quem habet in poteſtate, aut emancipato.

QVintò ex eodem Principio fit, vt ſi pater filio ſuo, quem in poteſtate habet, ſtipuletur, ſibi acquirat: *l. cum qui ita* 56 *§. qui ſibi, ff. de verb. oblig.* Non eo iure quo dominus ſtipu- *leg. cum qui ita 56. § qui ſibi, De ver. obligat.* lando ſeruo proprio ſibi acquirit, *l. dominus* 36. *eod.* id eſt, ne alioqui ſit inutilis ſtipulatio, ſi do- *leg. dominus 39. eod.* mino non acquiratur, quod ipſi ſeruo acquiri non poteſt (ſeruus enim ne quidem per ſe acquirere ſibi quidquam poteſt, per dominum verò multò minùs: contra verò, filiusfamilias acquiſitionis capax eſt, ſaltem eo caſu quo pater filio acquiri malit, quàm ſibi.) Sed quia cùm patris & filiiſfamilias perſona eadem eſſe exiſtimetur, nihil prorſus intereſt, ſibine, an filio ſuo quis ſtipuletur. Alteri enim ſtipulari prohibet iuris regula, *l. ſtipulatio iſta* 38. *§. alteri, eod.* ac proinde vt valeat ſtipulatio, cum pater filio ſtipulatur, faciendum eſt vt filius non alius eſſe videatur, quàm qui ſtipulatus fuit, & conſequenter vt idem ſit, quod tamen non niſi per eā iuris ciuilis fictionem, de qua nunc agimus, fieri poteſt. Cùm dominus ſeruo ſtipulatur, fictione nulla opus eſt ad ſtipulationem defendendam, quia cùm ſtipulatio iuris ciuilis, eorúmque omnium, quæ iuris ciuilis ſunt, prorſus incapax ſint ſerui, niſi ex dominorum perſona; cōſequens eſt, vt nulla etiam inducta actione, quod dominus ſeruo ſuo ſtipulatur, ſibi ſtipulari intelligatur, quemadmodum ſi ſeruus domino ſtipularetur. Idque Paulus innuere videtur in *d. l. dominus*, vbi poſteaquam ita ſcripſit, *Dominus ſeruo ſtipulando ſibi acquirit*, ſubiungit tanquam diuerſum quid, & dubitabilius, *Sed & pater filio,*

Digitized by Google

filio, vt intelligamus multò magis mirum hoc eſſe, vt pater filio ſtipulando ſibi acquirat, quàm vt dominus ſtipulando ſeruo. Ne ſanè rationem vllam id haberet, ſi ius patriæ poteſtatis non faceret, vt patris & filij vna, eadémque perſona eſſe intelligeretur. Nam & è contrario inde fit, vt pater emancipato filio ſtipulando nihil agat, ideſt neque ſibi neque filio ſuo quærat actionem aut obligationem: *l. ſi genero 26. C. de iur. dot. l. pactum 4. C. de pact. conuen.* ideſt nec directam nec vtilẽ. Nam quod ſcriptum eſt in *l. pater. 7. eod. & in l. Caius 45. ff. ſolut. matrim.* ſiue pater dotem dans pro filia nepotibus ex filia, quos in poteſtate ſua non eſt habiturus, eam dotem reſtitui ſtipulatus ſit, vtilem ex ſtipulatu actionem nepotibus quæri, tam fauore dotium, quàm affectione perſonarum; non dubito eſſe Triboniani, cùm ſit à iuris ratione omnino alienum; vt ſcripſi pluribus *lib. 1. Coniect. cap. 4. & libr. 19 cap. 19.* Sicut & quod in *d. l. dominus*, additum eſt: *Secundum quod leges permittunt.* Quod & ante nos Iacob. Cuiacius ad eum locum obſeruauit: ſumpta non malè coniectura ex Iuſtiniani conſtitutionibus, in *l. cùm oportet 6. & l. vlt. C. de bon. quæ liber.* quibus facti ſunt filiifamilias capaces acquirendorum omnium aduentitiorum, etiam inuito patre, ſaltem quod ad proprietatem, ſolo vſufructu ad patrem ſpectante. Exemplo eius quod iam antè in bonis maternis Conſtantinus ſanxerat in *l. 1. C. de bon. mater.* Facit *§. 1. infr. per quas perſ. oblig. nob. acquir.* Nec magis errauerit, meo iudicio, qui eidem Triboniano adſcripſerit, quod ſcriptum eſt in *l. 2. C. de patr. poteſt. Extra ea quæ non acquiruntur.* Siquidem temporibus Imp. Antonini, cuius ea lex eſt, nihil omnino erat quod per liberos in poteſtate poſitos patribus volentibus non acquireretur: Solo caſtrenſi peculio excepto: De quo tamen ſupradicta verba non poſſis intelligere, cùm ad fœminam reſcriptum illud dirigatur, quæ nec militare, nec proinde peculium caſtrenſe habere potuit. Tribonianum, vt ex aui materni ſtipulatione vtilem actionem nepotibus quæri voluerit, illud fortè mouit, aut potiùs fefellit: quod Pomponius ſcribit in *l. ſi ita 9. ff. de pact. dotal.* Si ita conueniat inter patrem filiæ & generum, vt ſi viuo patre moriatur filia, ipſi patri, ſin mortuo iam patre, filio ipſius; ſi filio quoque defuncto, totum patris hæredi reddatur; benigna interpretatione poſſe defendi vtilem eſſe ſtipulationem. Sed longè alia diſſimiliſque ſpecies illa eſt. Ibi enim ſtipulatus pater proponitur pro filio quem ſtipulationis tempore habebat in poteſtate; nec quicquam erat quod impediret, ne vtilis eſſet ſtipulatio ſummo iure, niſi quià quod ad filij perſonam, collata erat in id tempus, quo pater ipſe iam defunctus eſſet, atque ita quo filius effectus ſui iuris, non amplius vna, eadémque cum patre perſona videri poſſet. Etſi enim dici ſolet, in ſtipulationibus etiam conditionalibus cùm quæritur an valeant, & cui actio quæratur, inſpiciendum eſſe tempus interpoſitæ ſtipulationis: *l. ſi filiusfamilias 78. De verb. oblig.* conſtat tamen ſtipulationem in tempus aliquod collatam, non tam eo tempore interpoſitam videri, quo ſtipulationis verba prolata ſunt, quàm in quod collata fuit: *l. ſi ego 9 §. ſi res alicui, ff. de iur. dot. l. 4. C. de donat. ant. nupt.* Cæterùm multò maior ratio eſt, vt ex æquitate, benignáque interpretatione, defendatur ea ſtipulatio, quæ interpoſita eſt per patrem habentem filium in poteſtate, quamuis collata in id tempus quo filiusfamilias eſſe deſiiſſet, quàm quæ ab auo materno pro nepotibus ex filia, quos neque tunc habuerit, neque habere vnquam potuerit in poteſtate, *l. quodcunque 45. §. ſi quis ita De verb. oblig.* Cur verò in ſpecie *d. l. ſi ita*, non magis valeat ſummo iure ſtipulatio quod ad perſonam hæredis obſcurius videri poteſt. Cùm cuilibet liceat hæredi ſuo ſtipulari non minus quàm ſibi ipſi: *l. tale pactum 40 §. vlt. ff. de pact. l. ſi pactum 9. ff. de probat.* Non alia de cauſa, quàm illa ipſa ex qua comparatum dicimus, vt filiofamilias ſtipulari pater poſſit: nempe quòd ſicut patris & filiifamilias, ita defuncti, hæredíſque vna & eadem perſona eſſe intelligatur: *l. hæres, & hæreditas 22 ff. de vſucap. l. hæredem 59. De reg. iur. cum ſimilib.* Sed dicendum eſt in caſu *d. l. ſi ita*, impediri validitatem ſtipulationis, etiam quod ad perſonam hæredis, quoniam interpoſita erat perſona filij, & quidem tanquam filij, non vt in *l. pater 23. eod.* tanquam hæredis, quæ interpoſitio perſonæ filij in ſua poteſtate tunc futuri, impediebat ne poſſet ſtipulatio rectà & omnimodo tranſire à ſtipulatore in hæredem, & conſequenter ne quod ad eiuſmodi ſtipulatoris ius attineret, eadem poſſet videri perſona hæredis cum perſona defuncti. Ob ídque ex hac etiam parte, neceſſaria eſt benigna interpretatio, vt fauore dotis quam non alia lege pater daturus fuiſſe creditur, ſtipulatio defendatur. Tunc enim hæredibus noſtris rectè ſtipulamur, cũ inter nos, & eos, medium nullum eſt impedimentum, quod vtrique ſubeſt interpoſita perſona extranei; id eſt quæ non ſit hæres. Nã & inde fit: vt ſi de hæredis hærede tractetur, non aliter poſſit fingi eadem perſona cum defuncto primo teſtatore, propter interpoſitam primi hæredis perſonam, quàm ſi primi teſtatoris hæres eſſe fingatur. Id enim eſt quod dici ſolet, hæredem hæredis, hæredem eſſe primi teſtatoris: *l. ſi quis filiumfamilias 7. §. vlt ff. de acq. hær. l. 3. ff. de hæred. petit. l. qui per ſucceſſionem 194. De regul. iur. l. vltim. C. de hæred. inſtit.* Fictio autem illa ideo facile inducitur, quia quiſquis eadem cum eo, cuius hæres eſt, perſona eſſe intelligitur, eum neceſſe eſt eandem quoque perſonam eſſe intelligi cum illo, cum quo tu eadem perſona fuiſſe putaris.

l. 2. Cod. de patr. poteſt.

l. ſi filiusfamilias 78. ff. de verb. obl.

ILLATIO VI.

De obligatione inter patrem & filium.

SExtò ex eodem Principio fit, vt inter patrem & filiumfamilias nulla poſſit contrahi obligatio, quia cùm ne intellectu quidem percipi poſſit obligatio, niſi ſint duæ perſonæ, vna quæ obligetur, alia cui obligatio acquiratur, patria verò poteſtas faciat, vt patris & filij vna eademque perſona eſſe cenſeatur; nemo non videt fieri nullo modo poſſe, vt ſalua patria poteſtate filiusfamilias patri, vel pater filiofamilias obligetur In eámque rem textus eſt omnium accommodatiſſimus & elegantiſſimus apud Papinianum in *l. imperator 50. ff. ad SC. Trebell. verſ. Nam quia cautiones non poterant interponi conſeruata patria poteſtate, damnum conditionis propter fraudem infixit.* Quibus verbis, vt iam alio loco in ſuperioribus obſeruauimus, apertè docet Papinianus,

l. imperator 50. ff ad SC. Trebell.

Digitized by Google

Papinianus, poſſe filiumfamilias etiam viuo & inuito patre proprium aliquid habere, ſaluo nihilominus & integro manente patri iure patriæ poteſtatis; quià nimirum filiusfamilias perinde ac paterfamilias quilibet capax eſt acquiſitionis: Et tamen fieri non poſſe, vt filiofamilias pater obligetur, quin patriæ poteſtatis ius violetur. Facit quod Iuſtin. ſcribit in §. *item inutilis, inſr. De inutilib. ſtipulat.*

§. item inutilis De inutil. ſtipulat.

Dices, Non minùs verum eſſe, dominum à ſeruo proprio ſtipulari nihil poſſe; nec tamen ei conſequens eſſe, vt ſerui dominiq́ue vna & eadem eſſe perſona eſſe credatur. Sed iam dixi ſæpius, Tametſi ius idem hac in re, vt & in aliis pleriſque in filiofamilias & ſeruo conſtitutum fuerit, non eandem tamen in vtriſque perſona iuris eſſe rationem. Dominus enim ne à ſeruo proprio ſtipulari poſſit, illud impedit, quod ſeruus, cùm pro nullo habeatur, iure ciuili obligari nullo modo poteſt, ne quidem ei in cuius non ſit poteſtate. At filijfamilias perſona non impedit, quominus poſſit ille cuilibet obligari: Excepto ſolo patre, in cuius poteſtate eſt: *d. §. item inutilis.* Ac proinde fatendum eſt, non alia ratione impediri filiumfamilias, ne vel ſibi patrem obliget, vel patri obligetur, quam quod iuris ciuilis fictione eadem ſit perſona filij cum perſona patris. Sed iſta intellige de ciuili obligatione, ex iis quæ mox dicemus.

ILLATIO VII.

De obligatione naturali inter patrem & filium.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt ea obligatio quæ naturalis tantùm ſit non ciuilis, inter patrem & filium bene contrahatur, nec malè filiusfamilias patri debere dicatur, & pater filio, relato debiti nomine, ad naturalem obligationem: *l. ſed ſi damnum 9.* aliàs *l. peculium, §. præterea, ff. de pecul.* quia cùm obligatio naturalis æſtimetur ex facto ipſo, id eſt non tam ex iure, quàm ex facti reique veritate, *l. nec ſeruus 41. ff. eod.* naturaliter autem, & in rei veritate alia patris, alia filij perſona ſit; conſequens eſt, vt fictio illa iuris ciuilis, quæ ſola facit eandem videri perſonam patris ac filij, non poſſit impedire naturalem obligationem, quæ cum fictionibus iuris nihil commune habent. Vnde etiam eſt, quod ſeruus quoque naturaliter & obligat & obligatur: *d. l. nec ſeruus, l. ſerui 14. ff. de obl. & act.* quia vt pro nullo habeatur, fit ex iuris tam ciuilis, quàm honorarij fictione, non ex rei naturæque veritate: *leg. quod attinet 32. De regul. iur. l. vtle modo 7. ff. de leg. Cornel. de falſ.*

leg. ſerui, 14. De oblig. & act. ff.

ILLATIO VIII.

De obligatione ciuili & naturali inter fratres in eiuſdem patris poteſtate conſtitutos.

OCtauò ex eodem Principio fit, vt non ſolùm inter patrem & filiumfamilias nulla obligatio ciuilis, nullàque actio eſſe poſſit, ſed nec inter fratres in eiuſdem patris poteſtate cõſtitutos. Naturalis tamen obligatio inter eos non malè cõtrahatur, haud aliter quàm inter patrem & filiumfam. rectè contraheretur: *l. frater à fratre 38. ff. de cond. indeb.* De cuius tamẽ loci ſententia, quoniam & obſcura eſſe creditur, & à clariſſimis ætate noſtra Iureconſultis maximè agitata fuit, commodiore loco coniecturam noſtram latiùs expoſuimus: *lib. 20. Coniect. cap. vlt.* Nunc ſufficiat illationis huius rationem illam reddidiſſe, quod cùm frater fratri per mediam patris perſonam coniungatur, ideóque in computandis iure ciuili gradibus agnationis, frater non in primo, ſed in ſecundo gradu conſtituatur, fieri certè nequit vt iuris ciuilis fictione filiusfamilias eadem cum patre perſona eſſe fingatur, quin quotquot ſunt in eiuſdem patris familia & poteſtate conſtituti fratres, vna etiam eadémque perſona inuicem eſſe exiſtimentur. Quomodo enim poſſent ſinguli vna eadémque cum patre perſona cenſeri, ſi non inter ſe quoque eandem retinerent fictionem? Textus eſt elegans, & ad hoc Principium referendus, in *l. non ſolùm 67. §. ſed etſi filiusfamilias, ff. de rit. nupt.*

l. non ſolùm 67. §. ſed etſi filiusfamilias ff. de rit. nupt.

ILLATIO IX.

De filiofam. ſtipulante ſeruo patris ſui.

NOnò ex eodem Principio fit, ſi filius meus in mea poteſtate conſtitutus, ſeruo meo ſtipulatur, mihi obligatio & actio ex ſtipulatu acquiratur: *l. ſi filius 40. De verb. obl.* quia acquireretur mihi, ſi ego ipſe ſeruo meo ſtipulatus eſſem. Patria namque poteſtas facit, vt vox filij mei mea eſſe credatur, & contrà; *§. ſi quis alij, inf. De inut. ſtip.* licèt Tribon. ſemper memor noui illius iuris, de quo diximus *illat. 5.* additum voluerit, *in iis rebus, quæ tibi acquiri poſſunt.*

l. ſi filius 40. de ver. obl. §. ſi quis alij, De inutil. ſtipul.

ILLATIO X.

De donatione à patre collata in filiumfamilias.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt filiofamilias pater donare non poſſit: *l. donationes in concubina 31. §. pater, ff. de donat. leg. 2. C. de inoffic. donat. leg. ſi donatione 13. C. de collat. l. ſine emancipatis 17. C. de donat.* non quòd filiusfamilias non ſit capax acquiſitionis, etiam conſentiente patre, vulgò imperitè creditur; quod nos iam in præcedentibus ſatis ſupérque confutauimus. Aut quod nolit pater acquiri ſtatim filiofamilias, quod ei donat maximè inter viuos. Sed quia non poteſt donatio valere, quin obligatio contrahatur, vel ob hoc ſaltem ne donatori, ſiue antè, ſiue poſt perfectam donationem liceat pœnitere, *l. perfecta 4. C. de donat. quæ ſub mod. l. vtilei necne 6.* & paſſim *C. de renoc. donat.* Atqui iam diximus inter patrem & filiumfamilias obligationem ciuilem contrahi nullam poſſe. Ergo nec fieri inter eos donatio poterit. Etſi enim capax eſt filiusfamilias acquirendi dominij earum rerum omnium, quas pater ſuas eſſe nolit, in quarum numero fatendum eſt collocari poſſe illas, quas pater ipſe filio donat; prius tamen eſt vt contrahi poſſit obligatio inter patrem & filium, quàm vt ex traditione per patrem facta filio, donationis iure dominium

nium

Digitized by Google

nium in filium transferatur. Nam ſi transferretur; vtique ex dominij natura irreuocabiliter transferretur, *arg. l. 1. ff. de iur. dot.* Dominium namque non niſi certis modis vt acquiritur, ita & amittitur. Hoc ipſum autem, vt dominium ex donationis cauſa tranſlatum reuocari à donatore nunquàm poſſit, non ex alio loco proficiſci poteſt, quàm ex poteſtate obligationis, quæ contracta fuerit in donando: *l. ſicut* 5. *C. de obl. & action.* Cùm igitur inter patrem & filium non poſſit contrahi vinculum obligationis, obſtante vinculo poteſtatis, quod & antiquius eſt & potentius; quis iam miretur dominium rei, quàm pater filio donauerit, à patre in filium transferri non poſſe? Ex quo etiam apparet quàm egregiè vulgò errent Interpretes noſtri; exiſtimantes in donatione, quam pater filiæ fecerit ex cauſa dotis, aliud iuris eſſe, vt ipſo iure valeat, & defendatur; Fauore inquiunt, & priuilegio dotis; inter cuius priuilegia quàmplurima, quæ ipſi congerunt, vel hoc vnum maximè connumeratur; ex *l. Pomponius Philadelphus* 35. *ff. fam. erciſc.* Nam ſi ius patriæ poteſtatis ſolùm illud eſt, quod facit ne donare filio aut filiæ pater poſſit; ius autem illud per nuptias filiæ non diſſoluitur; *l. 1. §. vlt. ff. de lib. exhib.* cur fauor dotis, aut matrimonij faciet, vt immutetur ius, cuius ratio non ſit immutata? In eámque rem non obſcurus textus eſt in *l. cum pater* 77. *§. pater filia, De legat.* 2. ſed elegantior & apertior in *d. l. Pomponius*, qua noſtri in contrariam partem miſerè abutuntur. Vt à nobis pluribus demonſtratum eſt *lib. Coniect.*

l. Pomponius Philadelphus 35. ff famil. erciſc.

ILLATIO XI.

De filiofamilias exercente ſine mandato actiones patri competentes.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt illas etiam actiones, quæ patri competunt, poſſit filiusfam. exercere etiam ſine mandato, ſi modò pater aut abſens ſit, aut ſuſpectæ vitæ, adeóque ad eiuſmodi actiones exercendas procuratorem dare: *l. filiusfamilias* 8. *D. de procurat. l. exigendo* 12. *C. eod. l. ſi libertus* 12. *ff. de in ius vocand. l. ſi longius* 18. *§. ſi filiusfamilias* 3. *ff. de iudic.* Etſi enim actio non per alium exerceri poteſt, quàm per eum cui competit; quia nemo agit ſine actione, *l. ſi pupilli* 6. *§. videamus, de negot. geſt.* quid tamen intereſt an pater agat, an filius, ſi pater aut abſens, aut vitæ ſuſpectæ ſit, cùm ſint vna eadémque perſona? Planè cùm pater nec abſens, nec ſuſpectus eſt, non permittimus filio vt agat, niſi mandante patre, quia præferri patrem tanquam digniorem conuenit, in cuius poteſtate filius ipſe eſt.

l. filiusfamilias 8 ff. de procurat. l. ſi libertus 12.

ILLATIO XII.

De filiofamilias dando patri curatore.

DVodecimò ex eodem Principio fit, vt quamuis indecorum pleriſque viſum ſit, patrem à filio regi, darique filium curatorem patri, qui rebus ſuis ſupereſſe non poſſit, tamen obtinuerit tandem ex Diui Pij, Diuorúmque fratrum reſcriptis, filium, ſi ſobriè viuat, curatorem patri dandum, potiùs quàm extraneum: *l. his qui* 12. *§. 1. ff. de tutor. & cur. dat. l. 1. 2. & 4. ff. de curat.*

furioſ. Cùm enim patris & filij vna eadémque perſona ſit propter ius patriæ poteſtatis, ferè eſt vt ſeipſum regere poſſit pater, qui per filium bene regi poteſt. Etſi non ignoro non ex ſolo iure poteſtatis id fieri, ſed potiſſimùm intuitu pietatis, indéque eſſe, quod matris quoque furioſæ curatio ad filium pertinet: *d. l. 4.* Quamuis non habeat mater filium in poteſtate; *§. fœminæ, inſtr. De adopt. l. mulierem* 5. *C. eod.* Quo exemplo poſſit quis tentare, etiam ab emancipato filio patrem furioſum regi olim potuiſſe. Sed tamen non puto ita eſſe; non ſolùm quòd id nuſquam ſcriptum ſit, ſed etiam quia magis fuit olim extraneus patri filius ab eo emancipatus, quàm matri filius quilibet, tanquam qui de familia expulſus eſſet per emancipationem, non aliter ferè quàm ſi per abdicationem eiectus eſſet de familia, Græcorum more (niſi quod abdicatio erat ignominioſa miſſio, & eiectio de familia, emancipatio verò ignominiam non habebat: *l. abdicatio* 6. *C. h. t.*) Etſi neque in patris neque in matris poteſtate, aut hic aut ille eſſet. Minus enim iuris habet filius ratione patris poſt emancipationem, quæ eſt familiam paternam deſiit, quàm ratione matris, in cuius nunquàm fuerit poteſtate. Vnde fiebat vt ad matris inteſtatæ hæreditatem filius admitteretur ex iure ciuili, h. e. ex ſenatuſconſulto Orficiano, quod iuris ciuilis partem conſtituit: *tot. tit. de SC. Orfic. inſt.* emancipatus autem nullomodo ad patris hæreditatem legitimam vocaretur, niſi mero beneficio & indulgentia Prætoris. Quare nec diſtinguunt Iureconſulti vinculum poteſtatis, à vinculo pietatis, ſed vtramque pro eadem accipiunt: *l. vltim. ff. ſi à parentibus qui manumiſſ. l. nec in ea* 22. *§. vltim. ff. ad leg. Iul. de adulter.* vt ſignificent, emancipationem filij, ſicut diſſoluit vinculum patriæ poteſtatis, ita & diſſoluere vinculum pietatis. Nec abs re, quia nullam pietatem debet filius patri, niſi tanquam filius. Atqui per emancipationem deſinit eſſe filius, vt diximus præcedentibus, cùm ius ciuile nullos filios agnoſcat ratione patrum, quàm qui ſint filijfamilias, hic autem ex filiofamilias paterfamilias fit. Dixi *ratione patrum*, quia quod ad matres attinet, non ſimiliter dici poteſt non eſſe filium matris ſuæ, eum qui deſierit eſſe filiusfamilias, ſiquidem ea mutatio ſtatus & familiæ non interuenit reſpectu matris, quæ filios duntaxat habere poteſt, filiosfamilias habere non poteſt. Cúmque filiusfamilias is demum ſit, qui ex iuſtis nuptijs ſuſceptus eſt, materque etiam extra iuſtas nuptias certa ſit, multò magis autem iuſtis nuptiis contractis, apparet non feciſſe ius ciuile, nec facere potuiſſe, vt ob id minùs filium haberet, mater, quòd eum non haberet in poteſtate. Planè non nego potuiſſe olim filium etiam emancipatum dari curatorem patri, ſed tanquam extraneum, non tanquam filium; & conſequenter non niſi poſt agnatos omnes. Hodie verò poſtquam ſublata eſt per Iuſtiniani *Nouel. conſt.* 118. *De hæred. ab inteſt. venient.* omnis differentia ſuitatis & emancipationis, itémque agnationis & cognationis, multò faciliùs admitto poſſe, & debere filium emancipatum dari curatorem patri; ſed ita tamen, ſi alius nullus ſit in poteſtate, cui priùs ea cura mandari poſſit. Sicut enim non ſuſtulit Iuſtinianus patriam poteſtatem, ita nec fecit quominùs etiam hodie filius, qui in poteſtate eſt, hac in re, vt in cæteris omnibus minimè ad ſucceſſionis iura pertinentibus,

l. abdicatio 6. C. hoc tit.

Nouell. 118. de hæredib. ab inteſt. venient.

Digitized by Google

heredibus, emancipato ſit præferendus, in pari ſaltem cauſa.

ILLATIO XIII.

De exceptione quærenda patri ex iureiurando filiifamilias.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit, vt quamuis iuſiurandum ſit quid valdè perſonale ex parte iurantis, tamen ſi iurauerit filiusfamilias patrem dare non oportere, acquiratur patri exceptio ex iureiurando filij: *l. vlt. ff. de exception. l. 2. in princip. ff. quar. rer. act. non dat.* Nec ad rem facit, quod idem conſtitutum ſit fauore quoque domini, ſi ſeruus aduerſario deferente iurauerit, dominium dare non oportere, *l. ſi ſeruus iurauerit 25. ff. de iureiur.* In ſeruo etiam aliam rationem id habet; quia non poteſt iuſiurandum prodeſſe ipſi ſeruo qui iurauerit, ideóque non pro ſe, ſed pro domino iuraſſe intelligitur, ſibique debet imputare, vt lex ait, qui ſeruo detulit iuſiurandum. At in filiofamilias; qui proprio nomine & agere & conueniri poſſet, itémque iurare, quemiam perſona libera & integra eſt, non alia ratio facit, vt iurando patrem dare non oportere, acquirat patri exceptionem, quàm quòd vna eadémque cum patre perſona eſſe intelligatur. Non tamen ſimiliter è contrario dicendum eſt, ſi deferente filiofamilias aduerſarius iurauerit, dandam ex iureiurando exceptionem contra patrem: non magis quam ſi ſeruo deferente iuratum eſſet: quia neque ſeruis, neque filiisfamilias permittitur conditionem eorum, quorum poteſtati ſubiecti ſunt, facere deteriorem; vt ex Paulo ſubiungitur in *l. multo magis 24. eod.*

l. vlt. ff. de except. l. 2. in princip. ff. quar. rer. act. non dat.

ILLATIO XIV.

De non extendenda fictione identitatis perſonæ patris & filiifamilias, ad ea, quæ ſunt meri facti.

DEcimoquartò ex eodem Principio fit, vt in iis quæ ſunt meri facti, nec quidquam iuris habent, filius quantumlibet in patris poteſtate conſtitutus, non cenſeatur eadem perſona cum patre. Vt ecce, ſi pater ſoli filio ſuo, quem in poteſtate habet, dari ſtipuletur, placet vtiliter contrahi obligationem, perinde ac ſi pater ſibi ipſi eſſet ſtipulatus. Et tamen ſi filiofamilias ex ea ſtipulatione ſolutum ſit, patre ignorante, non contingit liberatio, nec valet ſolutio: *d. l. eum qui ita 56. §. qui ſibi, verſ. quòd ſi ſoli, ff. de verb. oblig.* nempe quia obligatio, quæ per ſtipulationem contrahitur, iuris eſt; ſolutio autem, facti: *l. conſilio 9. §. vlt. ff. de cur. furioſ.* ad ea porrò quæ facti ſunt, fictiones iuris ciuilis non accommodantur: *l. denique 19. quib. ex cauſ. maior. l. in bello 12. §. facti. de cap. & poſtlim. l. qui hæredi 44. De cond. & demonſt.*

l. eum qui ita 56. § qui ſibi verſ. quod ſi ſoli. ff. de ver. oblig.

ILLATIO XV.

De oneribus patriæ poteſtatis.

DEcimoquintò & vltimò, ex eodem Principio fit, vt patria poteſtas, licet ſit perutilis & per honorifica patri, adeóque res inæſtimabilis, vt iam diximus, *l. filiusfamilias 114. §. ſed ſi liberos, De leg. 1.* ſua tamen habeat onera ex parte patris, quæ ex parte filij commoda ſunt, nec pauca, nec pauca. Puta vt a parentibus ali debeat & exhiberi, vt nominatim inſtitui, vel exhæredari. Hoc enim fit ex iure poteſtatis, *l. inter cetera 30. l. pen. ff. de libert. & poſth.* Denique ne ſingula congeramus, vt qui in poteſtate eſt fiat patri ſuus hæres, omniáque ſui hæredis commoda conſequatur. Propter quam cauſam in *l. 5. §. non tantum, ff. de lib. agnoſ.* ita ſcriptum eſt, *cætera quoque onera liberorum:* Et in *l. pen. eo tit.* non quemadmodum maſculorum liberorum noſtrorum liberi, inquit Marcellus, ad onus noſtrum pertinent, ita & in fœminis eſt, nam manifeſtum eſt, id quod filia parit, non auo, ſed patri ſuo eſſe oneri. Et in *l. pen. ff. de adopt.* Onera eius inquit Paulus, qui in adoptionem datus eſt, ad patrem adoptiuum transferuntur. Non alia ratione, quam quod in eundem transferatur quoque ius patriæ poteſtatis. Vnde etiam eſt, quod ſicut pater inuitus filium non cogitur emancipare, at ne quidem auus paternus, nec ſi adſit Principis reſcriptum: *l. nec auus 4. C. de emancip. liber.* ita nec inuitum poteſt, *l. 3. & 5. eod. tit.* Item quòd ſi quis nepotis loco adoptet, vel quaſi ex filio quem habet iam adoptatum, vel quaſi ex illo, quem naturalem in ſua poteſtate habet, eo caſu & filius conſentire debeat, *ne ei inuito ſuus hæres adgnaſcatur*, vt ait Iuſtin. in *§. ſed ſi quis, inſt. de adopt.* poſt Paulum *in l. cum nepos 6. & l. ſi is qui 11. eod. tit.* Ex quibus locis apparet non eſſe oneri patri, quod habet liberos, niſi quatenus habet eos in poteſtate, taléſque qui futuri ſint, aut fieri poſſint ſui hæredes. Qua etiam ratione Senatuſconſultum, quod factum eſt de liberis agnoſcendis, ad eos tantum liberos pertinet, qui ſint in poteſtate; quique ſui hæredes agnoſcantur, non ad alios: *l. 1. §. 1. & §. vlt. De liber. agnoſ.* Nec pugnat quòd ab Vlpian. ſcriptum eſt in *d. l. 5. §. 1. eo.* patrem non tantum eos liberos, quos in poteſtate habeat, cogendum exhibere, ſed etiam emancipatos, vel ex alia cauſa ſui iuris conſtitutos. Id enim non ad Senatuſconſultum, aut ad aliam vllam meri iuris ciuilis partem referendum eſt, ſed ad officium iudicum datorum à Prætore, apud quem nulla erat differentia, præſertim hac parte, ſuorum hæredum, & emancipatorum. Etſi vt verum fatear, tota illa lex 5. aut ſaltem maiore ex parte, mihi valdè ſuſpecta eſt, vt Triboniano magis, quàm Vlpiano tribuenda videatur, hoc ipſo quod de iudice, ac iudicibus loquitur, nunc in ſingulari numero, nunc in plurali. Cùm tamen neque omnia iudicum, & magiſtratuum, ſoleat Vlp. aut alius quiſquam ex Prudentibus confundere, neque vlla iudicis notio fuerit, niſi quatenus à magiſtratu datus eſſet, maximè verò a Prætore: nec denique dubitandum ſit, quin omnes de alimentis quæſtiones ad ſolius Prætoris iuriſdictionem pertinerent, multò magis verò ſi inter patrem & filium de eo controuerteretur:

l. inter cætera 30. l. pen. de liber. & poſth.

l. 1. §. 1. & vlt. De lib. agn. l. 5. §. 1. eod.

l. cum

l. eum hi 8. ff. de tranſact. l. pen. C. & hoc tit. Sed & eidem Triboniano facilè adſcribo quod in *d. l. pen. de lib. agn.* additum video, *niſi pater aut non ſit ſuperſtes, aut egens eſt.* Cur enim auo materno debeant eſſe oneri nepotes, etiam defuncto patre qui fuerit locuples, & opulentam reliquerit hæreditatem? De illo enim accipi debere verba illa, *aut non ſit ſuperſtes*, oſtendit manifeſtè disiunctio quæ ſequitur, *aut egens eſt*; cui ſcilicet locus non eſt niſi inter diuerſa. Tunc verò nonne mortuo patre ſuperesſe poteſt auus paternus, æquè ac maternus? Etſi cum loquimur de liberis, qui oneri aliquando fuerint patri ſuo, ponendum eſt prædefunctum fuiſſe auum paternum, quo ſcilicet viuo, non poſſunt nepotes oneri eſſe patri, qui eos in poteſtate non habeat, quique in patris ſui ſit ipſe poteſtate, *l. ſi maritus 7. C. hoc tit.* Illo ſanè caſu quo pater omnino egens ſit, vt liberis ſuis alendis ſufficere nequeat, ratio humanitatis & pietatis facit, vt ad aui paterni onus ea res debeat pertinere. Et ad hunc caſum proculdubio reſtringendum eſt, quod de reſcripto Diui Pij proponitur in *d. l. 5. §. item Diuus Pius*, his verbis, *item Diuus Pius ſignificat, quaſi auus quoque maternus alere compellatur.* Quæ verba etſi minùs diſertè concepta ſunt, quàm vt ſapiant Vlpianum, ſignificant tamen non obſcurè, nec ferè auſum Diuum Pium eam alendorum nepotum neceſſitatem auo materno iniungere. Adeò videtur id à iuris ratione alienum, vt eos liberos, quos quis in poteſtate non habet, alere compellatur. Quanquam in auo materno faciliùs id admitti poteſt etiam ex iure ciuili, quàm in patre qui filium emancipauit, argumento eorum quæ *illat. 12.* ſcripſimus de matre, cui filius extraneus non eſt, ſed filius, tametſi nunquam fuerit in eius poteſtate. Quod enim obtinet in matre, idem in auo quoque materno locum habet. Planè dubium non eſt quin filius etiam emancipatus debeat alimenta patri, ſed non tanquam filius, at eo iure quo libertus alere cogitur egentem patronum: *d. l. 5. §. ſolent iudices.* Pater enim plus quàm manumiſſor eſt, cùm ſit & pater: *l. 1. §. vl. ff. ſi à parent. quis man.* Sed ſi alio modo ſoluta ſit patria poteſtas, non idem dici poteſt: Et tamen non dubitauit Tribon. addere in *d. l. 5. §. 1. Vel ex alia cauſa ſui iuris conſtitutos.*

l. 5. item Diuus Pius. ff. de lib. agnoſc.

ILLATIO XVI.

De priuilegiis conceſſis filio in honorem patris.

DEcimoſextò ex eodem Principio fit, vt in honorem patris plerumque filio priuilegium concedatur, vt in *l. honor 5. l. 9. & 12. C. de pœn. l. medicos 8. C. de profeſſ. & medic. l. 10. tit. 52.* Iunge *l. ſi quidem 8. ff. quod met. cauſ.*

l. honor 5. C. de pœn. l medicos 6. C. de profeſſ. & medic.

PRINCIPIVM VIII.

De iure poteſtatis fœminis denegato & auo materno.

FOemina neque in ſua poteſtate liberos ſuos habet, neque facit vt in aui materni poteſtate eſſe poſſint: *§. fœmina quoque. inſt. De adopt. l.*

Anton. Fabr. Iuriſp. Papin. Scient.

mulierem 5. Cod. eod. l. penult. ff. de agnoſc. liber. Prior pars Principij rationem illam habet, quòd ius poteſtatis inductum ſit iure ciuili ad familias tuendas & propagandas, vt in *Principij primi* declaratione docuimus: familia autem nulla eſt, de cuius tuitione & propagatione tractari queat, niſi quæ ſit patris, quia fœmina quælibet, quamuis familiam ſuam habeat, ſicut & maritus, tamen illius ſuæ familiæ & caput, & finis eſt: *l. pronunciatio 195. §. vlt. de verb. ſignific.* Poſterior verò pars Principij huius, ex eo pendet, quòd neque plus iuris habere poteſt ex perſona filiæ in nepotes, quàm filia in proprios liberos; cùm ius aui in nepotes ex iure Patris in liberos matriſve æſtimandum ſit, ſiquidem auus nepoti non niſi per mediam patris matriſve perſonam coniungitur: *l. decem 6. ff. de collat.* Item ex eo, quod cùm nepos hic in patris ſui, auique paterni poteſtate ſit, cuius & familiam ſequitur, fieri nequit vt in aui quoque materni poteſtate ſit; Ne alioquin eueniat contra ea quæ conſtituimus in ſuperioribus, vt in duorum ſimul ſit poteſtate.

l decem 6. de collat.

ILLATIO I.

De fœminarum liberis in familia non numerandis.

EX hoc Principio illud primum fit, quod Caius ſcribit in *l. familiæ 196. §. 1. de verb. ſign.* fœminarum liberos in familia earum non eſſe, quia qui naſcuntur, patris non matris familiam ſequuntur. Quibus verbis obſeruandum eſt, non illud ſignificari quod vulgò plerique putant, fœminas familiam nullam habere (quotquot enim capita ſunt in familia, mortuo patrefamilias, propriam familiam habere incipiunt: *l. pronunciatio 195. §. familiæ, de verb. ſig.* nec tractari poſſet an fœminarum liberi in earum familia eſſent, ſi familiam ipſæ nullam haberent) ſed in ea familia liberos fœminarum non eſſe; nempe, quia vt diximus, mulier quælibet familiæ ſuæ & caput, & finis eſt: *d. l. pronunciatio, §. vlt.* Atqui nec caput, nec finis eſſet familiæ ſuæ, ſi nec familia ipſius vlla eſſet.

l. familiæ 196. de ver. ſign.

ILLATIO II.

De liberis filiarum, quòd non auo, ſed patri ſuo ſint oneri.

SEcundò ex eodem Principio fit, quod ſcriptum eſt in *d. l. pen. ff. de agnoſ. liber.* Non quemadmodum maſculorum noſtrorum liberi ad onus noſtrum pertinent, ita & in fœminis eſſe. Nam manifeſtum eſt, id quod filia parit, non auo, ſed patri ſuo eſſe oneri. Siquidem, vt *ſuperiore Principio* docuimus, non alia de cauſa nepotes ex filia non ſunt oneri auo materno, quàm quòd neque in matris, neque in aui materni ſint poteſtate.

l. pen de liber. agnoſc.

* * *

ILLATIO III.

Fœminas non habere ſuos hæredes.

l. illud notandum 4. §. ad teſtamenta, De bon poſſ. contr. tab.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt fœminæ non habeant ſuos hæredes: *l. illud notandum 4. §. ad teſtamenta, ff. de bonor. poſſ. contr. tabul.* non enim poteſt ſuus hæres eſſe, qui priùs non ſit in poteſtate: *l. ſi filiusfamilias 33. §. 1. de teſt. milit. l. ſi quis filio 6. de iniuſt. rupt. l. ſcripto 7. ff. vnd. liber.* vt diximus *ad Princ. 1. illat. 3. ſup. eod.*

ILLATIO IV.

De matris præteritione habenda pro exhæredatione.

QVartò ex eodem Principio fit, vt mater filium ſuum neque inſtituere; neque exhæredare teneatur, ſed eius præteritio habeatur pro exhæredatione. Quod & in auo materno, cæteriſque per matrem aſcendentibus perſonis obtinet, *§. mater infr. De exhared. liberor.* cùm inſtituendi vel exhæredandi filij neceſſitas, ex ſuitatis & poteſtatis iure proficiſcatur, quemadmodum diximus in præcedentibus, ex *l. inter cætera 30. & ſeq. ff. de liber. & poſthum.*

ILLATIO V.

De filio deneganda bonorum poſſeſſione contra tabulas matris.

QVintò ex eodem Principio fit, vt filio non detur à Prætore bonorum poſſeſſio contra matris tabulas, quia non aliis ea poſſeſſio iure prætorio accommodatur, quàm qui iure ciuili teſtamenta turbant, id eſt qui ſi præteriti ſint, non patiuntur iure ciuili valere teſtamentum: *d. l. 4. §. ad teſtamenta, l. non putauit 8. in princ. De bon poſſ. contr. tabul.* Niſi quod emancipatis liberis auxilium illud datur, qui quoniam iure ciuili pro liberis non habentur, non impediunt quin iure ciuili valeat teſtamentum, in quo præteriti fuerunt. Sed ſufficit tales eos eſſe, qui ſi iuri ciuili eſſent cogniti neceſſariò, vel inſtituendi eſſent, vel exhæredandi.

ILLATIO VI.

Fœminas non poſſe adoptare.

SExtò ex eodē Principio fit, vt fœminæ adoptare nō poſſint, quia per adoptionē ius poteſtatis acquiritur: *d. §. fœmina quoque, infr. de adopt.*

De familia & agnatis fœminarum.

OBſeruā tamen, fœminam, licèt alios nō habeat in familia ſua, eſſe nihilominùs de familia & agnatione; *l. cùm pater 77. §. cùm inter, de leg. 2.* & conſequenter habere etiam agnatos, cùm agnati ſint omnes qui per maſculos, non qui maſculis coniunguntur: *l. 2. §. agnati, De ſuis & legit.*

l. cùm pater 77. §. cùm inter, de leg. l. 2. §. agnati, de ſuis & legit.

TITVLVS DECIMVS.

De nuptiis.

PRINCIPIVM I.

De iuſtis nuptiis inter ſolos ciues Romanos contrahendis.

§. 1. hoc tit.

IVSTAS nuptias inter ſe ſoli ciues Romani contrahunt, qui ſecundum legum præcepta coëunt, maſculi quidem puberes, fœminæ autem viri potentes, vt Iuſtin. *in princip. huius tit.* ſcribit. Etſi enim maris & fœminæ coniunctio, quæ modò non brutorum more, ſed cum ratione ſint, qualis illa eſt quam nos Matrimonium appellamus, iuris naturalis eſſe dicitur ab Vlpiano in *leg. 1. §. ius naturale, Digeſtis, de iuſtit. & iur.* eorum autem, quæ iuris naturalis, adeóque iuris gentium ſunt, capaces exiſtimantur: illi etiam, qui ciues Romani non ſunt: *l. ſunt quidam 17. § 1. ff. de pœn.* Aliud tamen eſt de maris & fœminæ coniunctione, aliud de matrimonio iuſto, iuſtiſque nuptiis tractare. Iuſtum namque matrimonium, iuſtáſque nuptias ſolum ius facit. Siquidem iuſtum in iure noſtro id dicitur, non vt vulgò quod æquum eſt, ſed quod ſecundum ius, ſeu quod iure cognitum eſt, & approbatum. Ius autem cùm ſimpliciter & abſolutè dicimus, non aliud quàm Romanorum ius intelligimus: *§. ſed ius quidem, ff. De iur. nat. gent. & ciuil.* Proinde iuſtum matrimonium, iuſtáſque nuptias dicimus eam duntaxat coniunctionem maris & fœminæ, quæ ex legum præſcripto facta ſit, legum inquam Romanarum. Habent quidem cæteræ gentes omnes ſua matrimonia, eáq; iuſta, ſi alterius cuiuſque populi & ciuitatis iura, leges, & inſtituta conſiderentur: Sed non ſunt iuſta Romanis, quia hac in re ius adeo ſuum propriumq; habere voluerunt, vt ſi non ſecundum Romanas leges matrimonium contractum ſit, nec pro matrimonio id haberi poſſit; & quod eſt conſequens, nec vir, nec vxor, nec liberi, nec dos vlla eſſe intelligantur: *§ ſi aduerſus, inf. eo.* Idque ſanè fuit conueniens pro tuenda & amplificanda Romanæ Reipublicæ maieſtate; vt quemadmodum pendet illa ex ſingularum familiarum dignitate, quæ ipſa niſi per iuſtos & legitimos liberos, atque ita per iuſtas nuptias conſeruari & propagari non poteſt; ſic leges quaſdam conſtitui neceſſe fuerit, quæ matrimoniis contrahendis non ſolùm formam, ſed etiam dignitatem darent;

l. 1. §. ius naturale, De inſt. & iur.

darent; ne quid fieret non ſolùm contra ius naturale, ſed nec contra publicam ciuilémque honeſtatem: *l. ſemper in coniunctionibus 42. ff. de rit. nupt.*

ILLATIO I.

De iniuſtis nuptiis, contra populi Romani leges, aut mores, contractis.

EX hoc Principio illud primum fit, quod iam diximus, vt ſi contrà quàm legibus aut moribus populi Rom. conſtitutum ſit, contractæ fuerint nuptiæ, pro nuptiis non habeantur,
d. §. ſi aduerſus. quia iuſtæ non ſint: *d. §. ſi aduerſus, infr. eo.* Ius enim ciuile Romanorum pro nullo habet, quicquid non ſecundum ius Romanum eſt, vt vnuſquiſque tanto ſtudioſiùs pareat legibus, ex earúmque autoritate ſe ſuáque omnia pendere intelligat; nec tantùm ſibi adroget, vt iis poſſe ſe derogare putet: *l. nemo poteſt 55. De leg. 1. l. vlt. ff. de ſuis & legit. l. non dubium 5. C. de legib.* Hinc dicimus nulla eſſe teſtamenta quæ ſunt iniuſta, i. in quibus non ſunt obſeruatæ ſolénitates iure ciuili introductæ, aut quibus fuerit inſtitutus is, cuius inſtitutio iure ciuili non ſit permiſſa: *l. 1. ff. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam. l. 1. C. de hered. inſtit.* Nullam emancipationem, nullam manumiſſionem, nullam adoptionem, nulla denique omnia, quæ non ritè, nec ex legum præſcripto facta ſunt.

l. cùm ſer 77. § mo ter, et l. 1. § qui de ſuo legit.

ILLATIO II.

De contubernio inter ſeruos & ancillas.

SEcundò ex eodem Princip. fit, vt inter ſeruos & ancillas non poſſit eſſe matrimonium ſed contubernium dumtaxat, nec ſi contracti matrimonij tempore, vterque coniugum pro ciue Romano haberetur adeóque nec ſi alteruter
l. 3. C. ſolut. matrim. ciuis fuerit: *l. 3. C. ſolut. matr.* quamuis non
l. ſi cùm dotē 22. §. vlt ff. eod. eo minùs dos cùm repetitur, habeat priuilegium, ſi mulier in mariti conditione erat erit probabili errore: *l. ſi cùm dotem 22. §. vlt. ff. eod.*

ILLATIO III.

De matrimonio diſſoluendo per ſeruitutem alterutrius ex coniugibus.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt quamuis matrimonia pleraque facta durent, quæ fieri prohiberentur; vt euenit quoties alteruter cõiugum conſtante iam matrimonio furere cœperit: *l. patre furioſo 8. De his qui ſui vel alien. iur. ſunt.* fieri tamen nequeat vt duret matrimonium inter eos, quorum alteruter redactus ſit in ſeruitutem, ſiue ea ſeruitus contigerit ex captiuitate, ſiue ex pœna legibus irrogata: *l. 1. ff. de diuor. l. ſi quis ſit ſtipuletur 56 D ſolu. matr. l. res vxoris 24. C. de don. int. vir. & vxor.* Quid ergo ſi alteruter coniugum non ſeruus factus ſit, ideſt, neque captus ab hoſtibus, neque in metallum puta damnatus, ſed tantùm deportatus? De relegato enim dubium non eſt, quin & nuptias & patriam poteſtatem retineat, cùm non amittat ciuitatem: *l. 7. §. ſiue ad tempus. ff. de interd. & releg.*) Conſtat deportatione amitti ciuitatem dùtaxat libertatem verò retineri: *§ minor, infr. De cap. dimin. l. vl. ff. eo. l. 2. § 1. l. ſunt quidam 17. § 1. de pœ. l. inter pœnas 6 ff. de interd. & releg.* Ideuque cùm nuptiæ iuſtæ non inter alios poſſint conſiſtere, quàm qui non modò liberi homines ſint, ſed etiam ciues; conſequens videtur vt nuptiæ per deportationem ſoluantur: quod & apertè ſcriptum eſt in *d. l. ſi quis ſit ſtipuletur 56 ff. ſolut. matr.* Contra tamen placuit, deportatione *l. ſi quis ſti. ſtipuletur 56. ff ſolut. matr.*
matrimonium non diſſolui: *d. l. res vxoris 24 ver. ſin autem, C. de dona. int. vir. & vxor. l. 1. C. de repud.* vbi additur conditio, *ſi caſus, in quem maritus incidit, non mutet vxoris adfectum.* Nam cùm etiam deportatus liber nihilominùs remaneat, nihil prohibet, & virum mariti adfectionem, & mulierem vxoris animum retinere, vt Vlpia. ex Marcello ſcribit in *l. 5. § 1. De bon. damnat.* Ex quibus verbis apparet retineri vinculum matrimonij, non tam ſola iuris poteſtate, quàm ex noua, licèt tacita, coniugum voluntate, cùm in alterius coniugis, qui deportatus non eſt arbitrio ſit, an in matrimonio manere velit, necne; quod non ita eſſet, ſi deportatio non interueniſſet. Tunc enim non niſi aperto ſolemnique diuortio matrimonium diſſolui poſſet: *l. 1. 2. & 100 tit. ff. de diuort. l. inter ſtuprum 101. §. 1. l. inter diuortium 191. De verbor ſign.* Facit quod ſcriptum eſt in *l. ſed ſi mors 13. § 1. ff. de don. int. vir. & vxor.* etſi adſentior facile Iacobo Cuiacio, qui locum illum ab iis verbis, *cùm igitur deportatione*, Triboniani eſſe mauult, reſpicientis ad illam Conſtantini conſtitutionem, quæ extat in *d. l. res vxoris, C. eo.* & quã Iuſt. laudat & confirmat *Nouel 22. de nup. cap. 13. §. deportatio.* vbi & expreſſim ſcribit legibus Romanis non diſſolui matrimonia per deportationem. Quod ſanè ita eſt accipiendum, vt non diſſoluantur vtique, quomodo loquitur Vlp. in *d. l. 5. de bon. damn.* id eſt omnimodo & indiſtinctè, ſed ita demum ſi ex coniugibus ea perſona, quæ deportata non eſt, diſſolutum eſſe velit. Alioqui quid, obſecro, matrimonij vinculo dignius eſt, quàm caſuum mariti participem eſſe vxorem, &
contrà: *l. ſi cùm dotem 22 §. ſi maritus. ff. ſolut. matr.* *l. ſi cùm dotem 22 §. ſi mar. ins. ff. ſolut. matr.*
nimirum propter indiuiduam illam vitæ ſocietatem, quæ per matrimonij vinculum contrahitur: *l. 1. ff. de rit. nup.* Scilicet quamdiu coniugum vterque liber manet. Alterutro enim ſeruo effecto, ſiue per captiuitatem, ſiue ex pœna, vt loquitur *l. ſed ſi maritus 14 § ſed ſi morte. ff. quis & à quib. manum.* finiri neceſſe eſt indiuiduam illam vitæ ſocietatem; ex quo tempore verum eſſe incipit, non niſi vnum ex coniugibus ſupereſſe; cùm is qui ſeruus eſt, pro nullo & mortuo habeatur: *d. §. ſed ſi morte.* Cæterùm poteſt dici matrimonium quodammodo ſolui deportatione, hoc reſpectu, quod diuortio nullo opus eſt, ſed nuda coniugis voluntate, vt diſſolutum perinde intelligatur, ac ſi diuortium interceſſiſſet. Ad quod videntur alluſiſſe ij, quos Vlp. in *d. l. ſed ſi mors 13. De don. int. vir. & vxor.* ſcribit exiſtimaſſe, donationem inter coniuges factam in caſum deportationis, perinde valere ac ſi facta eſſet in caſum diuortij. Atque ita videntur ſupradictæ leges conciliari poſſe. Multò meliùs & commodiùs, quàm quomodo Iacob. Cuiacius conciliauit ad *dict. Nouell. 22.* *d Nouell 22. cap 13.*
De nup. vbi ſcripſit deportatione ſolui matrimonium iure Quiritium, non ſolui iure gentiũ; quod, inquit, in nuptiis contrahendis, & retinendis,

retinendis, maximè ſpectatur: *ar. l. adoptiuus 14. §. 1. ff. de ri. nupt.* Is enim locus non de iure gentium loquitur, ſed de iure naturali, quod cum omnes homines pro liberis habeat, ne iſtam liberorum differentiam agnoſcat, conſequens eſſet, ſi quid ex eo loco inferri poſſet, æquè probandum eſſe, non diſſolui matrimonium damnatione in metallum, aut captiuitate, licèt his modis ſeruitutis iure vel gentium, vel ciuili, irrogetur: Quod tamen nemo vnquam dixit: quia matrimonium cum ſeruo neque contrahi, neque contractum durare poteſt, vt ex ſupradictis omnibus legibus apparet. Longéque alius ſenſus eſt eius, quod Paulus ſcribit in *d. l. 14. §. 1.* in contrahendis matrimoniis naturale ius, & pudorem inſpiciendum eſſe. Id enim eò pertinet, vt in matrimoniis contrahendis ab iis coniunctionibus abſtinendum ſit, quas natura ipſa abhorreat; non autem vt ad ius naturale accommodandæ ſint leges, quæ à Romanis circa matrimonia ſunt conſtitutæ. Illud ſanè admittendum eſt, aliam eſſe libertatem iuris gentium, de qua accipiendi ſunt ij omnes loci, qui probant per deportationem non amitti libertatem, ſed tantùm ciuitatem: *d. §. minor. inf. De ca. min. l. vl. ff. eo. l. 2. & 17. §. 1. De pœn.* cum aliis ſexcentis. Aliam verò libertatem iuris Quiritium, de qua loquuntur ij loci, qui volunt libertatem quoque amitti per deportationem; vt *l. pe. in fi. De extr. cog. l. 4. §. vl. De grad. & adfin.* De quo ſcribemus latiùs ad *ti. De ca. diminut.* Denique multò facilius eſt, vt iam contractum matrimonium etiam à deportato retineatur, ita volente vxore, quàm vt cum eo contrahatur: *d. l. patre 8. De his qui ſui*, præſertim propter ſpem reſtitutionis quæ ſubeſt, quandiu libertas iuris gentium retinetur; non etiam cùm illa quoque amiſſa eſt; quia ſeruitus, non etiam deportatio, morti ſemper aſſimilatur: *l. intercidit 59. ff. De con. & dem.*

l. ſi adoptiuus 14. §. 1. ff. de rit. nupt.

ILLATIO IV.

De nuptiis inter duorum fratrum, vel ſororum, vel fratris & ſororis liberos.

QVartò ex eodem Principio fit, vt inter duorum fratrum, vel ſororum, vel fratris & ſororis liberos, valeat iure ciuili matrimonium, tanquam quod legibus Romanis non fuerit prohibitum, ſiue antiquiora iura ſpectes, *l. 3. ff. de ri. nup. l. 2. C. de inſt. & ſubſt.* ſiue recentiora, *§. duorum, hoc ti.* licet medio tempore aliud ius obtinuiſſe videatur, non ſolùm ſi Theophilo credimus, & Caio *in Inſtit.* & ſi ponderare volumus conſtitutionem illam Arcadij, de qua in *l. celebrandis 19. C. hoc tit.* quæ celebrandorum inter conſobrinos matrimoniorum licentiam indulget, reuocata, inquit, id eſt renouata priſci iuris, quod abolitum fuerat, autoritate. Sicut & multò meliore ratione tandem obtinuit ex Pontificij iuris poteſtate, vt huiuſmodi nuptiæ interdictæ ſint propter nimiam ſanguinis proximitatem. Cuius veneratione factum etiam illud eſt, vt in agnationis & cognationis gradibus computandis, incipiatur à fratre, tanquam ab eo qui ſit in primo gradu, cum tamen iure ciuili computetur in ſecundo, *l. Iuriſconſultus 10. ff. de gradi & adfi.* Ratio iuris ciuilis eſt, quia frater fratri non niſi per mediam parentis perſonam coniungitur. Nec enim alia de cauſa frater meus es, quàm quia ex eodem parente natus es. Ius verò Pontificium ad id reſpexit, quod cùm intra quartum cognationis gradum prohibeat nuptias, tantò maior ſanguinis veneratio & pudor erit, quantò remotior fiet quartus ille gradus, vt qui reuera quintus eſt, pro quarto tantùm, & conſequenter pro interdicto habeatur. Cæterùm hac in re, vt & in cæteris omnibus quæ ad nuptias pertinent, ſequimur ius Pontificium etiam in terris imperij, non modò propter ipſius dignitatem, ſed etiam propter religionem Sacramenti, quod non ab alio quàm à Chriſto Domino, ſponſaque ipſius ſacroſancta Eccleſia, leges ſuas accipere poteſt.

l. celebrandis 19. C. eo.

Ius Pontificium quoties de nuptiis agitur ſequendum.

ILLATIO V.

De inceſto ciuili.

QVintò ex eodem Principio fit, vt ſi quis vxorem duxerit ex his perſonis, quas etiámſi non legibus ſcriptis, tamen moribus Romanorum vxores ducere prohibemur, inceſtum committere dicatur: *l. ſororis 39. §. 1. De ri. nupt.* Quod enim ius moribus cuiuſque populi & ſine ſcripto receptum eſt, non minùs conſtituit partem iuris ciuilis, quàm quod ſcripto conſtitutum fuit, vt diximus ad *tit. De iur. natur. gent. & ciuil.* Inde eſt quod libertinus libertinam matrem aut ſororem ducere vxorem non poteſt: *l. libertinus 8. eod. tit.* vbi rationem Pomponius reddit, *quia hoc ius moribus, non legibus introductum eſt.* Quanquam ſi quis huius non ſcripti iuris rationem pergat quærere, illa adferri poteſt, quam Paulus reddit in *d. l. adoptiuus 14. §. 1. eo. tit.* quod in contrahendis matrimoniis ius naturale potiſſimum inſpiciendum ſit, ius autem naturale nullam inter ſeruiles & ciuiles cognationes differentiam conſtituat. Eóque pertinet quòd ſcriptum eſt in *l. nuptiæ 53. & ſeqq. eo.* nuptias conſiſtere non poſſe inter eas perſonas quæ in numero parentum liberorúmve ſunt, ſiue proximi, ſiue vlterioris gradus ſint in infinitum, nihilque intereſſe an ex iuſtis nuptiis cognatio deſcendat, an non: Nam & vulgò quæſitam vxorem ducere quem prohiberi. Quinetiam nefas exiſtimari, eam quoque vxorem ducere, quæ per adoptionem filia, neptiſve eſſe cœperit, in tantum vt etſi per emancipationem adoptio diſſoluta ſit, idem iuris maneat. Id enim ius non lege aliqua comparatum eſt, ſed moribus ex iure gentium profectis: nam iure gentium inceſtum committit, qui ex gradu aſcendentium vel deſcendentium vxorem ducit: *l. vlt. eo.* Neque diſtinguitur an palam, vel clam ducat, quia erroris obtentus vix vllus eſſe poteſt inter aſcendentes & deſcendentes. Sed inter venientes ex latere, diſtinctio illa locum habet, quia qui palam fecit, leniùs; qui clam, grauiùs punitur. Qui enim palam delinquunt, vt errantes; qui verò clàm, quaſi contumaces plectuntur: *d. l. vlt.*

l. ſororis 39. §. 1. De rit. nup.

ILLA

Digitized by Google

ILLATIO VI.

De matrimonio quod Senator, vel Senatoris filius cum libertina contraxerit.

SExtò ex eodem Principio fit, vt matrimonium quod Senator, vel Senatoris filius cum libertina coutraxerit, ipſo iure nullius ſit momenti, quia lege Iulia nominatim id prohibitum eſt; licèt cæteris ingenuis præter Senatores, eorúmque liberos, fuerit permiſſum: *l. lege Iulia 23. eo. tit. l. ſemper 42. §. 1. De rit. nupt.* Excellentia enim Senatoriæ dignitatis, quæ non tantùm Senatoribus ipſis, ſed & ipſorum libertis acquiritur, *l. filiam 9. ff. de Senat. l. generali 34. §. vlt. ff. hoc tit. De rit. nupt.* hoc ius exigere viſa eſt, ne ſordeſceret per indiuiduam illam vitæ ſocietatem, quæ ex iuſtis cum libertina nuptiis, ſi licitæ eſſent, contraheretur. Itaque caſus patris remoti à Senatu non faciet vxorem filiam ipſius nuptam libertino, quia nec aufert filiæ dignitatem: *d. l. 34. §. vlt.*

ILLATIO VII.

De nuptiis eius, cuius parentes ludicram artem fecerunt.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt nec eam, cuius pater materve artem ludicram fecerit, vxorem ducere Senator, vllúſve ex Senatoris liberis poſſit, ſicut nec filia Senatoris nubere libertino, eive cuius pater, aut mater artem ludicram ſimiliter fecerit; quoniam & eadem lege Iulia idipſum nominatim, diſtrictéque prohibitum eſt: *l. lege Iulia 44. eod. tit.* Quòd hoc genus ſcenicarum perſonarum vile ſit, & abiectum: *l. humilem 7. C. de inceſt. & inutil. nupt.* vbi Impp. iſtis æquiparant, tabernarios, lenones, arenarios, eos qui mercimoniis publicè præfuerunt, eorúmque liberos; hactenus ſcilicet ne Senatoriarum nuptiarum poſſint eſſe capaces. Alia ratio eſt pauperum perſonarum ex ingenuis parentibus natarum. Nulla enim inter ingenuos ex diuitiis & opulentiore fortuna debet eſſe diſtantia; vt in *d. l. humilem*, eleganter & verè ſcribunt Imperatores. Planè ſi Senatoris filia quæſtum corpore, vel artem ludicram fecerit, vel iudicio publico damnata fuerit, impunè libertino nubit. Nec enim honos ei ſeruandus eſt, quæ in tantum ſcelus ſe deduxit; *l. Senatoris filia 47. de rit. nupt.* ſic enim ibi Haloander legit, melius quàm vulgo *in tantum fœdus*, niſi malis, quod ego probabilius arbitror, legere, *in ſtatum fœdum.*

l. lege Iulia 44. eod. tit.

ILLATIO VIII.

De nuptiis inter Senatorem & libertinam permittente Principe contractis.

OCtauò ex eodem Principio fit, quod Vlp. ſcribit *in l. ſi ſenatori 31. eod.* Si Senatori permiſſum fuerit indulgentia Principis libertinam vxorem iuſtam habere, futuram illam iuſtam vxorem. Non enim videri poteſt contra leges vxorem duxiſſe, qui duxit Principe permittente & indulgente; ſiue Principem accipias pro viua voce iuris ciuilis, quomodo de Prætore, ac iure prætorio ſcriptum eſt *in l. nam & ipſum 8. de inſt. & iur.* (vnde & in Codice paſſim Oraculum appellatur nunc ſimpliciter nunc Oraculum viuæ vocis, nunc celeſte, nunc diuinum, nunc ſacrum) ſiue Principem conſideres tanquam qui ſit ſupra leges.

l. ſi Senatori 31. eod.

ILLATIO IX.

De nuptiis cum adulterij rea poſt abolitionem contractis.

NOnò ex eodem Principio fit, vt ſi quis ream adulterij, quam ſiue mariti, ſiue non mariti, hoc eſt, extranei iure poſtulauerit, denuo vxorem duxerit poſt abolitionem, iure contractum matrimonium videatur: *d. l. generali 34. §. 1. De rit. nupt.* nempe quod nulla lege prohibitum illud ſit, & impetrata iure abolitio prioris accuſationis & memoriam & iniuriam extinguat, ſalua & accuſatoris & reæ exiſtimatione; *l. abolitio 8. & ſeq. ff. ad SC. Turpill. l. vlt. & tot. tit. C. de abolit.*

d. l. generali 34. §. 1 ff. hoc tit.

ILLATIO X.

De nuptiis contractis inter priuignos mariti & vxoris ex aliis matrimoniis.

DEcimò ex eodem Principio fit, quod ſubiicit Papin. *in d. l. generali*, Inter priuignos, id eſt, mariti & vxoris ex aliis cuiuſque matrimoniis liberos, nuptias contrahi poſſe, quamuis fratrem communem ex nouo parentum matrimonio ſuſceptum habeant. Nimirum quia id neque moribus, neque legibus prohibitum eſt, nec iuſta vlla prohibendi cauſa fuit, licèt ſpecies iſta & elegans ſit, & valde ſingularis.

d. l. generali

ILLATIO XI.

De nuptiis inter tutorem vel curatorem & adultam prohibitis.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt tutor vel curator adultam, vxorem ducere non poſſit; *l. tutor 36. ff. eod. tit. l. 1. & tot. tit. C. de interd. matrim. int. pupill.* Nimirum intra annum viceſimum ſextum eius, quæ pupilla fuit: *l. non eſt matrimonium 66. ff. de rit. nup. l. qui pupillum 7. ff. ad leg. Iul. de adult.* vbi additur, non ſolùm hoc matrimonium non valere, ſed & adulterij accuſari poſſe hunc, qui tutor, vel curator fuit. Hoc verò ius profectum eſt ex Senatuſconſulto, de quo in *l. Senatuſconſulto 59. & ſeq. ff. de rit. nupt. d. l. 1. C. de interd. matr.* Et rationem illam habet, ne pupillæ in re familiari circumſcribantur ab his, qui rationes tutelæ geſtæ ei reddere compelluntur: *l. libertum 64. §. 1. De rit. nupt.* ideóque licèt Senatuſconſultum non niſi de tutore, tutoriſque filio locum ſit, ad extraneum tamen tutoris hæredem Senatuſconſulti ſententiam porrigendã eſſe, Calliſtratus eo loco ſcribit. Propterea quòd in eo quoque ratio Senatuſconſulti locum habeat, cùm perinde tutelæ actione teneatur. In omnibus enim legibus

l. tutor 36 ff. hoc tit. l. 1 & tot. tit. C. de interd. matrim. int. pupill.

Digitized by Google

& interpretandis, & ampliandis, & reſtringendis, rationem potiſſimùm, quæ Legiſlatorem mouit, inſpicere ſemper oportet; vt perſonæ omnes, quibus ea ratio conuenit, lege comprehendantur; non etiam illæ, quibus non conuenit. Finge, tutorem pupilli vel filiam ſuam collocare pupillo ſuo in matrimonium, aut curatorem adulto: Non prohibetur, *d. l. liberum, §. vlti.* quia non faciet id matrimonium, ne prohibeatur pupillus quandoque rationes exigere à tutore, quamuis ſocero effecto: *l. 5. C. de interd. matr. int. pup.*

l. 5. & 2. C. de interd. matrim.

Idem eſt, ſi pupillæ mater cum tutore filiæ ſuæ, vel cum filio tutoris nuptias contrahere voluerit: *l. 2 C. eod.* Finge, auum tutelam geſſiſſe neptis ex filio emancipato natæ: nepoti ex altero filio eam collocare nihilominus poteſt, ſiue emancipato, ſiue manenti in poteſtate, quia par affectionis cauſa ſuſpicionem fraudis amouet. Et quamuis Senatuſconſultum ſtricto iure contra omnes tutores nitatur; attamen ſummæ affectionis auitæ intuitu, nuptiæ huiuſmodi concedendæ ſunt, quaſi ceſſante Senatuſconſulti ratione: *l. non ſolùm 67. §. 1. eod.* Rurſum finge, Titium tutelam puellæ adminiſtraſſe, vel curatoris iure negotia ipſius geſſiſſe, illam verò nondum recepta ratione deceſſiſſe, filia hærede relicta; Placet poſſe Titium eam filio ſuo in matrimonium collocare, quia ratio non iam tutelæ eſſet vt antea, ſed facta hæreditaria, & ſic ſimplicis potiùs, quàm priuilegiarij debiti iure cenſenda. Alioquin omnis debitor tamen obligatus eſſet ex aliqua ratione, prohiberetur ſibi, filióque ſuo coniungere; quod alienum eſſet à ſententia & ratione Senatuſconſulti, cuius finis duntaxat ille fuit, ne qua tutelaribus rationibus fraus fieri poſſet: vt ſubtiliter ratiocinatur Tryphoninus in *d. l. non ſolùm, §. ſi puella.*

d. l. non ſolùm §. ſi puella.

E contrario finge, datum quem eſſe curatorem ventri, boniſque, prohibitio Senatuſconſulti inducetur; quia licèt hic tutor non ſit (nec enim tutor ventri dari poteſt, vt ſuprà diximus ad *tit. De ingen. Princ. 3. ex l. ventri 10. ff. de tutor. & curat. dat.*) perinde tamen ac ſi tutor eſſet, rationem reddere tenetur. Nec mouere nos debet per exiguum ſpatium huius adminiſtrationis, quæ partu edito finitur. Nam neque in tutore, neque in curatore diſcrimen habitum eſt minoris, aut maioris temporis, quo quis fuerit in adminiſtratione: *d. l. non ſolum, §. & ſi quis.* Finge quem tutorem quidem non eſſe, ſed tamen periculum tutelæ ad eum pertinere: ſententia orationis hoc quoque continebitur; quia quamuis tutor non ſit, ob idque non contineatur verbis Senatuſconſulti, parum tamen intereſt an tutor ſit, an tutelæ periculum ad eum ſpectet, cùm & huiuſmodi periculum in numero trium tutelarum computetur: *d. l. ſi quis tutor 60. eo.* vbi adfertur exemplum, ſi pupilla ab hoſtibus capta ſit, quo caſu certum eſt finiri tutelam, & deſinere tutorem eſſe illum, qui priùs fuit; cùm tutela ſit ius & poteſtas in caput liberum: *§. 1. infr. de tutel.* pupilla autem ab hoſtibus capta, facta ſit ſerua, vt dicemus ad *§. 1. infr. quib. mod. tutel. finit.* neque tamen finitur periculum tutoris, ſi interim aut nihil, aut malè adminiſtret, cum pupilla redire ab hoſtibus poſſit. Aliud exemplum eſt, ſi quis falſis allegationibus excuſauerit ſe à tutela, aut per ambitionem, id eſt per gratiam iudicis, cuius fuit tutorem dare: Nam & ad hoc tutores perperam & ſine cauſa excuſatos periculum adminiſtrationis exinde pertinet: *l. 1. & to. tit. C. ſi tut. vel curat. falſ. allegat. excuſ. ſit* id eſt ex die non propoſitæ, ſed admiſſæ excuſationis.

l. ſi quis tutor 60. eod.

Quid ergo, ſi quis honoris cauſa tutor datus ſit? ſunt enim etiam honorarij quidam tutores, qui licèt adminiſtrare non poſſint, ſunt tamen quaſi obſeruatores & cuſtodes adminiſtrationis tutoris, nec minus ad eos quàm ad veros tutores adminiſtrationis periculum pertinet: *l. 3. § cæteri, ff. de admin. & peric. tutor. l. quod ſi fortè 14. §. 1. ff. de ſolut.* Facit dubitationem, quod huiuſmodi tutela honoraria non computatur in numero trium tutelarum, quæ ad iuſtam excuſationem prodeſſe ſolent: Sed tamen cùm & hic tutor ſit, quamuis non niſi honorarius, & periculum tutelæ ſubeat, ſi ab alio malè tutelam adminiſtrari paſſus fuerit; magis eſt vt pertineat & ad verba, & ad ſententiam Senatuſconſulti: *d. l. ſi quis tutor, §. quid ergo ſi honoris*, vbi Paulus addit, nec dubitandum eſſe quin ad orationem ille quoque pertineat, qui poſteaquàm datus eſt tutor, ceſſat in adminiſtratione; Siquidem perinde tutelæ actione tenetur ex ſacris conſtitutionibus, atque ſi geſſiſſet: *l. 1. C. ſi tut. vel curat. non geſſ.* *l. 1. C. ſi tut. vel curat. non geſſ.*) Planè ſi quis tutor non ſit, neque tutelæ periculo ex propria perſona obſtrictus, licèt periculum ob alterius perſonam aliquo caſu agnoſcere cogatur, putà quòd pro tutore, vel curatore fideiuſſerit, vel magiſtratus ſit, qui quod non benè proſpexerit vt cautum eſſet pupillæ, ipſe in tutelæ periculum inciderit, ex *tit. de magiſtr. conuen.* ad Senatuſconſultum nullo modo pertinebit, neque ex verbis, neque ex ſententia. Tantò minùs quod nec in trium tutelarum numero periculum hoc computatur: *d. l. ſi quis tutor § ſed ſi propter.* Senatuſconſultum enim ſicut de ſolo tutore locutum eſt, ita nec de alio ſenſiſſe dici poteſt, quàm qui tutelæ rationem ex propria perſona reddere teneatur. Difficilius illud eſt, Si cùm ſe vellet quis excuſare aliquo titulo, nec in promptu probationes haberet, excuſationis negotium fuerit dilatum, & inter moras pupilla adoleuerit, an pertineat ille ad Senatuſconſultum. Quæſtio in eo eſt, an & poſt pubertatem officio tutelæ iam finito, excuſationem eius recipi oporteat? Nam ſi recipitur, impunè ducere poteſt, Sin minus, non rectè ducit. Papiniano placebat, officio finito excuſationem recipi non oportere. Præpoſterum enim videbatur de excuſatione queri & pronunciari eo tempore, quo tutela iam finita eſſet. Et ideo præteriti temporis periculum ad hunc pertinere putabat Papinianus. Sed aliud Pauli iudicium eſt, in *d. l. ſi quis tutor. §. quid ergo ſi cum.* Ratione illa, quòd iniquum ſit propter dilationem, quæ non dolo malo (tunc enim aliud eſſet) ſed ex neceſſitate contigerit, non excuſari, vel excuſatione recepta nuptias impediri. *§. quid ergo ſi cum d. l. ſi quis tutor. Papiniani & Pauli diſſenſio.* Quanquam vt liberè dicam quod ſentio, vix mihi poſſum imperare quin cum Papiniano ſentiam. Propoſuit enim ille quæſtionem de eo, qui ſe excuſauit, generaliter, & indiſtinctè, id eſt, non adhibita illa facti diſtinctione, An dolo malo, an verò ex neceſſitate petierit dilationem, ad probandam excuſationis ſuæ cauſam. In dubio autem ſi à communiter accidentibus arguere licet, vix ſanè eſt vt non dolo malo capta dilatio ſit per quam factum eſt vt tutelæ tempus prius tranſierit, quam de excuſationis iure vel iniuria potuerit pronunciari, manente interea pupillave ſine tutore. Maximè cum de excuſationis tutorum & curatorum ſummatiè quantum fieri poteſt cognoſci oporteat, ſoleatque. Quod ſi proponas eam ſpeciem incidiſſe, in qua ex neceſſitate, dilationem in tam longum tempus protendi contigerit;

tigerit; fatebor ſanè, quod nec Papinianus vt puto negaret, non eo minùs admittendam eſſe excuſationem eius, cui nihil imputari poſſit. Sed non video quo colore poſſis idcirco contra Papinianum generaliter conſtituere, admittendam huius tutoris excuſationem etiam poſt pubertatem & tamen verba illa *propter dilationem, quæ fortè non dolo, ſed ex neceſſitate contigit*, præ ſe ferre videntur, non eſſe loquendum an dolo, an ex neceſſitate dilatio illa contigerit, ſed ſufficere ad recipiendam omnino & quandocunque excuſationem, vt potuerit aliquo caſu neceſſitas exigere tam longam dilationem: quod tamen fuerit certè iniquum. Itaque quamuis non ignorem Paulum à Papiniano in alijs pleriſque iuris noſtri quæſtionibus facilè diſſentiſſe, vt ex ipſius ad Papinianum notis appâret: Suſpicor tamen ab iis verbis, *ſed mihi hoc nequaquam placet*, reprehenſionem Triboniani eſſe potiùs quàm Pauli, quem vtique, credibile eſt rationem aliquam, qua ſola vinci poterat authoritas Papiniani, allaturum fuiſſe ſumptam ex iure certo, non ex eo quod in facto euenire poſſet, aut non euenire. Nam & in eadem lege alia multa ſunt, Tribonianum multò magis quàm Paulum redolentia, vt cùm in *d. §. quid ergo ſi honoris*, ſcripſit *quatenus*, pro *quandoquidem*; illo loco, *quatenus nec huiuſmodi tutela in numerum computatur*. Item cùm toties inculcat verba illa, *Quid ergò ſi*, quater ſcilicet, vt videas inſulsè repetita: quaſi non alia eſſent, quibus inſtituta diſputatio pergi poſſet. Item cùm in reſpondendo ad propoſitas quæſtiones, bis inculcat hæc ipſa verba; *Et conſequens eſt hoc probare*, nimirum in §. 1. & §. *vlt.* vbi multò inſulſiùs, & per pleonaſmum Triboniano familiarem, ſic quæſtio alia & noua concipitur: *Quid ergo ſi tutor datus prouocauit, & poſtea hæres eius victus eſt? Præteriti temporis periculum præſtare debet. An verò ſi filius hæres fuit, & victus eſt ad orationem pertineat?* His namque verbis duplex quæſtio proponi videtur, quarum prior, ſi de alio hærede quàm de filio intelligatur, quomodo intelligi neceſſariò debet, ſi à ſecunda diſtinguatur; omnino aliena eſt à propoſita diſputatione, nec ad Senatuſconſultum, de quo agimus, aut ad Diui Marci orationem, ad quam Senatuſconſultum factum eſt, vllo modo pertinet. Quòd ſi vna tantùm quæſtio ſit de victo filio tutoris, qui a tutelæ datione prouocauerat, quid attinebat obſecro de quolibet tutoris hærede primùm, poſtea de filio proponere quæſtionem? An non & breuiùs & elegantiùs poterat concipi quæſtio his verbis: *Quid ergo ſi tutor datus prouocauit, & filius idemque hæres eius victus fuit; An quia præteriti temporis periculum præſtare debet, ad orationem pertinebit?* Paulum verò ita potius loquuturum fuiſſe nemo certè dubitabit, qui diligentiùs tanti I. C. conſilium obſeruauerit, niſi quod tractaturus quæſtionem, nihil omnino commune habentem cum eo quod dixerat *in verſ. præcedent.* Naturales liberos licet in adoptionem datos, Senatuſconſulto contineri, non fuiſſet vſus illis verbis, *Quid ergo*: quibus ſcilicet tunc accommodatè vtimur, cùm ea connectere volumus, quæ ſimilitudinem, & vt loquuntur, dependentiam aliquam habent. Planè hunc quoque tutoris filium, qui poſt patris mortem, in cauſa appellationis per patrem interpoſitæ ſuccubuit, ad orationem pertinere certum eſt; cùm, vt in lege ſequitur, tutelæ rationem reddere debeat, & quidem tanquam tutor & ex propria perſona. Non ſolùm enim viuo tutore, ſed & poſt eius mortem, filius tutoris ducere vxorem prohibetur eam, cuius tutelæ rationi obſtrictus pater fuit: *d. l. non ſolùm, in princ.* Vbi quod magis eſt, addit Tryphoninus, nihil intereſſe an patri hæres extiterit filius, an abſtinuerit paterna hæreditate, imò an nec hæres fuerit; vt putà ſi cùm ſuus hæres eſſet, fuerit exhæredatus, vel ſi cum eſſet emancipatus, fuerit præteritus. Nam & fieri poteſt, inquit, vt per fraudem ſiue patris, ſiue filij, ſiue quod frequentius eſt, vtriuſque in *alium* (ſic enim lego, non *in eum*,) collocata bona patris, metu reddendarum tutelæ rationum, tandem reuocari oporteat, vt beneficio actionis reuocatoriæ competentis ex interdicto fraudatorio, de quo in *tit. quæ in fraud. cred.* perinde conſulatur indemnitati pupillæ, ac ſi filius hæres patri extitiſſet. Ea namque omnia, quæ in fraudem Senatuſconſulti ſiue tutor, ſiue tutoris filius comminiſci poteſt, pro irritis haberi conueniſt; ſicut & aliàs dici ſolet de iis omnibus, quæ in fraudem legum excogitata probari poſſunt: *l. quidam 29. in fi. ff. ad SC. Velleian.* Facilè autem fraudis ſuſpicio & præſumptio ſubeſt inter coniunctas perſonas, maximè inter patrem & filium, propter commune votum parentum omnium, vt liberis omnia parent: *leg. pen. §. ſed numquid, De bon. libert.* Illud etiam conſtat, tametſi tutor pupillam bonis paternis abſtinuerit, ſiue inconſultiùs id fecerit vt eo nomine debeat condemnari, ſiue optimo conſilio, prætoriæ iuriſdictionis auxilio, id eſt abſtentionis beneficio vſus ſit, quis non ſoluendo pater eius deceſſerat, nihilominus tamen nuptias impediri, quoniam facti ſui rationem reddere tutor debet, eandémque probare in iudicio, cuius plerumque dubius & incertus eſt euentus, & longe alius quàm quem ſperauerat, culpæ licèt conſcius ſibi nullius: *d. l. non ſolùm, §. vlt.* Qua etiam ratione rectiſſimè conſtitutum eſt, quemadmodum *ibidem* Tryphoninus ait, vt non minus qui benè & ex fide, quàm qui perfidè tutelam adminiſtrauit, pupillam ſuam vxorem ducere prohibeatur, quia licèt nulla fraudis ſuſpicio ea de re poſſit in eum tutorem, qui pupillam potiùs ex tutelæ adminiſtratione ſibi obligauerit, non priùs tamen certò ſciri poteſt an tutor pupillæ debitor ſit, an creditor, quam diligenter excuſſæ & pleniſſimè redditæ ſint tutelæ rationes: nec ſemel euenit, vt qui ſe creditorem putabat, debitor tandem inueniatur. Interim igitur & incerto eo, cùm melius illud ſemper ſit, quod eſt tutius, rationis fuit ita ius conſtitui, vt nuptiæ prohiberentur, ne ex euentu redditarum poſteà rationum, diſſolui matrimonium neceſſe eſſet cum infamia tutoris. Eſt enim legibus omnibus non ſolùm facilius, ſed etiam longè honorificentius, ab initio prohibere ne fiat id, quod ſi factum eſſet, aliquo caſu reſcindi oporteret, quàm vt id fiat permittere, ac poſtea quàm factum fuerit reſcindere. Denique pro futuro habet, quod veretur ne futurum ſit, licèt ſciat poſſe id etiam non euenire. Nimirum vt prohibeat faciendum, potiùs quàm vt factum reſcindat. De illo qui cùm tutor non eſſet, pro tutore tamen geſſit, aut etiam pro curatore, cùm curator non eſſet, dubitatio maior eſt an ad S. C. ſententiam pertineat. Nam ad verba non pertinere certum eſt, cùm neque tutor ſit neque curator: ſententia verò Senatuſconſulti eum ideirco complecti videtur, quia tutelæ

Manus Triboniani in d. l. ſi quis tutor, variis locis.

§. quid ergo cum d. §. quis tutor. Papiniano Paul. diſſenſit.

Commune votum parentum omnium.

Melius ſemper eſt quod eſt tutius.

telæ periculum ad eum perinde pertinet, itémque curationis, ac ſi re uera tutor, aut curator eſſet: *tot.tit. De eo qui pro tut. vel curat. D. & C.* & quidem ex propria ipſius perſona. Ita vt vulgò creditum ſit, ad *l. pro officio* 20 *C. de adm. & peric. tutor.* ipſius quoque bona hodie, non ſecus quàm veri tutoris, aut curatoris, tacitè obligata eſſe pro adminiſtratione. Quaſi vtili actione hypothecaria in eam rem comparanda; ad exemplum hypothecariæ, quæ ex legibus competit in bona veri tutoris, aut curatoris; ſicut & protutelæ actio cõparata eſt, ad exemplum directæ actionis tutelæ. Sed tamen aliter viſum eſt Imperatoribus *in l. vlt. C. de interd. matrim.* quæ lex, ſicut præ ſe fert ius nouum, ita probat non obſcurè contrariam fuiſſe iuris veteris rationem. Nouæ autem illius legis ratio ab ipſis Impp. expreſſa illa eſt, *ne ex huiuſmodi ſubtili, vel maligno tractatu, matrimonia ſeu proles ex his progenita, vel dos ſuper his data vel promiſſa, aliquā læſionem vel calumniam patiantur.* Quibus verbis illud etiam ſignificare videntur Imperatores, odioſum eſſe id Senatuſconſultum, quod nuptias prohibet inter pupillam & tutorem, ſeu curatorem, filióſque ipſorum, tanquam quod reſtringat libertatem nuptiarum. In quo tamen falluntur. Etſi enim nihil fauorabilius eſt nuptiis, & iis legibus quæ nuptiis fauent, ſi generaliter loquimur; quidam tamen caſus ſunt, inter quos hic vnus, neque ex vltimis, in quibus multò ſalubrius eſt nuptias prohibere, quàm permittere. Propter quam cauſam ſic

l.1.C.eod. Impp. Seuerus & Antoninus in *l. 1. C. eod. Senatuſconſulti authoritatem, quo inter pupillam & tutoris filium connubium ſaluberrimè ſublatum eſt, circumuenti ruſticitatis & imperitiæ velamento non oportet.* Indéque nimirum etiam fit, vt id Senatuſconſultum tanquam quòd fauorabile cenſendum ſit potiùs quàm odioſum, facilè recipiat extenſionem, vt quamuis de filio duntaxat locutum ſit, tamen porrigatur etiam ad nepotem: *d.l. Senatuſconſulto* 59. *ff. de rit. nupt.* quin etiam ad patrem, ſi filiusfamilias tutor fuit: *d.l. non ſolùm* 67. *§. ſed etſi filiusfamilias eod.* adeóque, quod magis mirum eſt, ad fratrem in eiuſdem patris poteſtate conſtitutum, vt lex ait, non ex ſignificatione verborum ſiue propria, ſiue impropria, (etſi namque dici ſolet filij appellatione, plerumque ac potiſſimùm in fauorabilibus nepotem contineri; *l. filij* 84. *l. iuſſi* 201. *De verb. ſign.* quis tamen vnquam dixit, filij nomine, patrem quoque & fratrem comprehendi?) ſed ex rationis, vt loquuntur, identitate, quia pupillam filiofamilias eidémque tutori nuptam non eſt difficilius tutelæ agere cum marito, quàm cum mariti ſui patre, fratréve, qui in eiuſdem patris ſit poteſtate, ſi patri ipſi fratrive tutores ſui nupta proponatur, cùm ius patriæ poteſtatis efficiat, vt & patris & liberorum omnium in eius poteſtate conſtitutorum, vna eadémque perſona eſſe intelligatur, vt diximus ad *Princ. 7. tit. ſuper.*

Rurſum, quamuis verbis orationis cautum ſit, ne vxorem tutor pupillam ducat, nec quidquam dictum ſit de ſponſalibus, intelligendum tamen eſt ſponſalia quoque prohiberi: *l. tutor.* 15. *cum l. eq. ff. de ſponſa. d.l. ſi quis tutor* 60. *§. quamuis De rit. nup.* vbi ratio redditur, quia cum qua nuptiæ contrahi non poſſunt ea ne deſponderi quidem poteſt. Cur enim deſpondetur, niſi vt ducatur? Aut quid aliud ſpondet, qui deſpondet, niſi ſe ducturum? Etſi in vidua ſingulare ius eſt, vt intra annum luctus citra periculum infamiæ ſponderi poſſit, duci verò non poſſit: *l. ſolet* 10. *§. 1. ff. de his qui notant. infa.* ceſſante ſcilicet in ſponſa edicti ratione, propter quam prohibitæ ſunt nuptiæ intra annum luctus, id eſt turbationis & permixtionis ſanguinis, *l. liberorum* 11, *§. 1. in fin. eod. l. decreto* 15. *C. eod.* quanquam reuerentia mariti facit, vt pro decem menſibus, qui edendo partui ſufficere poſſent, annus præſtitutus ſit, ſi talis vir proponatur, qui luctu dignus videatur: *vt Cuiac. tractat. lib. 10. obſer. cap. 32. & de præſcript. cap.* 20. Sed & finge libertinum filio ſuo naturali, quem in ſeruitute ſuſceperat, poſtea manumiſſo, pupillam ſuam eandémque patroni ſui filiam in matrimonio collocaſſe. Non pertinebit quidem ad verba orationis & Senatuſconſulti, quia licèt hic verè & naturaliter filius ſit, tamen verus filius non eſt, quod ad ius ciuile attinet; cùm non ex iuſtis nuptiis ſit natus: *l. vlt. ff. de iur. delib.* Sed tamen pertinet ad ſententiam Senatuſconſulti, *l. libertinum* 4. *C. de interd. matr.* Nè alioqui faciliùs magíſque impunè liceat liberto, qui filiæ patroni ſui tutelam geſſerit, fraudem aduerſus eam comminiſci. Aliud eſt ſi quis filio ſuo naturali & legitimo, id eſt ex iuſtis nuptiis ſuſcepto, quamuis in adoptionem alij dato, pupillam ſuam iunxerit. Hic enim Senatuſconſulti non modò verbis, ſed etiam ſententia continetur; *d.l. ſi quis tutor* 60. *§. naturales, de rit. nupt.* quoniam filius a patre naturali in adoptionem datus, licèt inſpectu Pandectarum iure, exeat de patris naturalis poteſtate, non deſinit tamen verus eſſe filius, qualis antea fuit: *l. pen. C. de adopt.* Vſque adeo autem filium eſſe ſufficit, vt & adoptiuus filius Senatuſconſulto contineatur, cùm veros libetos, adeóque filiosfamilias non ſolùm natura, ſed etiam adoptio faciat: *l. 1. ff. eod. tit. de adopt.* Niſi vinculum illud, quod totum iuris ciuilis eſt, contrario eiuſdem iuris remedio, id eſt per emancipationem diſſolutum proponatur; quia non quemadmodum naturæ, ita & adoptionis veſtigium vllum remanet poſt emancipationem: *d.l. ſi quis tutor, verſ. quid ergo ſi adoptiuus.* Inde quæritur, Si Titij filius duxerit vxorem eam, quæ tua pupilla fuit, deinde Titium, vel filium eius adoptaueris, an perimantur nuptiæ, an potiùs adoptio impediatur? Et magis eſt matrimonium ab initio ritè, iuſtéque contractum; ex poſtfacto per alium vitiari non poſſe: Non magis quàm ſi puellæ nuptæ filio tuo, ſiue in poteſtate tua exiſtenti, ſiue emancipato, poſteà curator datus eſſes: *l. cùm proponas 3. C. de interd. matrim.* tametſi hoc etiam caſu, longè melius ſit alium curatorem ſubſtitui, vt ea lex ait? Et conſequenter admittendum eſt, in propoſito caſu adoptionem impediri. Sed ita tamen, ſi tu ipſe curator factus eius puellæ, cuius etiam tutor fuiſti, dum eam curam geris maritum ipſius adoptaueris. Nam vbi iam alij nupta puella eſt, atque ita finita tutela (finitur ſiquidem ea ætate quæ ad nuptias contrahendas neceſſaria eſt, id eſt pubertate, *t. quib. mod. tut. finit. in princip.*) vereor, inquit lex, *ne longum ſit*, hoc eſt *longè petitum*, non vt Accurſ. interpretatur, *à ratione remotum*, adoptionem mariti eius impediri hoc vno prætextu, quaſi propter hoc interponatur, vt ratio reddendæ tutelæ cohibeatur, quam cauſam prohibitionis contrahendarum nuptiarum oratio Diui Marci continet: *dict. l. non ſolùm 67. ſed videamus, De ritu nuptiarũ*, cuius loci ſicut hunc eſſe rectum ſenſum non dubito, ita facilè ſuſpicor locũ fuiſſe corruptum, ſiue

Marginal notes: *l. pro officio* 20. *C. de adm. tut.* — *l. cùm proponas 3. C. de interd. matrim.*

ſiue ab imperito aliquo interprete, ſiue, quod potiùs crediderim, à Triboniano; cui quoties ſub Iureconſulti alicuius nomine ſuas quæſtiones & opiniones proponit, familiaris eſt illa locutio; *ſed videamus an.* Familiare item ei articulo, *an*, diuerſi temporis verba aptare, vt hic factum eſt, quæ eiuſdem eſſe debebant: *Sed videamus*, inquit, *an perimentur nuptiæ, an impediretur adoptio.* Scribendum enim erat *impedietur.* Nec facilè quiſquam ex Prudentibus noſtris ita loquitur, vt dicat perimi nuptias, ſed diſſolui. Nec minus eidem Triboniano familiare eſt, quæſtionis à ſe propoſitæ deciſionem ſumere ex eo iure, quod aliquo alio caſu obtinet, & in illo iure non ſolum adaptando, ſed etiam referendo frequenter errare. Quod hic euniſſe probant verba illa, *vt in genero adoptato dictum eſt.* Nemo enim vnquam dixit, diſſolui nuptias per generi adoptionem; ſed è contrario, contractis iam nuptiis talem adoptionem impediri. Id enim eſt, quod idem Tribon. ſcribit in §. *inter eas*, *hoc tit.* Si quis generum adoptare velit, debere eum antea filiam ſuam emancipare. Et contra, ſi quis nurum ſuam velit adoptare, debere eum antea filium ſuum emancipare. Et verò ſicut prius eſt vt adoptio valeat, quam vt propter ſuperuenientem adoptionem bene antea contractæ nuptiæ diſſoluantur; ita fatendum eſt, eam iuſtarum nuptiarum vim eſſe debere, vt impediant adoptionem antequam conſtiterint, & cum qua conſtare non poſſunt. Alioqui debuerat Tribon. in *d. §. inter eas, in fin.* ſic ſcribere, *ſi quis generum ſuum ſic adoptare velit, vt nihilominus nuptiæ durent*, non quomodo ſcripſit, *ſi quis generum adopt. velit.* Itaque auſim dicere, tollendam eſſe illam clauſulam, *vt in genero adoptato dictum eſt*: cum nec fieri poſſit, vt gener adoptetur, niſi filia prius emancipetur. Tribonianum etiam non obſcurè illud prodit, quod ad propoſitam quæſtionem ſuo more ſic reſpondet, *quod magis dicendum eſt.* Sed illud omnium apertiſſimè quod ſequitur, *etſi curator dum gerit curam, adoptauerit maritum eius puellæ cuius curator eſt.* Quod enim ſtatim ſequitur, *nam finita iam tutela, & nupta puella aliò, vereor ne longum ſit adoptionem mariti eius impedire.* oſtendit manifeſtò ſuperioribus verbis non proponi nouam ſpeciem de curatore, quaſi eadem ipſius ratio ſit quæ tutoris; ſed eam peragi quæ prius fuerat inſtituta de tutore, quem ponendum neceſſariò erat ex tutore factum curatorem, cum & nupta puella, & conſequenter per eius pubertatem tutela finita proponeretur, nec vlla cauſa ſubeſſe videretur, propter quam impediri deberet adoptio ſecuta ex interuallo, & longo fortaſſis tempore poſt tutelam finitam, ſi non adoptionis quoque tempore adminiſtratio duraret, iure ſcilicet curationis. Et tamen cum quæſtio de re concepta eſſet in ſecunda perſona iis verbis, *deinde Titium, vel filium eius adoptaueris*, tranſit Tribonianus incautè vt ſolet, eadem retenta ſpecie ad aliam & tertiam perſonam, quod vitium vel maximum & præcipuum eſt, ex quo Triboniani manum ſtatim agnoſco, itémque ex inſulſa eorundem verborum repetitione, quæ nec hic deeſt. Nam poſt dictionem *curator*, quid attinebat ſubiungere *dum gerit curam*; aut ſaltem poſtrema illa verba, *cuius curator eſt.* Scribendum potius erat, *ſi modo curator factus adoptaueris maritum cuius tutor fuiſti*; vt & præcedentia & ſequentia conſentirent. Illud vtique mendoſum eſt, quod vulgò legitur *etſi*, nullo prorſus ſenſu pro ſi. Denique vereor ne illud etiam Tribonianum valde prodat, quod ſic loquitur *ne longum ſit*, pro eo quod exprimere voluit *ne ſit nimis longè petitum*, vt nos explicauimus. Quid ergo inquies: An Triboniani erit tota quæſtio? Minime, vt puto: Sed cum Tryphoninus & ſpeciem & quæſtionem ſuis perelegantem propoſuiſſet, ad eam verò longè aliter, ni fallor, reſpondiſſet; Tribonianus ille noſter, cui non placebat reſponſio, totam Iureconſulti ſententiam corrupit, & ad animi ſui ſenſum detorſit. Videtur autem mihi Tryphoninus reſpondiſſe, quod ad iuris rationem erat accommodatius, Nuptias nullo modo diſſolui, ſed adoptionem omnimodo & indiſtinctè impediri, hoc eſt non adhibita ea diſtinctione, quæ Triboniano placuit. An adoptionis tempore finitáque iam tutela curator ſit, qui antea tutor fuit, nec nimirum ea ipſa ratione poſt contractas nuptias adoptionem impedient, quæ nuptias ipſas, ſi adoptionem ſequerentur, impedirent: Scilicet ne ratio reddendæ tutelæ cohibeatur. Quam impediendæ adoptionis cauſam non video cur Tribonianus tam longè petitam putet, ob id ſolùm quòd finita iam tutela adoptio facta proponeretur, cum tutelæ ratio reddita nondum eſſet. Cum etiam & Senatuſconſultum, & oratio Diui Marci non tam ad tutelam, quam ad tutelæ rationes reddendas reſpexerit, quid prodeſſe debeat finitam eſſe tutelam, quandiu redditæ non ſunt rationes? Aut cur illud etiam exigimus, vt idem qui tutor fuit poſtea curator fiat, quò magis ad reddendas rationes obligetur, cum iam ex tutelæ quamuis finitæ cauſa ſatis ſupérque ſit obligatus? Alioqui multò magis poſſit quis dicere longè petitum quod Papin. ſcribit in *l. quamquam 62. §. vlt. eo.* tutorem etiam, qui rationes curatori reddidit, puellam ſuam ante conſtitutum ætatis eius tempus vxorem ducere non poſſe: nec ſi mater illa ex alio matrimonio facta ſit. Nimirum quoniam intra id tempus reſtitui puella poteſt aduerſus redditas rationes, vt poſteà dicemus. Mouere Tribonianum debuit potiùs ex eo, quod oratio Diui Marci de impediendis nuptiis tantùm locuta fuerat, non de impedienda adoptione. Sed iam dixi eo caſu, quo nuptiæ cum adoptione ſtare non poſſunt Senatuſconſulti rationem & autoritatem, quæ nuptias iam benè contractas propter ſolam adoptandi mariti voluntatem, non magis diſſoluere poſſit, quam impedire, vires ſuas in eo exercere, vt ſubſiſtentibus nuptiis nondum factam adoptionem, impediat, ne fiat. Siquidem non tam id principaliter egit Senatus vt nuptias impediret, quibus fauere potiùs vellet, quam ne reddendis tutelæ rationibus fraudem fieri pateretur; quæ tamen fraus non minùs fieret per eam adoptionem, de qua tractamus, quàm per nuptias, ſi adoptionem iſtam ſequerentur.

Quod tamen diximus tutorem vel curatorem adultam vxorem ſuam ducere non poſſe, exceptionem vnam habet, Niſi à patre deſponſa, deſtinatáve, teſtamentóve nominata conditionem nuptiarum ſecuta fuerit: *d. l. tutor 36.* vbi ſic legendum eſſe rectè monuit Cuiac. *lib. 16. obſer. cap. 33. ex l. non eſt matrimonium 66. eod. tit. de rit. nupt. l. pater Seuerinam 101. in princ. de cond. & demonſt. l. qui pupillum 7. ff. ad leg. Iul. de adult. l. filius 28 §. ſi eo tempore ff. de lib. & poſt. l. ſi patris 6. C. de interd. matr. l. 1. circ. fin. C. ſi nupt. ex reſcript. pet.* Solet enim legis prohibitio ferè ſemper excipere iudicium paternum, *l. 4. C. de ſponſal. & arr. ſponſalit.* Vt & euenit cum agitur de alienatione prædiorum

§. inter eas, hoc tit.

l. curator 36. eod. eo tit.

l. quamquam 62. §. vlt. ff. eod.

d. l. tutor 36. hoc tit. l. non eſt matrimonium 66. eod.

Digitized by Google

prædiorum pupilli, vel minoris, ſine decreto faciendi, *l. 1. ff. de reb. eor. qui ſub tutel. l. 3. C. quand. decret. opus non eſt*. licèt aliquando etiam à patris iudicio recedatur *l. ita autem 5. §. pen. ff. de adm. tutor. l. 1. ff. vbi pupill. educ. deb.* Quid ergo ſi pater in arbitrio matris eſſe voluerit, cui nuptui filia communis collocetur? Non eo magis licebit matri eligere tutorem filiæ datum. Neque enim intelligitur pater de perſona tutoris cogitaſſe, cùm ideò maximè prætulerit matrem, ne filiæ nuptias tutori committeret, quem is ipſe filiæ dederat eodem teſtamento, vt eleganter & ſubtiliter Papinianus reſpondit in *l. quamquam 62. De rit. nupt.* Tutori autem, vel curatori eiúſve filio adultam vxorem ducenti, non illa ſolum pœna conſtituta eſt, vt neque matrimonium illud ſit, neque illa vxor, neque liberi qui ex ea coniunctione ſuſcepti ſunt, *d. l. non eſt matrimonium 66. eod. d. l. ſi patres 6. C. de interd. matrim.* itémque vt alterutri reus poſtulari poſſit, *d. l. qui pupillam 7. ff. ad leg. Iul. de adult.* quin etiam relegandus ſit, ſi propoſe libertum, eundémque tutorem pupillæ, ſibi eam, filióve ſuo in matrimonium collocaſſe: *d. l. libertum 64. in princip.* tantò magis enim peccat libertus, quantò patronæ ſuæ fidelior & obſequentior eſſe debet. Nam nec liberto curatoris licet eam ducere vxorem, cuius res curator administrat *l. libertum 37. d. l. non eſt 66. §. vlt. eod.* ſed illa etiam vt ipſo iure ſit infamis, velut confeſſus de tutela, cùm credibile ſit eum ſibi prodiſſe, vt huiuſmodi coniunctione tegeret fraudem adminiſtrationis, inquiunt Impp. in *l. ſi tutor 7. C. de inter. matrim.* Confeſſus enim pro iudicato eſt, quandoquidem ſua quodammodo ſententia damnatur: *l. 1. l. certum 6. ff. de conf.* Conſtat autem infamia notari ex edicto Prætoris eum maximè, qui tutelæ iudicio ſit condemnatus: *l. 1. l. furti 6. §. vlt. ff. de his qui not. infam.* Nec tantùm tutor ipſe, aut curator infamis fit, ſed & filius eſt Noſtris credimus, ſiue in poteſtate manens, ſiue emancipatus, tametſi iuſſu patris duxerit vxorem *d. l. non eſt matrimonium.* Is enim vulgò creditur eſſe ſenſus eorum verborum, *quo facto vterque infamatur.* Quibus tamen obiicitur, quod ſcriptum eſt in *l. liberorum 11. §. vlt. ff. de his qui not. infam.* excuſari filium, qui iuſſu patris in cuius erat poteſtate vxorem duxit, quam aliàs ducere non decebat: ipſum verò patrem, qui duci vel iuſſit, vel paſſus eſt, notari. Etſi enim non tractatur eo loco de tutoris, aut curatoris filio, qui pupillam ſui adultam duxerit vxorem, ſed de illo qui viduam intra luctus annum duxit; tamen quæ apud Vlpian. ſequitur, generalis eſt, *Vtrumque rectè*, inquit, *nam & qui obtemperauit venia dignus eſt, & qui paſſus eſt notari debet ignominia*. Idque adeò verum eſt, vt qui iuſſu patris duxit, quamuis liberatus patria poteſtate eam retinuerit, tamen non notetur, vt in *l. ſeq.* ſubiungitur ex Paulo. Qui cùm ſit etiam auctor *d. l. non eſt matrimonium*, probabile mihi fieri non poteſt, in hac fuiſſe illum ſententia, vt crediderit filium tutoris infamia notari, ob ductam vxorem adultam patris ſui, idipſum, ſiue iubentis, ſiue permittentis. Nec ſi poſt ſolutam quoque patriam poteſtatem, & poſt legitimos annos eam retinuerit. Eſt enim hic caſus longè diuerſus ab illo, ad quem accommodatur ea exceptio, *in l. qui contra 4. C. de inceſt. & inutil. nupt.* quoniam licèt ea lex ad omnes illos pertineat, qui contra legum præcepta, vel contra mandata, conſtitutionéſque Principum, nuptias contraxerint, in quo numero hic quoque filius, de quo agimus procul dubio continetur; non tamen tractat de pœna infamiæ, ſed amiſſionis lucrorum nuptialium, quæ tanquam indigno ablata, fiſco ſunt vindicanda. Nam infamiæ alia ratio eſt, ne in propoſito caſu, tutoris vel curatoris filio debeat irrogari, cùm non tam in pœnam contractarum nuptiarum irrogetur, quàm quòd is qui tales nuptias contrahit, de tutela confeſſus & conſequenter iudicatus habeatur. Atqui tutelæ iudicio damnatus, non aliter ex edicto fit infamis, quàm ſi t proprio nomine, non etiam ſi alieno condemnatus ſit. Generale quidem eſt, vt ſi quis alieno nomine quacunque de re condemnatus fuerit, non laboret infamia: *d. l. furti 6. §. ſi quis alieno ff. de his qui not. infam.* vbi ex hoc infertur, neque procuratorem meum, neque defenſorem, vel tutorem, vel curatorem, vel heredem meum furti, vel ex alia ſimili ſpecie condemnatum infamia notari. Vnuſquiſque enim ex admiſſo ſuo ſorti & pœnæ ſubiicitur, nec alieni criminis ſucceſſor conſtitui debet, vt pœnam alteri debitam patiatur *l. crimen 26. ff. de pœn. l. ſancimus 22. C. eo.* Porrò ex cauſa tutelæ vel curationis quam pater geſſit, non aliter cōdemnari filius poteſt, quàm ſi patris hæres proponatur. Conſequens igitur eſt, vt ob huiuſmodi nuptias neque viuo patre infamis fiat, cùm eo tempore patris hæres eſſe non poſſit, *l. 1. ff. ne patre vel aliud. verd l. 3. ff. pro her.* neque eo mortuo, tametſi hæres patris proponatur, cùm eo quoque caſu futurum ſit, vt non niſi alieno, id eſt defuncti patris nomine, de tutela, vel cura condemnetur. Quanquam enim aliquando eueniat, vt hæres quoque proprio nomine cōdemnetur ex cauſa infamiam irrogante, atque ita infamis fiat, vt puta in depoſito, & mandato, ſi malè ipſe verſatus ſit, nunquam tamen in tutela, vt nec in ſocietate fieri poteſt, vt ſuo nomine damnetur hæres, qui neque in tutelam, neque in ſocietatem ſuccedit, ſed tantùm in æs alienum defuncti: *d. l. furti 6. §. illud planè*. Quid igitur, inquies, ſibi volunt verba illa Pauli in *d. l. non eſt matrimonium, quo facto, vterque infamatur?* Reſpondebitur eſt, dictione illa, *vterque*, non patrem & filium, vt vulgò creditur, ſignificari, ſed tutorem & curatorem. De vtroque enim dictum fuerat in præcedentibus, & *d. l. tutor 36. eo.* & quamuis Senatuſconſultum non niſi de tutore, tutoriſque filio locutum eſſe videatur, *arg. d. l. ſenatuſconſulto 59. eo.* tamen ad curatorem quoque protractum ſuis per interpretationem, ex rationis, vt ſæpius diximus, identitate: *d. l. ſi tutor 7. C. de interd. matr.* Etſi parū hoc refert ſcire, an ex verbis, an ex ſententia Senatuſconſulti ius hoc inductum ſit. Similiter quod ſequitur apud Paulum, *& pro dignitate pupillæ extra ordinem coërcetur*, ego ſic intelligo, vt vterque tam curator, quàm tutor, extraordinaria & arbitraria pœna pro dignitate pupillæ coërceatur, non vt etiam cum patre filius, qui procul dubio venia omnino dignus eſt, cùm patri obtemperauerit: *d. l. 1. vlt. & l. 12. De his qui not. infam.* An ſiue ſui iuris filius fuerit, ſiue in patris poteſtate? Id enim conſequens videtur ei, quod in *d. l. non eſt*, Paulus ſcribit nihil intereſſe an filius ſui iuris, an in patris poteſtate ſit. Sed non ita eſt. Ei namque demum filio ignoſcendum eſt, qui vinculo patriæ poteſtatis obſtrictus, non potuit patri non parere: *d. §. vlt. l. is damnum dat 169. De reg. iur.* quod in emancipato ſecus eſt, qui licèt reuerentiam quoque

l. qui pupillam 7. ff. ad leg. Iul. de adul.

l. furti 6. §. ſi quis alieno, ff. de his qui not. infam.

l. qui contra 4. C. de inceſt. & inutil. nupt.

quoque & obſeruantiam patri debeat, ſublato etiam vinculo poteſtatis, *l. 4. ff. de curat. furioſ. l. 4. C. de patr. poteſt.* non poteſt tamen iuberi à patre eam ducere vxorem, quam duci leges vetent. Pauli verò in verbis ſupradictis ſenſus ille eſt, cùm de patre tutore, vel curatore infamiâ notando, aliâve coërcendo agitur, ob pupillam, vel adultam cum ipſius filio nuptui collocatam, nihil referre an filius ſui iuris ſit, an emancipatus: vtroque enim caſu eadem patris, quamuis non etiam filij culpa eſt: & ideo vterque caſus ad Senatuſconſultum, & Diui Marci orationem pertinet. In quo tamen dubitationem cuipiam facere illud fortaſſe poſſit, quod alibi ſæpius diximus, filium emancipatum ne pro filio quidem haberi iure ciuili, vt proinde ad Senatuſconſultum, quod non niſi de filio locutum eſt, minimè pertinere videatur. Sed in contrarium multa faciunt, ne hac parte diſtingui poſſit filius emancipatus ab eo, qui ſit in poteſtate. Primùm quia licèt iure ciuili pro filio non habeatur, niſi quiſquis filiusfamilias eſt; tamen reuera & naturaliter filius manet, cùm naturalia iura corrumpi per ciuilia non poſſint: *§. vlt. ſupr. De iur. nat. gent. & ciuil.* Et ob id in omnibus edicti prætorij partibus pro vero filio habetur. Deinde quia Senatuſconſultum non de filiofamilias, aut ſuo hærede locutum fuit, quæ ſunt nomina iuris ciuilis, ſed perſonam filij naturaliter deſignauit, id eſt per nomen filij, *leg. tutela 7. in fine principij. ff. de capitis minutione.* Emancipatus verò, vt diximus, non eo minùs verè ac naturaliter filius eſt, licet non de familia, *l. peto 69. §. vlt. De legat. 2.* Poſtremò quia prohibendarum nuptiarum eadem ratio eſt in filiofamilias, & emancipato: non quod filiofamilias perinde ac emancipato liceat rationes exigere à patre, in eámque rem agere contra patrem; ſed quia non ſit dubitandum, quin fraudis conſilium cum filio etiam emancipato iniiſſe præſumatur pater, ſciens futurum vt difficilius tardiúſque de geſta tutela conueniatur à filio, quàm ab alio quolibet puellæ marito. Itémque vt etiamſi fortè conueniretur, non in plus tamen quam facere poſſit, ei condemnetur, qui tamen & pupillæ, & alij cuilibet ipſius marito in ſolidum condemnaretur: *l. ſunt qui 16. ff. de re iud.* Denique paterni nominis affectio, & ratio ſanguinis efficit facilè, vt inter patrem & filium in necem pupillæ, quam filio emancipato pater iunxerit, colluſum eſſe intelligatur: *d. l. non ſolùm 67. in prin. De ri. nup. l. pen. § ſed nunquid, De bon. libert.* Planè mortuo patre, non poſſet filius, ſiue in poteſtate retentus, ſiue emancipatus, notari infamia quamuis adultam patris ſui vxorem duceret, niſi in effectu patris hæres proponeretur, vel per immixtionem ſi ſuus eſſet, vel per aditionem, ſi emancipatus; ſi fieri poſſet, vt nulla hic fraudis ſuſpicio ſubeſſet, cùm in hoc filio ceſſent verba, non minùs quam ſententia Senatuſconſulti. Non enim prohibuit Senatuſconſultum filio tutoris, aut curatoris, ne patris ſui adultam vxorem ducat; ſed ipſi tutori, ne pupillam vel filio ſuo, vel ſibi nuptum collocet: *d. l. ſenatuſconſulto 59. De rit. nupt.* Sed tamen quia fraudis ſuſpicio ſubeſt, eáque maxima, neceſſe fuit recedi ab hoc tractatu, vt ſuprà diximus, ex *d. l. non ſolùm, in princ.* Quod ſi proponas filium emancipatum patri hæredem eſſe, alia ratio eſt, ob quam Senatuſconſultum ad eum quoque pertinet,

l. peto 69. §. vlt. de leg. 2.

l. ſenatuſconſulto 59. De rit. nupt.

quamuis per emancipationem extraneus fuerit conſtitutus, quia & ad hæredem extraneum pertinet: vt diximus ex *d. l. liberorum 64. §. 1. eod.* Tempus autem conſtitutum, intra quod nuptiæ iſtæ prohibitæ ſint, diximus eſſe ad annum vſque vigeſimum ſextum completum, aut quod idem eſt vigeſimum ſeptimum, ex *d. l. non eſt matrimonium, & d. l. qui pupillum 7. ff. de adult.* Nimirum eo caſu, quo etiam ante vigeſimum quintum annum redditæ ſint tutelæ rationes. Alioqui quandiu redditæ non ſunt, nec ſi quadrageſimum annum quondam puella exceſſerit, nuptiæ permittuntur, ſubſiſtente ſcilicet ac durante ſemper cauſa prohibitionis. At redditis rationibus, expectandum eſt, vt exactus ſit non ſolùm quintus & vigeſimus annus, intra quem poteſt minor quilibet, ac cuiuſcumque ſexus, mereri beneficium reſtitutionis in integrum, ſi qua in re læſus proponatur, ſed & annus vtilis non niſi ex vigeſimi quinti finiti tempore vtiliter computandus, quia intra vtilem illum annum reſtitutio impetrari poteſt aduerſus ea, quæ in minori ætate malè geſta ſunt: *d. l. ſi pater 6. C. de interd. matr. l. intra vtile 39. ff. de minor.* Ergo cùm hodie in vicem veteris illius anni vtilis, ſubſtitutum ſit quadriennium continuum, ex Iuſtiniani conſtitutione in *l. vlt. C. de temp. in integ. reſt.* pro vigeſimo ſexto anno ſubſtituendus eſt annus vigeſimus nonus, quod & Interpretibus noſtris bene placet. Verùm illud quoque addi vellem, non ſimpliciter & indiſtinctè ſubſtituendum annum hunc vigeſimum nonum, pro vigeſimo ſexto; ſed ita demum, ſi ex die completi vigeſimiquinti, cœperit quadriennium illud poſſe currere. Certi namque iuris eſt eſſe id vtile initio inſpecto, licèt ſit continuum ex poſtfacto: *d. l. vlt.*

d. l. ſi pater 9 C. de interd. matr. leg. vlt. C. de tempor. in integ. reg.

ILLATIO XII.

De nuptiis prohibitis tum oriunda ex ea prouincia, quam quis adminiſtrauerit.

DVodecimò ex eodem Principio fit, vt non ſit matrimonium, ſi is qui officium in aliqua prouincia adminiſtrat, vxorem duxerit inde oriundam, vel ibi domicilium habentem, quia huiuſmodi matrimonium mandatis Principum interdictum eſt: *l. ſi quis officium 38. de rit. nupt.* Vbi tamen Paulus addit, ſponſalia non prohiberi. Ita ſcilicet, vt ſi poſt officium depoſitum noluerit mulier nuptias contrahere, liceat ei hoc facere, arris tantummodo redditis quas acceperat. Quod ipſum tamen abrogatum, & immutatum fuit conſtitutione Imperatorum Gratiani, Valent. & Theod. in *l. vni. C. ſi rect. prouinc. vel ad eum pertin. ſponſalit. deder.* quæ induxit, vt talibus contractis ſponſalibus, ſiue ſponſa, ſiue parentes eius mutent voluntatem, non modò iuris laqueis liberentur, id eſt ab ea obligatione, quæ verbis contracta ſit, pœnæque ſtatutæ ſint expertes, ſed etiam data ſibi pignora lucratiua habeant, & impunè retineant. Prohibitionis autem huius ratio exprimitur tam in *d. l. vnic.* quàm in alia eorundem Imperat. conſtitutione, quæ vnica etiam eſt ſub *tit. C. ſi quacunque prædit. poteſt.* Ne quis ſiue ordinariæ, ſiue alterius cuiuſlibet poteſtatis occaſione abutatur, minacémque feruorem ſuum exhibeat, ad eiuſmodi nuptias contrahendas inuita muliere, aut

l. ſi qui officium 38. De rit. nupt.

R inuitis

inuitis cæteris, de quorum re & vtilitate, vel incommodo agitur. Sed & aliæ pœnæ eadem lege conſtitutæ ſunt aduerſus eos, qui minacem illum feruorem exhibere, aut exhibuiſſe deteguntur. Nec enim aliter iis pœnis locus eſt, quam ſi minæ probentur; quas tamen probari neceſſe non eſt, quod ad hoc, vt matrimonium aduerſus mandata legéſque contractum pro nullo & iniuſto habeatur. Siquidem ſufficit vt qui in publica poteſtate, atque honore adminiſtrandæ prouinciæ poſitus eſt, poſſit eſſe terribilis aut parentibus, aut tutoribus, aut curatoribus, aut ipſis etiam mulieribus, quæ contracturæ ſunt; vt ait *d. l. vnic. Si rect. prouinc.* Quæ ratio facit, vt non ſolùm ad ipſos adminiſtrantes ea prohibitio pertineat, ſed etiam ad filios, nepotéſque ipſorum; imò & ad propinquos, & participes, hoc eſt conſiliarios domeſticóſque quibus tamen operam dediſſe adminiſtrator probetur. Non enim ſicut filius, nepóſve, ſine conſenſu patris aut aui nuptias contrahere prohibetur, ita & rectoris prouinciæ conſiliariis, domeſticiſque neceſſe eſt Rectoris voluntatem habere ad nuptias ineundas, ob idque, nec eorum nuptias ob ſolius rectoris non ſe interponentis perſonam impediri æquum fuit, neque rectorem innocentem ob eorum nuptias notari. Ex hac autem prohibitionis ratione, intelligimus prouinciæ Rectorem non prohiberi in ea prouincia vxorem ducere ſponſam ſuam veterem, id eſt quam deſponderat ante ſuſceptum officium adminiſtrationis, quia ſponſalia præcedentia oſtendunt conſenſum, ex quo æſtimantur nuptiæ liberum fuiſſe, non per impreſſionem, metúmve extortum. Atque ita ceſſat hoc caſu ratio prohibitionis, cum id vnum Legiſlator cauendum putauerit, ne Rectores prouinciæ vxores eas ducerent, quæ, quarúmve parentes, vel tutores, aut curatores contradicerent, aut etiam poteſtatis metu contradicere non auderent. Quam potentatus rationem eleganter & breuiter vocat Papin. in *l. præfectus 63. de rit. nupt.* addens ſpeciem hanc pupillæ comparãdam eſſe, id eſt quod ad hoc, vt matrimonium impediatur, nulloque modo contractum dici poſſit, parum intereſſe an puella ſuo tutori nubat, an alia mulier quælibet prouinciæ ſuæ, aut in qua domicilium habeat, Rectori; vtroque enim caſu matrimonium eſt interdictum, licèt non eadem ratione. Ex quo ſubinde Papinianus quærit, An huic quoque mulieri, quæ Præfecto cohortis, vel equitum, aut Tribuno contra interdictum nupſit, ſi virgo nupſerit, non ſit auferendum quod ei teſtamento relictum eſt, exemplo pupillæ nuptæ tutori. Nam ſi tutor pupillam ſuam contra Senatuſconſultum vxorem duxerit, ipſe quidem ex teſtamento eius capere nihil poteſt, ſed ipſa poteſt. Delinquunt enim qui prohibitas nuptias contrahunt, & meritò puniendi ſunt, quod imputari non poteſt mulieri, quæ à tutore decepta fuit, vt bene ratiocinatur Marcianus in *lege vltima*, *de leg.* 1. Et ſanè non alia videtur ratio eſſe mulieris ei nuptæ, cui vel contradixerit apertè, vel contradicere auſa non ſit. Quid enim refert an mulierem quis deceperit, an coëgerit? Nam & vis omnis, iuſtúſque metus habet in ſe dolum ex parte metum inferentis. Atque ita accipio, quod de huiuſmodi caſibus exæquandis ſcriptum eſt in *l. 2. §. 1. ff. de his quæ vt ind. aut.* ſed ſi mulier vltrò nupſerit Rectori, vt puta ſi conditionem eius & coniunctionem prior quæſierit, longè difficilius eſt, vt ei ſubueniatur. Quomodo enim decepta, vel potentatus metu coacta dici poteſt ea, quæ ſponte & vltrò tales ambiit nuptias? Proinde cum negari non poſſit eam deliquiſſe, & contra leges contraxiſſe, hactenus certè puniri eam æquum eſt, vt non magis ex teſtamento viri capere poſſit, quàm vir ex teſtamento ipſius. Húncque Papiniani ſenſum eſſe puto in *d. l. præfectus, verſ. ſed an huic quoque*, licèt verba meo iudicio corruptiſſima longè alium præſeferant. Scriptũ enim eſt, *ſi virgo nupſit*, pro eo quod ſcribi debuiſſe putò, *ſi vltrò nupſit*. Quid enim attinebat hîc de virgine quærere, cùm legis prohibitio iſta ad omnes omnino mulieres pertineat, cuiuſcunque ſint conditionis & ſortis, vt loquitur *d. l. vnic. C. ſi quacunque prædit. dignit.* id eſt ſiue pupillæ, ſiue apud patrem virgines, ſiue viduæ erunt, ſiue ſui iuris viduæ, vt eadem lex explicat, quæ tamen quod ait *pupilla*, non de impuberibus accipiendum eſt, quæ ſcilicet per ætatem prohibentur, ne cum quoquam matrimonium contrahere poſſint, *l. hæc conditio, ff. de condit. & demonſtr. l. ſancimus 24. C. de nupt.* ſed de puellis virginibus ſine patre, vt antitheſis illa demonſtrat, *ſiue apud patrem virgines*: etſi non nego perinde, imò multo magis puniendum eſſe Rectorem prouinciæ, ſi puellam impuberem, necdum viripotentem, quaſi nuptam in domum ſuam deduxerit, licèt nullo iure, vt in *d. l. hæc conditio*. Quod ſi virginem pro impubere apud Papinianum accipias cum Iacobo Cuiacio *lib. 6. obſer. capit. 16.* non ſolùm illud obſtabit, quod modo diximus, cum impubere matrimonium contrahi nunquam poſſe, ſed etiam quod ſtatim eandem mulierem vocat Papin. qua appellatione non alia virgo, quàm quæ viripotens ſit, continetur: *l. mulieris 13. de verb. ſignific.* viripotens autem eſſe non creditur, quæ duodecimum annum non impleuit, quod tempus idcirco ex parte mulieris definitum eſt, & præſtitutum matrimoniis contrahendis: *l. quæſitum 9. l. in ſponſalibus 14 ff. de ſponſal. l. 4. ff. de rit. nupt.* Non quod impleto anno duodecimo ſemper ſit viripotens (facile namque eueniat vt non ſit, ob idque in longius tempus matrimonium differri oporteat, ſi non ex corporis, ſed ex oris aſpectu & habitu tam euidens illud ſit, vt nõ egeat probatione) ſed ne ante duodecimum annum pro viripotente haberi debeat, quamuis reuera ſit viripotens, quoniam periculoſa malíque exempli res eſſet, ne dicam infamis, ſi facto & conatu ipſo, quaſi malitia interdum vt aiunt ætatem ſupplente, idipſum exploraretur. Quare nec eam, quæ ante duodecimum annum in mariti domum tanquam vxor traducta eſt, pro vxore tamen habere poſſumus, niſi duodecimo demum anno completo: *l. cum hic ſtatus 32. §. pen. ff. de don. int. vir. & vxor. l. quæſitum 17. in fin. De reb. aut. iud. poſſid.* licet adulterium in eadem mariti domo commiſerit: *l. ſi vxor. 13. § ſi minor, ff. ad leg. Iuliam de adulter.* cùm tamen vix eſſe poſſit, vt adulterium committat puella, quæ viripotens nondum ſit. Indéque etiam eſt, quod cum de maſculo loquimur, qui ad pubertatem peruenerit, ita loqui ſolemus, *ſi pubes factus erit*: vel, *ſi in tutelam ſuam peruenerit*: *l. quoties 9. § 1. De admin. tut. l. vltim. ff. de iur. delib. l. cum filiofamilias 50. De legat. 3.* Cùm autem de puella, *ſi viripotens fuerit*, vt loquitur Iuſtinianus *in princip. huius tit.* & edictum prætoris relatum

l. præfectus 63 ff. rit. nupt.

l. vlt. de legat. 1.

l. hæc conditio, de condit. & demonſtr.

l. cùm hic ſtatus 32. § pen ff. de donat. int. vir. & vxor.

ab Vlpiano in *l. hac autem 5. ait prætor, ff. quibus ex cauſis in poſſeſſ. eat. d. l. pater Seuerinam 101. De condit. & demonſtrat.* Etſi enim commune illud erat maſculis & fœminis, vt tutela pubertate finiretur, pubertatem tamen aliter in maſculis, aliter in fœminis æſtimabant. In maſculis enim erant, qui ex corporis habitu æſtimari eam debere putarent: Erant qui decimoquarto anno eam præciſè ac indiſtinctè concluderent: quorum ſententia, ſicut publicæ honeſtati conuenientior, ita & receptior apud veteres Prudentes, & à Iuſtiniano tandem comprobata fuit, vt dicemus ad *tit. Quib. mod. tutel. fin.* At in fœminis æſtimandam eſſe pubertatem ex habitu corporis nemo vnquam dixit. Tantum abeſt, vt eſſe quiſquam potuerit, qui diceret poſſe puellam viripotentem eſſe, aut an viripotens eſſet, probari ante annum duodecimum impletum, quemadmodum Iuſtinianus eo loco ſcribit. Ergo cùm Papinianus in *d. l. præfectus*, loquatur de muliere, adeóque de nupta, id eſt quæ vxor iuſta eſſe poſſet, ſi legis & mandatorum interdictio non obſtaret, non poteſt recipi interpretatio Cuiacij exiſtimantis de puella impubere accipiendum eſſe, quod lex ait de virgine. Sicut & certum eſt, quod *ibidem* Papinianus tractat de pupilla nupta tutori, non de illa accipi debere quæ ſit minor annis duodecim, quia nec alij vlli magis quam tutori nubere poſſet, ſed de illa quæ pupilla fuit, quam & adultam aliis locis Iureconſulti vocant. Cùm igitur dictio illa *virgo*, nullius ſenſus ſit, non video cur pertinacius vulgatam lectionem tueri debeamus, ſecundum quam ſi recta eſſet, aliud in fœmina non virgine, aut in pubere admittendum eſſet. Cur enim de virgine tractat Papinianus, ſi idem eſt in non virgine? Cur de impubere ſi idem eſt in pubere? Sed etſi diceendum eſſet, mutari perſonam, cùm prius actum eſſet de vxore ducta; nunc verò de illa ageretur, que nec duci, nec vxor eſſe poſſet. Porrò perſonam non mutati, ſed tantùm quod ad mulieris voluntatem mutari caſum, oſtendunt apertè verba illa, *ſed an hunc quoque.* Prius enim actum fuerat de illa, quæ nupſerat potentiæ metu, nunc verò de illa, quæ vltrò & ſponte. Sed tamen videtur quoque mihi *in eo* Papiniani *verſiculo*, mendum ſubeſſe, ac deeſſe negationem, quæ reponenda ſit ante verbum *poteſt*. Nam, vt iam diximus, ratio nulla eſt, ob quam exemplo pupillæ tutori nuptæ, debeamus fauere mulieri quæ vltro Rectoris prouinciæ nuptias contra leges & mandata Principum experiuit. Atqui dicat aliquis, verba illa, *exemplo pupillæ nuptæ tutori*, quæ nos retinemus, non patiuntur vt hanc addamus negationem: Siquidem indubitati iuris eſt, pupillam tutori nuptam, licet contra Senatuſconſultum, ex ipſius tamen teſtamento capere poſſe: *d. l. vlt. de legat.* 1. *d. l.* 2. *§.* 1. *De his quæ vt indign.* Et hoc nimirum eſt, quòd primum feſellit eum, qui negationem ſuſtulit; & quòd deinde fecit, ne ad mendum hoc alij Interpretes animaduerterint. Cùm potiùs obſeruare debuerint, eorum verborum hunc veriorem ſenſum eſſe, vt quamuis proximè dictum ſit, hanc ſpeciem pupillæ comparandam eſſe; quod ad hanc rem tamen attinet, non ſit rectum exemplum, quòd & dictio illa aduerſatiua *tamen*, non obſcurè demonſtrat; ac ſi ſcriptum eſſet, non poſſe mulierem hanc, quæ

Mendum apud Papinianum.

vltrò nupſit Rectori contra mandata, obtendere exemplum pupillæ tutori nuptæ; vt quemadmodum illa, quod ſibi ab iniuſto viro relictum eſt conſequatur: Propter eam ſcilicet differentiæ rationem, quam attulimus, quod non deliquerit, ideóque nec punienda ſit puella, quæ à tutore decepta eſt: Deliquerit verò, & conſequenter punienda ſit hæc, quæ Rectori vltrò nupſit. Idémque probat apertiùs ni fallor, quod apud Papinianum ſequitur, *Pecuniam tamen in dotem datam, mulieris heredi reſtitui æquum eſt.* Hic enim verſiculus per eandem aduerſatiuam dictionem *tamen* conceptus, & exprimens eam ſententiam quæ ad mulieris, de qua agimus, fauorem reſpiciat, oſtendit manifeſtè prioris verſiculi ſenſu aliquid contineri, quod contra mulierem ſit, non pro ipſa. Alioqui ſi prior verſiculus ille, & pro muliere, & affirmatiuè conceptus eſſet, debuerat in poſteriore ita ſcribi, *Pecuniam quoque*, non *tamen*. Nihil autem potuit ad propoſitam quæſtionem contra mulierem reſponderi, niſi hoc ipſum quod nos volumus, Non eſſe illi permittendum, vt quod ſibi teſtamento rectoris relictum eſt, conſequatur. Et verò longè faciliùs eſt, vt mulier incapax ſit relicti, quàm vt dotem amittat: non ſolùm quia dotis amiſſio non tantùm mulieri noceret, ſed etiam viro prodeſſet qui dotem à ſe acceptam reſtituere obligatus eſt, cui tamen delictum ſuum prodeſſe non oporter: Verùm etiam, quia mulier quæ dotem amitteret, damnum incurreret, quæ verò libertatis ſibi relictæ incapax ſit, lucrum duntaxat amittit. Accedit, quod non mulieris intereſt, ſed & Reipublicæ dotem ſaluam eſſe, *leg. intereſt 16. ff. de reb. author. iudic. poſſid.* aliàs *leg. 3. De priu. cred.* Nec eſt contrarium quod idem Papinianus ſcribit in *lege dote 61. eo tit. De rit. nuptiar.* dotem propter illicitum matrimonium fieri caducam. Quod & Paulus tractat in *dicta l. ſi quis officium 38. §. 1. eod.* cùm ait, non fieri caducam dotem datam ei qui veterem ſponſam ſuam dixit vxorem in ea prouincia, quam adminiſtrat. Id enim non in odium mulieris inductum eſt, ſed in odium mariti, cui dos, ſi caduca non fieret, acquireretur. Et pœna mariti potiſſimùm in eo conſiſtit, vt non eo minus cogatur mulieri reddere, dotem quàm amiſit, & quæ ad filium peruenit. Mihi tamen dubitationem illud facit apud Papinianum, quod loquitur de dote mulieris hæredi reſtituenda; cùm tamen non mulierem, ſed maritum ponat in præcedentibus, deceſſiſſe. Non enim quærendum eſſet an cõſequi mulier deberet, quod ei vir iniuſtus teſtamẽto reliquiſſet, ſi nõ ſecuta viri mors proponeretur. Itaque hunc etiam verſiculũ corruptũ eſſe arbitror, & ſic emendandum, vt legamus, *Pecuniã tamen in dotem datam mulieri hæredẽ reſtituere neceſſe eſt*, nato veriſimiliter errore, ex eo, quod ita fortaſſe ſcriptum erat, vt fieri paſſim ſolebat, paucioribus literis, *Mulier. hæred. reſtit.* Quamquam ſi quis totam hanc ſecundam illius legis partem à Triboniano potiùs, quàm ab interprete, aut librario corruptam fuiſſe diceret; ego non valde repugnarem. Ab illis enim verbis, *cùm ratio potentatus nuptias prohibuerit*, nihil video, ſiue verba, ſiue ſententiam conſidero, quod dignum ſit elegantia Papiniani, cui nec moris eſt in libris præſertim Definitionum, ita quæſtioné concipere, & talibus verbis, qualibus hæc cõcepta proponitur, *ſed an hunc hodie ſi vltrò nupſit, non ſit auferendũ quod teſtamento relictũ*

Aliud mendum apud Papin.

Triboniani manus.

eſt, deliberari poteſt. E contrario fuit mos iſte loquendi Triboniano familiaris. Monet me, etiam inſulſa illa inculcatio dictionis *tamen*, prodens infantiam hominis, non ſatis facilè feliciterque animi ſui ſenſum verbis exprimere valentis, quod an Triboniano, an Papiniano magis conueniat, iudicium eſto eruditiorum. De illo planè non dubito, quin Papinianus quæſtionem ſubiecerit de muliere, quæ vltrò nupſerit viro in ea prouincia officium gerenti: capta nimirum occaſione ex præcedentibus iis verbis, *quæ ſpecies pupillæ comparanda eſt*. Nam, vt alibi ſæpè monuimus, totus in eo paſſim eſt Papinianus, vt ſingulares caſus perquirat, in quibus aliter reſpondendum ſit, quàm prima facie, vel ex iuris communis ratione, vel ex aliis quæ ab eodem ipſo Papiniano conſtituta ſunt, reſpondendum eſſe videatur. Neque rurſus apud me dubium eſt, quin ad eam quæſtionem aliis quidem verbis, quàm nos, ſed eo tamen ſenſu, quem nos expoſuimus, reſponderit. Et aliter fortaſſe, quàm Tribonianus, reſpondendum crediderit, cui nihil vnquam fuit antiquius, quàm vt ſemper plus æquo mulieribus faueret, non modò ſi de dotibus, quod eſſet tolerabilius, ſed & ſi de quouis alio ipſarum commodo ageretur. Nec ſanè laborandum magnoperè putaremus, vt ex iuris ratione locus hic reſtitueretur, ſi in confeſſo eſſet Papiniani ſententiam à Triboniano corruptam fuiſſe. Nihil enim eſt tam alienum à iuris ratione, quod non admittam libentiſſimè a Triboniano ſcriptum eſſe, ſcribique potuiſſe. Sed non poſſum pati, vt Papiniano adſcribatur ea ſententia, quæ nec verbis elegantibus expreſſa ſit, nec ad iuris rationem accommodata. Verum de illius loci interpretatione ac emendatione iam ſatis.

Supereſt vt concludamus, quod diximus parum intereſſe, an tutor puellam ſuam vxorem duxerit, an prouinciæ Rector prouincialem; proptereà quòd vtroque caſu nullum & iniuſtum ſit matrimonium; hanc primùm exceptionem admittere, de qua hucuſque diximus, quod in prouinciali nupta Rectori prouinciæ diſtinguendum ſit, an potentiæ metu nupſerit, an vltrò & ſponte: quæ diſtinctio in puellam tutori, vel curatori ſuo nuptam non cadit: quia etiamſi maximè conſtaret ab ea primùm expetitas nuptias tutoris ſui, vel curatoris, lex tamen præſumeret calliditate & illecebris ſubdolis tutoris, vel curatoris allectam illam, vt eum ſibi eligeret in virum; nunquam electuram, ſi is tutor curatórve nunquam fuiſſet. At prouincialem mulierem quid prohibet ambire, ac expetere nuptias Rectoris prouinciæ, quem nunquam fortaſſe viderit, nunquam allocuta fuerit ante illum diem? Aut quænam in eo contra Rectorem prouinciæ doli præſumptio veriſimilis eſſe poteſt? Etſi non eo minùs peccat ille contra leges, matrimonium contrahendo, quod ipſe ſciat, aut ſcire debeat, mandatis Principum diſtrictiſſimè ac indiſtinctè ſibi eſſe interdictum. Sed & alia exceptio ſubiicienda, inſignísque differentia inter hæc duo genera nuptiarum prohibitarum. Nam nuptiæ inter eam, quæ pupilla, vel adulta fuit, & tutorem, curatorémve ipſius, aliquémve ex eorum liberis contractæ, vſque adeò inualidæ ab initio & nullæ ſunt, vt nunquam conualeſcant, nec ſi mulier poſt annum viceſimumſextum, aut viceſimum nonum in eius matrimonij figura perſtare & ſeneſcere velit: *l. ſi patris 6. & ſeq. Cod. de interdict. matrimon.* At quamuis contra mandata Principum contractum ſit in prouincia dummodo conſentiente muliere matrimonium, tamen poſt depoſitum officium ſi in eadem voluntate mulier perſeuerauerit, iuſtæ nuptiæ efficiuntur, & ideo poſteà ſuſceptos liberos tanquam natos ex iuſto matrimonio, legitimos eſſe placuit: *l. etſi contra 6. C. de nuptiis, l. eos qui 65. §. 1. ff. de rit. nupt.* Cuius differentiæ ratio hæc eſt, quod priore caſu, nunquam ceſſat ratio prohibitionis, quæ ab initio fecit ne matrimonij vinculum contrahi poſſet. Non enim fieri poſſet vt conſtante matrimonio, is qui verus maritus eſſet, aut ad rationes reddendas vrgeri poſſe videretur, aut vltrò eas ex bona fide reddidiſſe crederetur, quantumuis mulier conſentiret; quia naturalis verecundia, & indiuidua illa vitæ ſocietas, quæ inter coniuges contrahitur, potius quam iuſta plenáque rationum redditio, hunc conſenſum expreſſiſſe putanda eſſet. Poſteriore verò caſu, cum alia ratio nulla mandatis Principum cauſam dederit, quàm quòd non poſſet videri omnino, plenéque liber fuiſſe conſenſus mulieris ei nubentis, qui in prouincia illa dignitatem aliquam & imperium habuit, tametſi de metu illato non conſtaret; qui etiamſi verè illatus eſſet, probari tamen haud facilè poſſet; nemo non videt ceſſare hanc rationem, ſi poſt depoſitum officium, mulier, quæ nuptiis ab initio conſenſiſſe proponitur, in eadem perſeuerauerit voluntate. Illa namque perſeuerantia non ſolùm inducit nouam voluntatem, quæ iudicio meo non ſufficeret ad matrimonium inducendum, ſi ab initio mulierem iniuſtam, coactámque nupſiſſe conſtaret; ſed probat etiam ab initio liberam eiuſdem mulieris voluntatem liberúmque conſenſum interueniſſe, vt proinde dignus ſit maritus, cum quo fauorabilius hoc caſu agatur; quàm ſi inuitam vxorem ducendo, non tantùm mandata Principum, ſed ipſum etiam ius gentium violaſſet, quod procul dubio non patitur, vt inter inuitos matrimonium contrahatur. Neque tamen poteſt ea perſeuerantia facere, vt matrimonij validitas ad eum diem quo contractum fuit retrohatur, ſed tantùm vt ex depoſiti officij die valere intelligatur, atque demum liberi iuſti & legitimi intelligantur, qui poſt id tempus ſint nati, & ſuſcepti, vt ſupradictis locis ſcriptum eſt. Ex quibus verbis obſeruandum eſt, ad rem non facere, ſi ante depoſitum officium concepti proponantur, dummodò poſteà nati ſint; quia nec habetur pro nato is, qui eſt in vtero, quoties ei noceret ſi pro nato haberetur, *l. 7. & 26. ff. de ſtat. hom.* Tertia inter has illicitarum nuptiarum ſpecies differentia ea eſt, quod nuptiis contra Principum mandata contractis, dos fit caduca, vt ſuprà diximus, ex *d. l. ſi quis officium, §. 1. De rit. nupt.* nec eo minus tamen obligatur maritus, vt dotem reſtituat mulieri, *d. l. præfectus 63. in fi.* quippe cui vel nihil omnino, vel multo minus imputari poſſit, *d. l. 2 §. 1 ff. de his quæ vt ind.* niſi cum ſe vltrò nuptiis obtulit, quanquam nec eo quoque caſu dotis iacturam incurrit, propter coniunctum Reipublicæ ac dotium fauorem: *d. l. præfectus.* Idque mandatis Principum cautum fuiſſe neceſſe eſt, iis ipſis ſcilicet, quibus huiuſmodi nuptiæ ſunt interdictæ. Alioqui, cum iuris prohibitio faciat vt non ſit matrimonium, *d. l. præfectus*, certum eſt nec dotem vllam eſſe poſſe: *§. ſi aduerſus, inſt. hoc tit. l. 3. ff. de iur.*

Differentia adultæ, & prouincialis mulieris, quod pertinet ad nuptias interdictas.

Alia differentia inter hæc duo genera nuptiarum prohibitarũ.

l. etſi contra 6. C. de nupt. §. 1. ff. hoc tit. De rit. nupt.

Tertia differentia.

Digitized by Google

de iur. dot. l. à Diuo Pio 58. ff. De rit. nupt. licèt quaſi dos dicatur, in *l. nec vlla 13. §. 1. ff. de pet. hæred.* Ac proinde fatendum eſſet repeti dotem poſſe, quaſi datam ſine cauſa, vt aliis caſibus euenire ſolet: *l. vlt. ff. de cond. ſin. cauſ.* Præſertim verò cum puella tutori, aut curatori ſuo nupſit, quo caſu dotem datam repeti poſſe per condictionem, apertè ſcriptum eſt in *l. ſi tutor 7. C. de int. mat.* An quod fauorabilior ſit puella, quæ decepta eſt à tutore, vt loquitur *l. vl. de legat 3.* quàm quæ coacta eſt à Rectore prouinciæ? Minimè. Nam neque illa quidquam deliquit, *d. l. 2. §. 1. de his quæ vt ind.* Nec rurſus ad fauorem mulieris, ſed mariti ſpectat illud, quòd dos non ſit caduca. Cùm & eo caſu quo caduca fiat, nihilominùs obligetur maritus, eiúſve hæres ad ipſam mulieri reſtituendam: *d. l. præfectus.* Sed quia maiore odio dignus ille viſus eſt, qui dignitate & poteſtate publica in ſuum commodum abutatur, & in eius necem, cui proſpicere potiùs deberet, quàm qui priuata, Cauſa enim tutelæ, licèt quaſi publica dici poſſit eo reſpectu, quòd ſit ex iure publico, id eſt ex legibus; non tamen perinde publica dici poteſt, atque adminiſtratio Reipublicæ Rectori prouinciæ, aut alij publicum officium gerenti. Itaque quod Papin. in *d. l. dote 61. eo.* ſic ſcribit, *dote propter illicitum matr. caduca facta*, non ita accipiendum eſt, vt quoties matrimonium illicitè contractum eſt, dos caduca fiat, ſed vt quoties caduca fit, ita conſtituto iure ſiue ex mandatis Principum, ſiue qua alia lege, cogendus ſit maritus fiſco ſoluere quicquid iudicio de dote redditurus eſſet, exceptis impenſis neceſſariis, quæ dotem minuere ipſo iure ſolent.

l. ſi tutor 7. C. de interd. matr.

Ex ſuperioribus autem intelligimus, non ſolum ei qui prouinciam regit, eſſe prohibitum, ne vllam ex prouincialibus ſuis vxorem ducat, quandiu in adminiſtratione eſt, verum etiam ne filio ſuo eam ducenti conſentiat: *l. qui in prouincia 57. De rit. nupt.* Filio inquam ſiue in poteſtate manenti, ſiue emancipato, cùm lex non diſtinguat; Sicut nec diſtinximus cum de puella filio tutoris, aut curatoris non nubenda tractauimus ex Tryphonino *d. l. non ſolum 67. eo tit.* Nam eadem vtriuſque filij hac parte ratio eſt: niſi quod ſi emancipatus inſcio patre duxerit vxorem in prouincia neque puniendus eſt pater, qui nihil contra mandata fecit, neque eo minùs valet matrimonium, quia neque mandatis Principum, neque alia vlla iuris conſtitutione prohibetur filius vxorem ducere inſcio patre, in cuius non ſit poteſtate, vt in ſequentibus dicemus: ne quidem in ea prouincia, in qua pater officium publicum gerit, dum ne in contrahendo matrimonio patris opera intercedat, quam tamen præſtare nullam poteſt pater, qui filij matrimonium ignorat: *d. l. vnic. C. ſi rect. prou.* Filiæ alia ratio eſt; Nam qui in prouincia aliquid adminiſtrat, in eadem prouincia filiam ſuam, etiam quam in poteſtate habeat, collocare in matrimonium, eique dotem conſtituere non prohibetur: *d. l. ſi quis officium 38. § vlt. de rit. nupt.* Diuerſitatis ratio eſt, quia cum vxor familiã viri ſequatur, & à viro tanquam à capite pendeat, non ſit credibile patrem quempiam ſua poteſtate abuſurum, vt filiam ſuam inuito prouinciali collocet in matrimonium, ex quo filia toto vitæ ſuæ tempore nihil niſi continuas perpetuáſque miſerias, aut diuortium expectare poſſet. Deinde quia dos filiæ nomine data acquiritur marito, tantóque locupletiorem prouinciã facit, nec aliud quidquã commodi ex eo matrimonio filiæ pater ſentire poteſt, niſi quod ab onere collocandæ, dotandæque filiæ ſe liberat meliore fortaſſis conditione, minoréque data dote quàm date debuiſſet, ſi patris dignitatis virum filiæ extra prouinciã quæſiſſet. Etſi hoc quoque tandem correctum eſt, nec ſine ratione, *Nouell. Leonis 23* quæ non patitur vt melior hac parte ſit conditio filiarum, quàm filiorum. At cum Rectoris filius in prouincia vxorem ducit, ſimul cum vxore omnia vxoris bona dotalia transfert in familiam patris, in cuius eſt poteſtate. Sin emancipatus proponatur, transfert in ſuam propriam, quæ licèt diuerſa ſit à familia patris, ad patrem tamen aliquatenus pertinet; ſiue propter vinculum illud coniunctionis naturalis, quod per emancipationem non vſque adeò diſſoluitur, vt non maneat naturaliter filius is, qui eſt emancipatus; ſiue propter iura ſuccedendi, quæ ex Prætoris edicto inter eos mutua inducuntur, non ſolùm tanquam inter patrem & filium, ſed etiam tanquam inter manumiſſorem & manumiſſum, exemplo patroni libertíque: *l. 1. § vlt. & tot. tit. ff. ſi à parent. quis manum.* Quanquam de illo inquirendum non eſt, An commodum aliquod ex emancipati filij nuptiis pater ſentire poſſit; ſed tantùm an ex iis damnum aliquod ſentire poſſint prouinciales, quorum commodis & vtilitatibus proſpicere Officialis debuerat, potiùs quàm iis nuptiis contrahendis operã dare, ex quibus cõmoda ipſorum læderentur. Vnde eſt quod non minùs contra mandata peccat, qui vni vel minimo ex ſuis domeſticis vxorem in prouincia ſua quærit, quàm qui filio: *d. l. vnic C. ſi rect. prou.* Ab hac tamen prohibitione excipiuntur ij, qui in prouincia ſua militant, vel aliud publicum officium gerunt: Non enim videntur contra mandata feciſſe, ſi ex eadem prouincia vxorem duxerint, idque etiam quibuſdam mandatis continetur, vt Paulus refert in *d. l. eos qui 65. in princ. eod. tit.* Ratio euidens eſt, quoniam aliter poſito iure, neceſſe eſſet alterutrum euenire; nimirum, vt vel reuocarentur ciues ab officiis publicis in patria ſua gerendis, vel à nuptiis, liberorúmque Reipublicæ procreandorum ſtudio interim abſtinere cogerentur, ſi non in aliena prouincia vxores quærere mallent, quæ omnia tamen à Reipublicæ vtilitate eſſent aliena. Vbi enim digniùs & honorificentiùs quàm in patria ſua & militare, & vxorem quærere quiſquam poteſt? Aut cur feramus probo ciui damnoſum eſſe officium ſuum, quod patriæ ſuæ exhibeat? *arg. l. videlicet 29. ff. ex quib. cauſ. maior.* Sed & obſeruandum eſt, prohibitionem iſtam ad eos tantum pertinuiſſe, qui officium aliquod in prouincia gererent temporale: Nec proinde ad illos hodie pertinere, qui in aliena prouincia perpetuam, non temporalem habent adminiſtrationem; ne alioqui prætextu officij publici, aut vxoris extra eam prouinciam quærendæ, aut in perpetuo cœlibatu viuendi neceſſitas iis iniuncta videatur.

l. 1. § vlt. ff. ſi à par. quis manu. ſit.

ILLATIO XIII.

De nuptiis inter Senatorem & mulierem publico iudicio damnatam.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit, vt non ſit matrimonium, ſi Senator vxorem duxerit publico iudicio damnatam mulierem: *l. palam 43. §. Senatus cenſuit, De rit. nupt.* vbi Vlp. refert ita Senatum cenſuiſſe, non eſſe

l. palam 43. §. Senatus cenſuit, ff. eo.

conueniens vlli Senatori talem vxorem ducere, at neque ductam retinere. Ob rationem, quam attulimus ſuprà, *illat.6.* Sed neque mulierem in adulterio deprehenſam, ſiue à quolibet, ſiue vbilibet, aut vxorem ducere, aut ductam retinere poteſt, quia & hæc pro damnata habetur, & lex factum ipſum adulterij, non ſententiam de adulterio latam notauit, *§. quæ in adulterio, & ſeq. ea. leg.* Multò minus eam, quæ palam quæſtum fecerit, hoc eſt paſſim & ſine delectu ſiue in lupanario ſe proſtituerit ſiue in taberna cauponia. Nec magis eam quæ ſine quæſtu ſe proſtituerit, ſiue adhuc id faciat, ſiue ante fecerit, licèt facere deſierit: Adeo vt neque ignoſcatur ei, quæ paupertatis prætextu vitam turpiſſimam egit, ſiue proſtituta ipſa ſit, ſiue quam aliam mulierem quæſtuariam proſtituerit, cùm non minùs ſit lenocinium facere, ſiue ſuo, ſiue alieno nomine, quàm corpore quæſtum exercere, vt pluribus omnia & ſingula iſta perſequens tractat *Vlp in a.l palam.* Obſeruandum tamen eſt in aliis quàm mulieribus publico iudicio damnatis non ita ius eſſe, vt Senator eam vxorem retinere prohibeatur, quàm ducere non poſſit. Etſi enim prohibetur Senator eam ducere vxorem, cuius pater, matérve, non etiam auus & auia, de quibus lex locuta non eſt, artem ludicram fecerit; ſiue in poteſtate pater filiam habeat, ſiue non; dummodò iuſtus pater ſit, mater autem etiam quæ vulgò conceperit, & ſiue naturalis pater ſit, ſiue adoptiuus. Si tamen ingenuæ vxoris pater, matérve artem ludicram facere cœperit, iniquiſſimum eſt dimittere eam cogi Senatorem, cum nuptiæ contractæ ſint, & fortè liberi iam procreati: quamuis ſi ipſa artem ludicram facere cœperit, vtique dimittenda ſit: *d.l. Iulia 44 §.1 & pen. eod.* Sanè mulieres illas, quas ingenui cæteri ducere prohibentur, Senatoribus ducere multò minùs licet: *§. vlt. ibid. l. obſeruandum 49. eo.*

§ quæ in adulterio, & ſeq. ead. leg.

ILLATIO XIV.

De patrono, qui libertam ſuam ignominioſam vxorem duxit.

DEcimoquartò ex eodem Principio fit, vt ſi ignominioſam libertam ſuam patronus vxorem duxerit, maritus non ſit, quia contra legem id fecit, ob idque non debeat habere legis beneficium, quod patronis omnibus datum eſt, vt patronus, nupta liberta inuito eo, alij nubere non poſſit, *leg. filio patroni 48. §. 1.* iunct. *l. in eo iure 45 eod.* Non enim legis beneficium & auxilium implorare poteſt, qui contra leges commiſit: *l. auxilium 34. in fin. ff. de minor.*

l. filio patroni 48 §. 1. iunct. l. in eo iure 45 ff. eod.

ILLATIO XV.

De nuptiis prohibitis ob mariti dignitatem.

DEcimoquintò obſeruandum eſt, quod Marcellus notat in *l. obſeruandum 49. De rit. nupt.* inferioris gradus homines ducere vxores eas poſſe, quas hi qui altioris dignitatis ſunt ducere legibus prohibentur, ſi non niſi propter dignitatem ea prohibitio inducatur. At contrà, antecedentis gradus homines non poſſe eas ducere, quas hi qui inferioris dignitatis ſunt ducere non licet. Nam & illud eſt, quod ſuprà diximus *d.l. lege Iulia 44. § vlt. eod.* Non poſſe Senatores eas vxores ducere, quas cæteri ingenui ducere prohibentur. Neque verò exiſtimandum eſt, abrogatum hoc ius fuiſſe lege Canuleia, cuius meminit Liuius, per quàm connubia promiſcuè ſunt permiſſa. Nunquam enim vſque adeò promiſcuè permiſſa ſunt, vt non habita, habendáque ſemper fuerit ratio dignitatis, præſertim Senatoriæ, vt ex ſupradictis iuris locis apparet, qui & lege Canuleia, & Liuio ipſo ſunt longè poſteriores.

PRINCIPIVM II.

De nuptiarum poteſtate vt patrem demonſtrent.

PAter eſt quem nuptiæ demonſtrant, *l. quia ſemper 5 ff. de in ius vocand.* Alio enim modo quàm per iuſtas nuptias probare patrem, prorſus impoſſibile eſt *leg. Lucius 87. ff. de condit. & demonſtr.* Ac niſi huiuſmodi probationis ſpecies, legibus inducta fuiſſet, ſaltem ad producendam præſumptionem, quam vocant *iuris & de iure*, contra quam non ſit admittenda probatio in contrariam, nulla omnino eſſet, aut eſſe poſſet in Republica familiarum diſtinctio, aut certitudo, nec proinde dominiorum; ſine qua tamen ſtare Reſpublica nullo modo poſſet, vt ſcripſimus ad *Princ. 2. illat. 1. ſup. tit. prox. De patr. poteſt.* vnde alia peti poterunt, quæ ad *huius Principij* cognitionem & explicationem pertinent.

l. quia ſemper 5. ff. de in ius vocand.

ILLATIO I.

De naturalibus liberis, Tractatus inſignis.

EX hoc Principio illud primùm fit, quod Iuſtinianus ſcribit in initio *Nouell. 89. quib. mod. natur. effic. ſui.* Naturalium liberorum nomen, qui ſcilicet aut ex concubina, aut vulgò concepti eſſent, fuiſſe incognitum legibus noſtris ante tempora Conſtantini, nullámque eorum rationem habitam fuiſſe, tanquam qui eſſent alienigeni, peregrini, & à Republica omnino alieni. Nam cùm extra iuſtas nuptias concepti eſſent, atque ideo ſine patre eſſe dicerentur, fieri non poterat vt non eſſent ſine ciuitate, qui nati erant in ciuitate ſine patre. Idcirco autem loquor de natis ſine patre in ciuitate, quoniam vnus in toto iure noſtro caſus eſt, íſque valde ſingularis, in quo euenit vt quis & ciuitatem & matrem habeat, non tamen patrem. Nimirum ſi ex parentibus captiuis apud hoſtes natus ſit, & ibidem defuncto patre, tandem reuerſus ſit in ciuitatem cum matre. Cùm enim mater, quæ ciuis fuerat ante captiuitatem, habeat ius poſtliminij, eóque pleniſſimè gaudere debeat, vt in omnibus & per omnia perinde habeatur, acſi nunquam ab hoſtibus capta fuiſſet; neceſſe eſt euenire, vt filius hic, quamuis poſtliminium ex propria perſona habere non poſſit, quia captus non eſt, matris tamen poſtliminiũ & conditionem ſequatur, vt cum ipſa reuerſus in ciuitatem fiat ciuis: ne alioqui non ſit matri plenum ius poſtliminij, ſi filius ei non reddatur: *l. 1. C. de poſtl. reuerſ.* Habet igitur matrem & cum matre ciuitatem, ſed non patrem; quia pater, ex quo natus eſt, iam inde ab eo inſtanti quo captus

Nouell. 89. quib. mod. natur. effic. ſui.

Digitized by Google

enptus fuit, deceſſiſſe in ciuitate retrofingitur per legis Corneliæ fictionem, vt dicemus ad §. *ſi ab hoſtibus, inf. quib. mod. ius patr. poteſt. ſoluit.* At verò vt is qui in ciuitate natus eſt ſine patre, ciuitatem nihilominus habeat, fieri certè nullo modo nullóque caſu poteſt. Siquidem Romanorum ciuium ſumma diuiſio illa eſt, vt vel patresfamilias ſint, vel matresfamilias, vel filiifamilias, vel filiæfamilias: *leg. nam ciuium 4. ff. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt.* Atquin hic qui naſcitur ſine patre, neque filiusfamilias, neque ſi fœmina ſit filiafamilias eſt, cùm non ſit in aliena poteſtate. Patria namque poteſtas non niſi ex iuſtis nuptiis comparatur, vt diximus ad *dict. Princ. 2. ſupr. tit. prox.* Paterfamilias verò dici nihilominùs poteſt, quia paterfamilias nemo eſt, niſi qui priùs fuerit filiusfamilias, cùm paterfamilias demum mortuo, incipiant patresfamilias fieri quotquot capita in ipſius viui fuerant poteſtate, *leg. pronunciatio 195. §. familia, de verbor. ſignific.* Præterquam ſi proponas natum quem poſthumum, & defuncto iam patre. Hic enim filiusfamilias nunquam fuit, naſcitúrque paterfamilias; ſed non alia ratione quàm quia naſcitur ex iuſto patre: qui familiam habuit, & quem ex iuſtis nuptiis licèt iam defunctum demonſtrare poteſt, aut ſaltem nominare. Nec enim facit natiuitas, ſed conceptio filij, dummodo poſtea quandocunque nati, præſertim cùm in iis quæ ad filij commodum pertinent, quale illud potiſſimum eſt, vt iuſtum patrem habeat, qui in vtero eſt pro nato habeatur: *l. qui in vtero 7. & 26. ff. de ſtat. homin. l. Titius 6. in fin. cum l. ſeq. ff. de ſuis & legit.* Cùm igitur hic qui extra iuſtas nuptias conceptus natúſque eſt, neque filiusfamilias, neque paterfamilias ſit, quia nec familiam vllam habet, nec in vllius familia naſcitur (mater enim ex qua, & cui naſcitur, licèt habeat familiam, ſuæ tamen familiæ & caput & finis eſt: *dict. l. pronunciatio, in fin.*) conſequens eſt, vt ciuis Romanus eſſe nequeat. Ex quo illud etiam neceſſariò fit, vt quamuis in ciuitate natus ſit, tamen pro alienigeno haberi debeat & peregrino. Quotquot enim toto terrarum orbe ſunt homines eos neceſſe eſt, aut ciues Romanos eſſe, aut peregrinos, cum peregrini ſint quicunque Romani ciues non ſunt. Immo & ſi quod res eſt fateri volumus, monſtra potius, quàm homines dici debent. An non enim contra naturam eſt, nec minus à naturæ quàm à ciuitatis iure alienum, denique inſtar monſtri, vt quiſquam naſcatur homo ſine patre? Quare non minus eleganter, quàm verè idem Iuſtin. noſter *Nouell. 39. De reſtit. & ea quæ par. vndec. menſ.* in nuptiarum laudem ſcribit, Nihil id Republica eſſe nuptiis vtilius, *tanquam ſolis homines facere valentibus.* In quo obſeruandum eſt non ſic eum loqui, vt dicat non niſi ex nuptiis iuſtos liberos parari poſſe, ſed de hominibus agere: vt intelligamus homines, qui nullius iuſti liberi ſunt, ſicut nec liberi ſunt quia patrem non habent (cum patris & filij nomina ſint correlatiua, quorum poſito vno, alterum quoque poni neceſſe eſt) ita nec homines quidem dici poſſe. Quòd ſi quis cum iis agere humaniùs volet, vt homines eſſe fateantur, illud tamē negare ſaltem non poſſit, ciues Romanos non eſſe, ſed alienigenos: quod ſufficit vt iure ciuili, hoc eſt in iis omnibus quæ ad ius ciuile pertinent, pro nullis: & quod idem eſt, pro non

Omnes homines quòd ad ius Romanorum attinet, aut ciues Romani ſunt, aut peregrini.

Nati ſine patre monſtra dici debent, non homines.

hominibus habeantur. Non enim aliis, quàm Romanis ciuibus leges Romanorum ſcriptæ ſunt, nec ad alios, quàm ad ciues Romanos pertinere poteſt, quicquid eſt iuris ciuilis Romanorum, ſiue ſcripti, ſiue non ſcripti. Nam & ideo ius ciuile appellatur quòd proprium ſit ciuitatis, id eſt non omnium, qui in ciuitate ſunt, in qua ſcilicet poſſunt eſſe & ſerui multi, & peregrini, ſed ciuium duntaxat Romanorum: *l. ius ciuile 6. l. omnes populi 9. ff. de iuſt. & iur.* Soli ſiquidem ciues illi ſunt, qui caput in ciuitate habere exiſtimantur. Cæteri omnes ſiue ſerui, ſiue peregrini pro nullis habentur; neque aut ciuili iure, aut prætorio, aut etiam extra ordinem computantur: *l. nullo modo 7. ff. ad leg. Cornel. de falſ. l. 3. 6. vlt. ff. de capit. minut. l. 1. §. hi quibus, de legat. 3. l. ſunt quidam, §. 1. ff. de pæn.* vbi ἀπόλιδες & extorres iſti quoque appellantur, qui per deportationem, aut veterem illam aquæ & ignis interdictionem, in cuius locum ſucceſſit deportatio, amiſerunt ciuitatem, quam antea habuerunt. Hoc verò cur ita? niſi quia per huiuſmodi pœnam ad peregrinitatem rediguntur, vt loquitur Vlpian. *in l. ſed ſi hac lege 10. §. ſed ſi per pænam, ff. de in ius vocand.* id eſt fiunt peregrini. Cur ergo melioris conditionis erunt, qui ciues Romani nunquam fuerunt, quàm qui fuerunt aliquando, ſed eſſe deſierunt? Nec eſt quod quis dicat, totam hanc ciuium & peregrinorum differentiam, ſublatam eſſe generali conſtitutione Imp. Antonini, quæ omnes quotquot erant in orbe Romano homines, ciuitate Romana donauit: *l. in orbe romano 17. ff. de ſtat. homin. & Nouell. 78. vt libert. de cæter. §. vlt.* Non enim alios ciues Romanos fecit Antoninus, quàm qui patriæ ſolius conditione impediebantur, ne ciues Romani eſſent, hoc eſt quòd alibi, quam Romæ nati fuiſſent; non etiam, illos, qui quamuis in Romana ciuitate nati, alia tamen de cauſa impediebantur ne ciues Romani eſſe, dicíve poſſent; vt putà quòd nati eſſent ſerui vel quod eſſent libertini dedititij, aut Iuniani. In ſumma fecit Antoninus, vt qui extra Romanam ciuitatem nati erant, perinde ciues Romani cenſerentur, ac ſi in ciuitate nati fuiſſent: At nō item, vt ciues Romani fierent ij quoque qui propria conditione perſonæ impediebantur ne ciues eſſe poſſent, quãuis in ciuitate nati proponerentur, vt iam diximus ad *Princ. 3. ff De lib.* Ergo ad eos naturales liberos, de quib. nunc agimus, ea conſtitutio Antonini pertinere non potuit, cum eo tempore, & ad Conſtantinum vſque ſiue pro nullis, ſiue pro peregrinis haberentur, non quod Romæ nati non eſſent, ſed quia illi etiam qui Romæ nati erant, ſine patre nati eſſent, fieríque non poſſet vt ἀπόλιδες, non eſſent, qui erant ἀπάτορες quomodo illos Iuſtinianus vocat in *§. ſi aduerſus, inf. hoc tit.* In eóque turpiter hallucinatus eſt Andr. Alciat. *lib. 4. parer. cap. 5.* à Gabriele Palæoto Card. Illuſtriſſ. *in tract. illo ſuo perelegranti. De noth. & ſpur.* non male ob eam cauſam reprehenſus. Quod ſi naturales iſti ad poſteriorum vſque Impp. tempora, pro nullis, aut peregrinis habiti ſemper ſunt, haberíque debuerunt; conſequens eſt vt indubitato iure fuerint illi ſucceſſionum omnium incapaces, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato. Nam cùm hæreditates omnes tam teſtamentariæ, quàm legitimæ, non niſi per legem obueniant, & deferantur; *l. lege obuenire 130. iunct. l. verbis legis 120. ff. de ver. ſign.* propter eas rationes, quas attulimus

l. ius ciuile 6. l. omnes populi 9 ff. de iuſt. & iur.

R 4 ad

ad *Princip. 5. ff. De iur. natur. gent. & ciuil.* fieri non poteſt, vt quiſquis legibus incognitus eſt, cuiuſmodi ſunt quicunque ciues Romani non ſunt, is teſtamenti factionem habeat aut actiuam, aut paſſiuam; neque rurſum vt ab inteſtato cuiquam ſuccedere communi iure poſſit, aut denique aliud quidpiam facere, quod aliquam cum iure ciuili conſortionem habeat, & communionem. Quam in rem textus ſunt aptertiſſimi, in *d. l. 1. §. in quibus, de lega. 3. d. l. ſunt quidam 17. ff. de pœn. d. l. ſed ſi hac lege 10. §. ſed ſi per pœnam, ff. de in ius vocand. l. ſed ſi conditiom 6. §. ſolemus, ff. de hared. inſtit. l. 1. l. nec apud 7. C. eod. l. 1. C. de emancip. lib. l. 1. ff. ad leg. falcid.* cuius in ſecundo capite verba illa fuerunt, *Quicunque ciuis Romanus poſt hanc legem rogatam teſtamentum faciet, is quantam cuique ciui Romano pecuniam iure publico dare legare volet*, &c. vt appareat ciuem Romanum eſſe vtrumque oportere, & eum qui teſtatur, & eum cui teſtamento relinquitur. Quid inquies, An non in Pandectis noſtris quàmplurimi loci ſunt de patribus, & liberis naturalibus, & quidem deſumpti ex reſponſis aliiſque liberis prudentum veterum, qui multis ante Conſtantinum ſeculis floruerunt? Ita ſanè eſt. Vt in *l. vlt. ff. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt, l. Lucius 45. De vulg. & pupill. ſubſtit. l. naturali 7. ff de confirm. tutor. l. Lucius 88. §. Dama, de legat. 2. l. vxorem 41. §. pater naturalis, de leg. 3. ex facto 17. §. ſi quis rogatus, ff. ad SC. Trebell. l. omnes 17. §. Lucius, ff. quæ in fraud. credit. l. libertinum 4. C. de interd. matrim. int. pupill.* Idque nimirum fuit, quod tam malè habuit Palæotum, virum alioquin eruditiſſimum, elegantiſſimum, præcelsáque illa Cardinalatus dignitate, qua functus eſt, digniſſimum. Non enim potuit ille aſſequi & intelligere, quomodo verum eſſe poſſit quod diximus ex Iuſtin. *d. Nouell. 89* naturalium liberorum nomen, ante Conſtantini tempora, legibus noſtris incognitum fuiſſe; neque vllibi niſi in Codice ſcriptum eſſe. Debuit autem animaduertere, quod certè veriſſimum eſt, Iuſtinianum tota *d. Nouell. 89.* loqui de iis naturalibus, qui ex ciue Romano & ex concubina ſuſcepti ſint. Superiores autem omnes Pandectarum locos, de iis qui in ſeruitute concepti ſunt, ſiue ex patre ſeruo & ancilla, ſiue ex patre ſeruo & matre libera, vt conſtat apertiſſimè ex *d. l. vlt. de his qui ſui vel al. iu. ſunt.* iunct. *l. vl. ff. de adop. d. §. ſi quis rogatus,* iunct. *l. cum pater 77. §. volo, de lega. 2. l. vl. ff. de iur. delib. l. 3. C. de ſolut. matr. l. ex libera 6. C. de ſuis & legit.* Sed apertiùs, ſi fieri poteſt ex *d. l. 88. §. Dama, de legat. 2.* in nota illa Claudij ad Scæuolam, *quia creditur appellatione filiorum & naturales liberos*, ideſt, inquit, ille, *in ſeruitute ſuſceptos contineri.* Et ex *d. l. libertinam 4. C. de interd. matrim.* iis verbis, *filio ſuo naturali quem in ſeruitute ſuſceperat poſtea manumiſſo.*

l. naturali 7. ff. de confir. tutor.

l. 3. C. ſolut. matr. l. ex libera 6. C. de ſuis & legi.

Quòd ſi pergas quærere, Cur liberi in ſeruitute ſuſcepti, prudentibus naturales dicti potiùs ſint, quàm qui in concubinatu; itémque patres, qui in ſeruitute liberos genuiſſent ex ancilla, quàm ciues Romani, qui genuiſſent ex concubina, quandoquidem non minùs ſine patre ſunt, qui in ſeruitute ſunt nati, quàm qui in concubinatu; nec fauorabilior debet eſſe conditio natorum ex ſeruo, qui iure ciuili pro nullo habetur, vt diximus, quàm ſuſceptorum ex ciue Romano, licèt etiam ex concubina? Reſpondebo meliorem fuiſſe conditionem eorum qui in ſeruitute ex contubernio ſuſcepti eſſent, quàm illorum qui ex ciuibus Romanis in concubinatu; quia licèt tam hi, quàm illi extra iuſtas nuptias & illegitimè ſuſcepti eſſent, nihil tamen contra leges peccauerat ſeruus, qui cùm legibus ipſis matrimonium contrahere prohiberetur, quod non niſi inter liberos homines, ciuéſque Romanos contrahi poterat; *l. 3. C. de inceſt. nupt.* aliam coniunctionem iuſtiorem, magíſque licitam inire nullam poterat, quàm quæ contubernij nomine cenſeretur. Quod enim inter liberas perſonas matrimonium erat, id inter ſeruos Contubernium dicebatur. At peccabat contra leges ciuis Romanus; aut ſaltem erat quod poſſet ei imputari, qui cùm iuſtos liberos ex iuſtis nuptiis ſperare & poſſet & deberet, malebat tamen habere concubinam; nihil enim vnquam adeò curæ fuit ciuili Legiſlatori, quàm vt ciues ſuos ad iuſtas nuptias contrahendas inuitaret, ac vt iuſta legitimáque ſobole ciuitas repleretur: *l. 1. ff. ſolut. matrim. l. hoc modo 64. de condit. & demonſt.* Propoſitis in eam rem publicè præmiis ei, qui & iuſtam vxorem duceret, & iuſtos ex ea liberos haberet: Ac contrà viciſſim pœnis ei, qui vel orbus, vel cœlebs eſſet, vt ſuprà diximus *ad Princip. 1. tit. praced.* & conſtat ex Vlpiano *in Fragmentis.* Itaque nihil cauſæ erat, cur liberos ex concubina ſuſceptos Legiſlator ciuilis agnoſcere deberet pro liberis naturalibus, aut patrem pro patre naturali, quos è contrario inuitis legibus natos habebat quàmmaximè exoſos, tanquam eos qui non tantùm ciuitati Romanæ, ſed etiam ipſi naturæ peregrini eſſent: vt vtar verbis Impp. licèt alio ſenſu ſcriptis in *l. multi 6. C. de maleſi. & Mathe.* Eos verò qui in ſeruitute ſuſcepti eſſent, cur exoſos lex haberet, quos meliùs naſci prohibuiſſet? Quòd ſi parentum innocentia facere nequit, vt eo magis legitimi iuſtíque liberi ſint, qui ex iuſtis nuptiis neque nati ſunt, neque naſci potuerunt, quidni ſaltem faciet, vt naturalium liberorum & ius & nomen aſſequatur? Non quidem durante ſeruitute. (Seruitus enim quæ facit vt hi omnes pro nullis habeantur, nec illud quoque pati poteſt, vt vlla iuris ciuilis parte parentes liberíque naturales dicantur: Aliquem namque eſſe neceſſe eſt, priùs quàm, aut pater aut filius naturalis dici quis poſſit, cùm ſint iſtæ qualitates, quæ non poſſunt eſſe ſine ſubiecto:) ſed ita demum ſi ex ſeruitute tam parentes, quàm liberi, manumiſſi proponantur: quo demum tempore tam hi, quàm illi incipiunt habere caput in ciuitate, ac proinde digni eſſe qui iam nomen aliquod à lege habeant; non quidem legitimorum, quod non magis ex poſtfacto iis acquiri poteſt, quàm illud fieri vt retrofingantur liberi fuiſſe tempore ſeruitutis, ſed naturalium, cùm negari non poſſit inter ſeruos quoque ſicut & inter liberas perſonas naturalem eſſe cognationem, naſcíque eam ex ſeruilibus etiam coniunctionibus, quoniam natura nullam inter liberos & ſeruos differentiam agnoſcit: *l. adoptiuus 14. §. ſeruiles, de rit. nupt. l. quod attinet 32. de regul. iur.* Eóque ſenſu naturales parentes & liberos in iure noſtro dici, ſi hoc eſt ſecuta demum manumiſſione, apparet ex ſuperioribus locis, præſertim ex *dict. §. Dama, d. l. vlt. ff. de iur. delib. d. l. 4. C. de interd. matrim.*

l. 3. C de inceſt. nupt.

l. adoptiuus 14 § ſeruiles D. de rit. nupt.

Dices, concubinatum iure ciuili prohibitum non eſſe, quin potiùs permiſſum, cùm ex legibus ipſis nomen aſſumpſerit: *l. 3. ff. de concub.* vbi ex hoc infert Marcianus, huiuſmodi coniunctionem extra legis pœnā eſſe: Ac proinde nihil

obſtare

Digitized by Google

obſtare quominùs qui ex concubinatu naſcuntur, ſaltem naturalium liberorum nomen mereantur, vt & ad eum locum Bart. ratiocinatur. Reſpondeo concubinatus quidem nomen eſſe legitimum, ideſt, legibus introductum, ſed non ideò tamen conſequens fieri, vt concubinatus legitimus ſit, & iure ciuili permiſſus. Verius enim eſt, nec prohibitum eſſe, nec permiſſum; ſed licitum, vt loquitur *l. ſi qua 5. C. ad SC. Orfic.* & toleratum, vt alia pleraque etiam alioquin illicita tolerantur ſæpenumero in Republica, quantumuis bene conſtituta, ne quid deterius contingat. Cuiuſmodi non pauca poterant accidere Romæ ſtupra, & adulteria, in tanta ſcilicet quanta priſcis illis Romanis ſemper fuit diuortiorum licentia, & impunitate. Cúmque non alia tolerandi concubinatus ratio fuerit quàm vt multorũ neque matrimonia, neque diuortia quærentium incontinentiæ conſuleretur, non etiam vt per eiuſmodi coniunctionem ciuitas hominibus, qui monſtrorum inſtar eſſent partémque nullum haberent repleretur; Apparet ex iſta concubinatus tolerantia nihil poſſe inferri fauore liberorum ex concubina ſusceptorum, quo magis aut liberi debeant dici naturales, aut patrem habere naturalem. Qui enim liberos naturales optabant, quidni iuſtas contrahebant nuptias, ex quibus liberos non modo naturales, ſed etiam legitimos ſperare potuiſſent? Itaque quamuis frequentiſſima in libris noſtris mentio ſit & concubinatum & concubinatus; vix tamen, ac ne vix quidem reperias vllo Pandectarum loco mentionem fieri, quod meminerim, liberorum ex concubina ſusceptorum: tantùm abeſt, vt eos videas vſpiam à Prudentibus dici liberos naturales, quod & disertè negat Iuſtin. *d. Nouell. 89. in prin.* cùm ait ante tempora Conſtantini fuiſſe inauditum Republica Romana nomen liberorum naturalium, nec niſi in Codice primùm ſcribi cœptum eſſe. Neque verò credendum eſt Romanas leges vnquam fuiſſe inductutas nomen concubinatus, ſi non cogente neceſſitate id fieri debuiſſet, vt illicitarum quoque coniũctionum diſcretio aliqua fieret, ac ea quæ nec prohibita erat, nec permiſſa, ſed tantùm tolerata, diſtingueretur à cæteris, quæ & crimen haberent, & conſequenter legibus publicorum iudiciorum vindicarentur. Cæterùm non fuiſſe concubinatum apud Romanos habitum pro iuſta coniunctione, id eſt, quam ius approbaret, ex eo intelligimus, quòd nec aliam vllam maris & fœminæ coniunctionem iuris naturalis eſſe Prudentes noſtri voluerunt præter eam quam nos Matrimonium appellamus, vt Vlp. loquitur in *l. 1. §. ius naturale, de iuſti. & iur.* Non alia de cauſa, quàm quòd hæc ſola ſit, cum ratione, ſolóque homine digna: Cæteræ verò omnes homini communes cum brutis animantibus quippe ad quas tam homines, quàm bruta, non niſi quodam naturæ inſtinctu & impetu ferri ſe patiuntur. Alioquí fuiſſet ſanè multò accommodatius exemplum iuris naturalis ex concubinatu ſumere, quàm ex matrimonio, ſi verum eſt, quòd notat Bart. ad *d. l. 3. De concub.* cõcubinatum manere in primis terminis iuris naturalis; Cùm habeat matrimonium per multa quæ ſunt ex iure ciuili, adeò vt non deſint qui aſſirment eſſe iuris ciuilis, quod nos tamen ſuprà, ſuóque loco refutauimus. Nec ad rem facit quòd Iuſt. ſcribit *d. Nouell. 89. cap. 1.* naturam ab initio, dum de filiorum procreatione ſanciret, ſcriptis nondum poſitis legibus, omnes ſimiliter liberos, & ſimiliter ingenuos produxiſſe, primiſque parentibus primos liberos ſimiliter quidem liberos, ſimiliter autem legitimos ab ipſa creatione factos fuiſſe. Non enim Iuſtiniani ſenſus ille eſt, vt potuerint vnquam legitimi liberi eſſe qui ex matrimonio ſuſcepti non eſſent, niſi forte tam ſtolidus quis ſit, vt putet neſciuiſſe illum, quòd Bar. non ignorauit, inter primos parentes noſtros Adamum & Euam inſtitutum contractumque à Deo Opt. Max. matrimonium priuſquam ex ipſis Abel & Cain naſcerentur; cùm etiam hodie poſt inductum concubinatum in liberæ mulieris conſuetudine, non concubinatus, ſed nuptiæ potiùs intelligendæ ſint, ſi non corpore quæſtum fecerit: *l. in libera 24. De ri. nup.* Sed hoc ſibi vult Iuſtinianus, primis illis innocentiæ temporibus, cùm ſuæ quiſque vxori & carni adhæreret, nec dum libidini & concupiſcentiæ locus apertus eſſet, nullam fuiſſe diſtinctionem inter liberos naturales & legitimos; cùm quiſquis erat naturalis, hoc ipſo eſſet legitimus hoc eſt, ex iuſta, ipſiuſque naturæ legibus cognita coniunctione ſuſceptus. Nec enim potuit concubinatus antiquior eſſe matrimonio, cùm ſit nomen concupiſcentiæ potiùs quàm naturæ, aut iuris ciuilis, vel naturalis. Tametſi iure ciuili comparatum, poſt inductas iuſtarum nuptiarum ſolemnitates, vt mulier quæ vxor dici non poſſet, ſi neque adulterij, neque ſtupri rea, neque aut palam proſtituta, aut pluribus iuncta eſſet, Concubina diceretur; itémque vt coniunctio omnis quæ neque iuſta, neque omnino prohibita, turpiſve & infamis legibus Romanis haberi poſſet, Concubinatus appellaretur. Æſtimatur enim concubina ex comparatione vxoris, quæ ſcilicet velut vxoris loco ſit, vt ait *l. iubemus 6. C. de natur. liber.* nec ab vxore differat, niſi dignitate; *l. item legato 49. §. parui autem refert, De leg. 3.* Idque eſt quod ſequitur apud Iuſtinianum, Bella, litéſque ex vna parte, libidines verò & concupiſcentias ex altera, totã rem hanc aliò tranſtuliſſe. Bellis namque inuentas ſeruitutes, libidinibus verò & concupiſcentiis (quem ille *caſtitatis caſum* vocat) naturales tam liberos, quàm parentes: Atque ita ex eo tempore deſiiſſe filios omnes naſci liberos & legitimos, cœpiſſéque legitimos dici eos duntaxat, qui ex iuſtis nuptiis eſſent ſuſcepti. At non ſimiliter ait Iuſtinianus, exinde naturales quoque dici cœpiſſe illos, qui extra iuſtas nuptias nati proponerentur: Neque verò ita potuit Iuſtinianus aut ſcribere aut ſentire, quin ſecum pugnaret; cùm priùs dixerit, naturalium nomen ipſum prorſus incognitum fuiſſe ad tempora vſque Conſtantini. Quid ergo? Pro alienigenis, pro nullis, denique pro non hominibus habebantur, ſi non ex reſcripto Principis, aliterve legitimati eſſent, quod & innuit *l. 1. C. de natur. liber.* quæ nec legitimari eos patitur, ſi Senatoris, aut alterius eiuſmodi perſonæ illuſtris liberi proponantur. Sicut & concubina ingenua non putabatur habere matrisfamilias honeſtatem, libertina verò multò minùs, ſi alterius quàm patroni concubina eſſet: *l. probrum 41. in fin. ff. de rit. nuptiar.* Immo cum concubina ingenua ſtuprum committi dicitur, ſi ſit honeſtæ vitæ, id eſt, ſi nec obſcuro loco nata ſit, nec vulgo quæſtum fecerit, niſi ſit accepta cum teſtatione: *l. 3. ff. de concub.* Vt intelligamus concubinatum, licèt non prohibitus ſit coitus, inhoneſtum tamen eſſe, nihilque fauorabilius eſſe,

l. ſi qua 5. ad SC. Orfic.

d. Nouell. 89. in princip.

d. Nouell. 89. cap. 1.

leg. in libera 24. ff hoc tit. De ri. nupt.

l. 1. C. de natur liber.

l. § probrum 41 in fin. ff. hoc tit.

Digitized by Google

eſſe, quod pro concubinatu leges conſtituerint, niſi vt ſi extra crimen, nullámque pœnam mereatur. Vnus tantùm, quem obſeruauerim in toto iure noſtro, locus eſt, quo naturalis pater quis dicatur reſpectu illius etiam filij; qui non ſit conceptus in ſeruitute. Is eſt in *d. l. adoptiuus* 14. *l. adoptiuus 14. § 1. ff. hoc tit.* *§. 1. De rit. nupt. in illo ver. vnde nec vulgo quæſitam filiam pater naturalis poteſt vxorem ducere.* Sed non puto dubitari poſſe, quin totus ſit irreptitius, & ex gloſſa interpretis valde imperiti. Nam præter ſupradictum, & tam ſæpè repetitum teſtimonium Iuſtiniani noſtri, affirmantis nuſpiam *Naturalium* nomen in libris noſtris ante Conſtantini tempora vſurpatum fuiſſe, me illud etiam magis mouet, huiuſque interpretis inſcitiam apertius detegit, quod fieri nullo modo poteſt, vt ſciatur quiſnam ſit pater naturalis filiæ vulgò quæſitæ. Siquidem vulgo quæſita illa dicitur, quæ non magis ex hoc, aut ex iſto, quàm ex illo patre quæſita fuit. In ſumma cui non alius, quàm populus ipſe pater eſt. Et quamuis ſine patre eſſe dicatur, quiſquis extra iuſtas nuptias ſuſceptus eſt, licèt ex contubernio eorum natus ſit, qui coniuges credebantur, vt in ſpecie *§ ſi aduerſus, hoc tit. & d. l. 3. C. ſolu. matrim.* magis tamen verè & propriè ſine patre eſſe dicuntur, qui vulgo ſunt quæſiti: *d. §. ſi aduerſus*, qui ſcilicet patrem nullum demonſtrare poſſunt, id eſt non modò legitimum, ſed ne quidem naturalem: *l. vulgo concepti 23 ff. de ſtat. hom.* etſi tandem appellationem ad illos quoque accommodari placuit, qui patrem quidem habent, poſſúntque qualitercunque demonſtrare ſed eum quem habere non licet, vt putà adulterum, vel inceſtuoſum, vt eadem lex ait. Denique ſtatim ac fieri poteſt, vt credi & coniici nedum certò ſciri poſſit, an hic potius quàm ille pater ſit eius, qui vulgò quæſitus dicebatur, incipit non poſſe amplius dici vulgò quæſitus implicárque manifeſtam contradictionem, vt filiæ vulgò quæſitæ pater ſciatur naturalis. Sed & illud abſurdiſſimum eſt, vt filiam, alióſve liberos vulgò quærere vir dicatur. Fœminæ eſt, non viri quærere: viri autem, vt Cynicus ille, quamuis parum honeſtè dicebat, ſed nolo. Quin etiam hodie poſt inductum toi Imperatorem conſtitutionibus, vsúque receptum naturalium nomen, non aliis tamen liberis nomen illud *Naturalium* Imperatores datum voluerunt, quàm ſi & indubitatus fuerit affectus viri erga concubinam in domo retentam, & indubitata proles filiorum in eadem domo natorum, vt Iuſtin. loquitur in *d. Nouell. 89. cap. 12.* *d Nouel. 89. cap. 12 incip. Diſcretis igitur, §. ſi quis autem.* incip. *Diſcretis igitur, §. ſi quis autem defunctus.* Quanto minus igitur credendum eſt ab vllo ex antiquis Prudentibus dictum fuiſſe *patrem naturalem filia vulgò quæſita?* Feſellit interpretē, quod Paulus in verbis præcedentibus ſcribit, patrem qui filiam ſeruitute ſuſcepit, non poſſe illam vxorem ducere, poſtquàm ex ſeruitute ambo manumiſſi ſunt, *etſi dubitetur*, inquit, *patrem eum eſſe.* Putauit enim huic conſequens eſſe, vt perinde dici poſſit filiæ vulgò quæſitæ patrem naturalem, ducere illam non poſſe, quaſi nihil interſit an filia vulgò quæſita ſit, at verò in ſeruitute, ex eo patre, de quo an pater ſit dubitetur. Nec animaduertit differentiam inter hos caſus illam eſſe, quòd filia vulgò quæſita nemo omnino eſt de quo magis quàm de alio quolibet ex populo dubitari poſſit, an ſit pater. Cùm verò in ſeruitute ſuſcepta eſt, licet adhuc dubitetur an is pater ſit, qui ex matris contubernio filiam habuit, quia pater certus eſſe non poteſt, niſi quem nuptiæ demonſtrant, *d. l. 3. C. ſolut. matr.* eius tamen de quo dubitatur perſona talis eſt, vt de alio nullo ſpecialiter dubitari æquè poſſit, an pater ſit. Et ideò rectiſſimè conſtitutum eſt, vt non poſſit vxorem eam ducere, cuius ipſe verus & indubitatus pater eſſet, ſi pro contubernio matrimonium habere potuiſſet. Cui ſimile nihil eſt in filia vulgò quæſita, quæ ſcilicet non magis patrem vllum habet, de quo an ſit pater dubitari poſſit, quàm de quo non poſſit: vt proinde fateri oporteat, neminem eſſe in toto populo, qui non poſſit eam vxorem ducere quiſquis tandem ille ſit, id eſt etiamſi ex iis, qui probentur cum ipſius matre rem aliquando habuiſſe: Alioqui cùm neſciri poſſit quis habuerit, vel non habuerit rem cum ea, quæ vulgò quæſtum fecit, paulatim dicendum eſſet, nullum omnino in ciuitate forè cui poſſet ipſa nubere, ne aliter poſito iure fortaſſis eueniret, vt nuberet patri. Quod tamen dicere quàm ridiculum futurum ſit, nemo negauerit, niſi qui tam imperitus, ſtultúſque fuerit, quàm interpres ille qui verſiculum hunc, quem nos tollimus, in Pauli textum induxit. Maneat igitur pro certo & indubitabili, quod Iuſtin. *d. Nouel. 89.* teſtatur nullam in libris noſtris ante Conſtantini tempora *naturalium* factam eſſe mentionem: ac proinde quos nunc filios naturales dicimus fuiſſe omnino incapaces, qui vel teſtamentum facere poſſent, vel aliis ipſi ſuccedere, ſiue patribus agnatiſve aut cognatis patris, ſiue extraneo cuilibet, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato. Idcirco autem loquor de patribus cognatiſque patris, quia quod ad matrē attinet, ſicuti ſemper certa illa eſt, *d. l. quia ſemper 5. ff. de in ius vocan.* *l. quia ſemper 5 ff. de in ius vocand.* ita perinde naturales iſti liberi, atque legitimus quilibet filius, matri ſuccedere ab inteſtato, & nunc poſſunt, & iam olim potuerunt, ex quo per Senatuſconſultum Orficianum cœpit inductum eſſe, vt matribus ab inteſtato defunctis liberi ſuccedere ab inteſtato poſſent: *l. 1. §. 2. ad SC. Tertyl.* Nec tantùm matri, ſed etiam auiæ, ex Modeſtino ſcriptum eſt in *l. Modeſtinus* 8. iunct. *l. 2. verſic. itaque ff. vnd. cognat.* Ratio eſt quia ex Senatuſconſultis Tertylliano & Orficiano hæreditates ſic deferuntur, vt perſonæ naturaliter deſignentur, id eſt, non ciuili nomine, quale eſt ſui hæredis, aut agnati, de quibus locuta eſt lex 12. tab. ſed naturæ & ſanguinis. Deferuntur enim *matri*, & *filio*, quæ ſunt nomina naturalia, vt eleganter Paulus tractat in *l. tutelas 7. ff. de cap. min.* & conſequenter ad eos omnes pertinentia, quos naturæ & ſanguinis ratio agnoſcit. In quorum numero non poteſt quin etiam vulgò quæſiti liberi, quod ad matrem pertinet contineantur, nedum liberi naturales, quos naturæ incognitos non eſſe, vel ipſum *naturalium* nomē demonſtrat, cùm natura ſit omnibus communis *l. hos accuſare 12. §. pen. C. de accuſ.* *l. hos accuſare 12. §. pen. ff. de accuſ.* Itaque non poteſt hic obiici quod diximus, non alios poſſe iure ciuili ab inteſtato ſuccedere, quàm qui ſint legibus cogniti, ciuéſque Romani. Excipiendi enim ſunt caſus, in quibus ipſum ius ciuile, cuius partem Senatuſconſulta conſtituunt, ſpecialiter in contrarium induxit, vt illi etiam qui alioqui peregrini haberentur, hæredes eſſe poſſint, vt hic factum eſt, vocatis ad maternam hæreditatem non ſuis hæredibus, aut agnatis, aut ciuibus, quæ omnia nomina cùm ſint iuris ciuilis, conuenire iis non poſſent quos ius ciuile non agnoſceret,

Digitized by Google

agnoſceret; ſed filiis indiſtinctè, ac proinde qualeſcunque ij ſint, ſiue ex iuſtis nuptiis, ſiue ex concubinatu, ſiue in ſeruitute ſiue vulgò quæſiti; Omnes enim quod ad matrem attinet, æquo iure filij ſunt, nec certior eſt mater quæ ex iuſtis nuptiis quàm quæ vulgò filium quæſiuit. Nouum autem eſt, vt illi quoque qui peregrini ſunt, admittantur ad communionem iuris ciuilis, ad eum vſque modum, qui iure ipſo ciuili ſit inductus: vt eleganter & apertè probari poteſt ex *d.l.1.C.de emancip. liber.* Nam ſi in ea ſpecie, lex municipij poteſt alienigenam admittere ad conſortium iuris ciuilis, quanto magis idipſum facere potuerunt Senatuſconſulta, quæ de matribus & liberis omnibus in cauſa mutuæ ab inteſtato ſucceſſionis locuta, generale ius publicúmque ea de re induxerunt? Eo autem iure ex Senatuſconſultis inducto, vt & matri filius, & filio mater ab inteſtato ſuccedere poſſet, facilè fuit Prætori etiam illud inducere, vt maternis cognatis omnibus non tantùm legitimi matris liberi, ſed etiam vulgò quæſiti ſuccedere ab inteſtato poſſent, & iis viciſſim cognati materni, Ex eo nimirum capite, *Vnde cognati* vocantur; inſpecta ſcilicet naturali æquitate & ſanguinis ratione, quam ſolam Prætor ante oculos habet, illa præſertim edicti parte, quæ nudam habet Prætoris indulgentiam; neque ex iure ciuili originem vllam habet: *l.in princip.d.l.2. & l. ſi ſpurius 4. ff. vnd. cognat.* Quare nec diſtinguimus an matri ſint alij iuſti & legitimi liberi, quaſi non niſi iis deficientibus admittendi ſint vulgò quæſiti. Omnes enim & legitimi & illegitimi, cùm æquè ſint liberi, quemadmodum diximus, perinde ſimúlque admittuntur, non ſecus ac ſi ex diuerſis matrimoniis ſuſcepti eſſent: *l. matris 4. ff. ad SC. Tertyll. l. cùm aliis 4. in fin. C. de ſecund. nupt. l. ſi qua illuſtris, in fin. 5. C. ad SC Orfic.* Illa tantùm diſtinctio admittenda eſt, quam Iuſtinianus induxit in *dicta leg. ſi qua illuſtris.* An illuſtris mulier ſit, liberóſque iuſtos & legitimos habeat illa, de cuius hæreditate ab inteſtato contenditur. Hoc enim caſu & duobus iſtis concurrentibus, noluit Iuſtinianus ei poſſe ſuccedere ſpurios, ſi quos etiam habet, idque tamen contra iuris antiqui, quod antea obtinuerat, rationem. Porrò ita conſtituto iure per ſenatuſconſultum Orficianum, vt filius etiam vulgò quæſitus matri ſuccedere ab inteſtato poſſet, illud quoque tacitè ac quodammodo in conſequentiam neceſſariam induci neceſſe fuit, non ſolum vt filium ſpurium teſtamento inſtituere mater poſſet, alioquin ad ea vſque tempora, vt diximus, incapacem tanquam peregrinum, ſed etiam vt ſi teſtamento eum præteriiſſet mater, aut in minore quàm legitima portione inſtituiſſet, haberet ille querelam inofficioſi teſtamenti, ex eáque cauſa matris teſtamentum reſcinderet, vt eo reſciſſo ad legitimam ſucceſſionem admitteretur: *l. ſuſpecta 29. §. de inofficioſo, ff. de inoff. teſtam.* Ius enim querelæ inofficioſi teſtamenti, neque aliis prodeſſe poteſt, quàm qui ab inteſtato ſucceſſuri erant, ſi teſtamentum factum non fuiſſet: *l. 1. l. Poſthumus 6. in princip. eod.* neque aliam cauſam habet, quàm quòd nulli permittendum ſit vt impiè ac impunè prætereat, vel exhæredet eum, quem & pietatis & ſimul iuris coniuncta ratio ad ſpem ſucceſſionis vocabat. Atqui abſurdum eſſet ac iniquum, dari querelam filio ſpurio, quantumuis ab inteſtato matri ſucceſſuro, ſi in matris etiam volentis poteſtate non fuiſſet, hæredem eum inſtituere aut legitimam ſaltem portionem in teſtamento ei relinquere: cùm hoc colore inofficioſum teſtamentum reſcindatur, quaſi non ſanæ mentis fuerit is, qui contra officium pietatis teſtamentum ordinauit: *l. 1. eod.* quod nemo dixerit de illo, cui nihil poteſt imputari: *dict. leg. poſthumus, verſ. quid ergo.* An igitur quia perinde filio ſpurio mater ſuccedit, ſimiliter dicemus eandam matri querelam inofficioſi teſtamenti, ſi à filio ſit illa vel præterita, vel exhæredata? Id vtique ſuperioribus conſequens videtur. Sed tamen non ita eſt, neque vllo iuris loco ita ſcriptum reperias. Nempe, quia non quemadmodum ius quæſitum ſpurio ex Senatuſconſulto, vt matri ab inteſtato ſuccedere poſſit, fecit, & neceſſariò facere debuit filium capacem capiendi ex teſtamento matris; Ita & è contrario ius acquiſitum matri, vt ſuccedere filio ſpurio inteſtato, potuit capacem facere filium, vt quod antea nunquam potuerat, exinde teſtari poſſet. Nam præter id, quod ius teſtandi nihil commune habet cum iure habendi hæredis inteſtati, nec quicquam vetat pro inteſtato haberi eum quoque qui teſtari nullo modo potuerit, vt cernere eſt in pupillo, furioſo, prodigo, & ab hoſtibus capto: *l. 1. in princ. ff. de ſuis & leg.* differentia inter ſpurium eiúſque matrem hac parte euidens illa eſt, quòd ſpurij mater cùm ciuis Romana ſit, teſtamentum iure communi facere poteſt, nec in eam rem nouo iure indiget. Spurius verò cùm ſit peregrinus, non magis matrem quàm alium quemlibet hæredem inſtituere poteſt, cùm omnino non habeat teſtamenti factionem. Nec quod cœperit poſſe matrem ab inteſtato hæredem habere ex SC. Tertylliano, teſtamenti quoque factionem actiuam ei acquirere debuit, cùm tantò magis futura ei ſit mater hæres ab inteſtato, quanto minùs licebit filio teſtari. Quæ omnia ad matris, cognatorúmque maternorum ſucceſſionem pertinentia hic interſerere ideò neceſſe fuit, quoniam cum eo quòd conſtitueramus, toto iure vetere liberos ex concubina ſuſceptos, pro peregrinis & incapacibus habitos fuiſſe, pugnare maximè videbatur. Ergo vt cætera quę ad patris, agnatorúmque hæreditatem ſpectat, perſequamur, dicimus iis omnibus, quos nunc *naturales* appellamus, non ſecus ac ſpuriis quibuſlibet, non ſolum interdictum ſemper fuiſſe iure faciendi teſtamenti, ſed nec habuiſſe illos ius vllum ſuccedendi ſiue patribus ſuis, ſiue patris agnatis, ſiue alij vlli extra matrem, cognatiſque ex matris latere venientes, neque ex teſtamento, neque ab inteſtato, neque ciuili iure, neque prætorio, ad tempora vſque poſteriorum Imperatorum, Arcadij nimirum & Honorij, quorum eſt *l. 2. C. de natur. liber.* qua factum fuit & inductum, vt etiam matre vel legitimis filiis, vel nepotibus aut pronepotibus cuiuſcunque ſexus, vno, pluribúſve exiſtentibus bonorum ſuorum vnam tantùm vnciam pater naturalibus filiis ſeu filiabus, eorúmque genitrici vel ſi ſola concubina ſit ſemunciam largiendi relinquendique habeat facultatem: Ita tamen vt ſi quid vltra modum conceſſum relictū ipſis fuerit totum id legitimis filiis, vel matri, vel ſi illi non ſint cæteris ſucceſſoribus reddatur. Ante illam conſtitutionem nihil in toto iure noſtro liberorum naturalium fauore conſtitutum reperitur. Etſi enim ipſorum iam meminerat Conſtantinus;

l. 1. in prin. l. 2. l. ſi ſpurius 4. ff. vn. cogn.

l. ſi ſuſpecta 29. § de inofficioſo. ff de inof. teſtam.

l. 1. d. l. poſthumus 6. verſ. quid ergo, eod.

Differentia inter matrem ſiue vulgò quæſiti & ſpurium vulgò quæſitum.

Digitized by Google

Conſtantinus, cuius eſt *l. 1. eod. tit.* nihil tamen in ea lege conſtituit in eorum fauorem, ſed potiùs in odium & necem ipſorum, vt Senatores, ſeu Præfecti, vel quos in ciuitatibus duumuiritatis aut ſacerdotij ornamenta condecorant, infamiæ maculam ſubeant, & à Romanis legibus alieni fiant, ſi ex ancilla, vel ex ancillæ filia, vel liberta, vel libertæ filia, vel ſcenica, vel ſcenicæ filia, vel tabernaria, vel tabernariæ filia, vel humili abiectáve perſona, vel lenonis, vel arenarij filia, vel quæ mercimoniis publicè præfuit, ſuſceptos filios in numero legitimorum habere voluerit, aut proprio iudicio, aut Imperatorij prærogatiua reſcripti. Ita vt quicquid talibus liberis pater donauerit, ſeu illos legitimos, ſeu naturales dixerit, totum in retractum legitimæ ſoboli, ſi qua ſit, reddatur; ſin nulla, fratri aut ſorori: Si neque hi ſint, aut patri, aut matri. Sunt & alia eadem conſtitutione expreſſa. Sed quod ad rem noſtram facit; obſeruandum eſt, non tractari *ea lege* de liberis ex concubina ſuſceptis, ſed ex ea quam Senator, aut Præfectus, aut alius in præcipua aliqua dignitate cóſtitutus vxorem duxiſſet contra leges, ac proinde de ſuſceptis extra iuſtas quidem nuptias, ſed tamen in figura matrimonij, vt apparet ex illis verbis, *ſeu illos legitimos, ſeu naturales dixerit.* Quis enim vnquam dixit legitimos liberos, quos ex concubina ſua ſuſceperit? Iam autem monuimus *ad Princip. præcedens*, Senatoribus prohibitum fuiſſe, ne quas ex ſupradicto mulierum genere vxores ducere poſſent, & ſi contra factum eſſet, matrimonium nullum, nullas nuptias contractas dici potuiſſe. Sed tamen ea res facere non poterat, quin plures ſibi blandientes dicerent legitimos liberos, quos ex eiuſmodi coniunctione ſuſcepiſſent, præſertim quia legitimi eſſe poterant vno caſu; nimirum ſi ex indulgentia Principis tales nuptiæ permiſſæ eſſent: *l. ſi Senatori 31. De rit. nupt.* Quæ ſi nulla præceſſerat, ſolebant Patres, vt hæc ipſa Conſtantini lex demonſtrat, ad Imperatoris reſcriptum confugere, vt liberorum ſtatum confirmarent, eóſque ex illegitimis legitimos facerent. Quid verò aliud erat facere legitimos; niſi facere vt legibus eſſent cogniti, qui alioquin erant peregrini? Quid item eſſe quem illegitimum, niſi hoc ipſum, ſe omnino legibus incognitum, à legibus alienum, nullam prorſus cum legibus & iure ciuili communionem habere, tanquam peregrinum? Bene verò & accommodatè Conſtantinus voluit, vt quiſquis ex Senatoribus, aliiſve huiuſmodi perſonis illuſtribus, tales liberos ex illegitimis & peregrinis legitimos per reſcriptum etiam Principis facere vellet, ac ciues Romanos, fieret ipſe peregrinus, & eorum omnium incapax, quæ propria eſſent ciuium Romanorum. Id enim eſt, quod iubet conſtitutio fieri eos à Romanis legibus alienos. Ex quo apparet nihil tota ea lege pro naturalibus iis liberis, de quibus nũc agimus, inductum eſſe, niſi quid eorum nomen antea omnino incognitum, nec vnquã in legibus noſtris vſurpatum, primus Conſtantinus in leges inuexit. Cæterùm tantum abeſt, vt teſtandi ſuccedendiúe ex teſtamento, aut ab inteſtato viam iis præcluſam aliquo modo caſúque recluſerit, vt è contrario legitimationis ex reſcripto Imperatoris obtinendæ viam, quæ in id vſque tempus illegitimis iſtis omnibus patuerat, iis præcluſam voluerit, qui conſtitutionis verbis continentur. Fuit ſanè alia lex eiuſdem Conſtantini, prætermiſſa quidem *in Codice*, ſed relata renouatáque per Zenonem in *l. Diui Conſtantini 5. C. eo. tit.* qua Imperator optimus, iam tùm vt credibile eſt Chriſtianam religionem profeſſus conſtituit, vt nati in concubinatu ex ingenua muliere, conuerſo tandem concubinatu in matrimonium, ſui & legitimi fierent, ita demum ſi neque iuſta vxor, neque iuſta ſoboles vlla ſupereſſet. Quanquam non placuit exceptio iſta ſummis Pontificibus, quorum legibus certum eſt legitimationem per ſubſequens matrimonium non eo minùs fieri, quòd alij legitimi ſuperſint, dummodò neque vxor alia ſit, neque aliud quidquam per quod ſequens matrimonium impediatur: *c. tanta*, vbi Canoniſt. *Extr. qui filij ſint legit.* quod & Iuſtin. ſenſit in *l. cùm quis 10. & ſeq. De nat. lib.* vt ille ipſe interpretatus eſt *Nouel. 12. de inceſt. nupt.* Primi ergo Imperatores Arcadius & Honorius fuerunt, qui naturalibus & illegitimis aperuerunt ad ius legitimum viam, vt Iuſtin. loquitur *d. Nouel. 89. ca. 1. verſ. Imperatoria verò conſtitutiones*, hoc eſt, capaces eos fecerunt accipiendi aliquid, ſcilicet vnciam ex teſtamento, *d. l. 2.* Vt intelligamus verum eſſe, quod ſuprà diximus, fuiſſe antea ipſis præcluſam viam illam: Alioquin aperiri tandem nec debuiſſet, nec potuiſſet. Adieci *ex teſtamento*, quia vt ab inteſtato ſuccederent, nunquã fuerat iis aperta via ante *dict. Nouell. 89.* qua inductum fuit, vt nullis liberis legitimis ſuperſtitibus, nulláque legitima vxore, poſſint illi cũ matre concubina ſuccedere in duabus vnciis ab inteſtato. Idem enim Iuſtinianus in *l. vlt. C. de natur. liber.* producens ad nepotes idem ius, quod in filiis primi gradus obtinebat, eadem retenta loquendi formula, ita ſcripſerat: *Iura etenim ab inteſtato in aut ſucceſſionem nemini eorum penitus aperimus.*

Poſt Arcadium & Honorium, ſecuti Imperatores Theodoſ. & Valentin. ius illud quod naturalibus apertum iam erat, vt ex teſtamento vnciam capere poſſent, quamuis exiſtentibus legitimis, ita ampliarunt, vt ſi quis naturalem duntaxat fœcunditatem ſortitus, ſeu liber ipſe, ſeu curiæ nexibus obligatus eſſet, & tradendi ciuitatis curiæ filios naturales aut omnes, aut quos, quémve ex iis maluiſſet, eius ciuitatis curiæ, vnde ipſe ortus fuiſſet, & in ſolidum hæredes eos ſcribendi, qui ſcilicet curiæ oblati eſſent, liberam haberet facultatem. Id enim primum ac præcipuum caput eſt conſtitutionis, quæ extat in *l. 3. eod. tit.* Cui rectè ſubiungitur *l. 4.* quæ eſt Imperatorum Leonis & Anthemij, quæ ius huiuſmodi naturalium curiæ oblatorum ita auxit, vt iis viam aperuerit ſuccedendi etiam ab inteſtato, nullius nimirum legitimis liberis ſuperſtitibus. Sic enim accipiendam eſſe apparet, non ex eo ſolùm, quod refert ſe conſtitutio ad præcedentem Theodoſij legem, ſed etiam ex illis verbis, *& paternorum omnium bonorum ab inteſtato heredem.* Quomodo namque poſſet illegitimus ab inteſtato hæres eſſe in ſolidum patris, qui legitimum quoque filium reliquiſſet? Quanquam hoc ipſum etiam correctum tandem eſt per Iuſtin. in *l. communium 9. §. vlt. eod.* ampliatúmque ius illegitimorum per oblationẽ curiæ legitimatorum, vt etiamſi pater habeat liberos legitimos, non eo minùs tamen poſſit naturales curiæ offerre, atque ita eos ſibi facere legitimos ſucceſſores. Sed hac lege, vt minimè liceat ei ſiue per donationem, ſiue per vltimam voluntatem amplius eidem filio naturali dare, vel relinquere quàm vni filio dederit, vel reliquerit

l. 1. eod.

l. ſi Senatori 31. ff. de rit. nupt.

l. Diui Conſtantini 5. C. de natur. liber.

l. vltim. C. de natur. lib.

l. communiũ 9. §. vlt. eod.

Digitized by Google

querit ex legitimis, cui minima portio data vel relicta ſit.

a l. 4. C. eo.

Illud verò obſeruandum eſt, quod in *d. l.* 4. ſcribunt Impp. in hæc verba: *& ii qui naturalem filium habens, hortantibus legibus, vltro ad inſtar legitimi filij municipalibus eum voluit aggregare muneribus.* Oſtendunt enim illegitimum, quandiu illegitimus eſt, muneribus municipalibus aggregatum non eſſe, quod ipſum quid aliud eſt, quàm non eſſe municipem? & conſequenter nec ciuem, non ſolùm Romanæ ciuitatis, ſed nec ipſius in quā natus proponatur: *l.* 1. §. 1. *ff. ad municip.* Porrò munera cùm dicimus, ciuilia intelligimus, *l.* 1. *& tot. tit. ff. de muner. & honor.* quorum proinde quiſquis capax eſt, eum neceſſe omnino eſt ciuem eſſe. Quod omnium apertiſſimè expreſſit Iuſtinianus *d. Nouell.* 89. *c.* 11. incip. *generaliter, in fi.* vbi pro ſynonymis iſta accipit, & rectè, *tranſire ad ciuitatem Romanam & tranſire ad ius legitimorum.*

L. 1. §. 1 ff. ad municip.

Succeſſit conſtitutio Anaſtaſiana, de qua in *l. iubemus* 6. *eod tit. C. de natur. liber.* quæ permiſit vt naturales liberi per adrogationem legitimi & ſui fieri poſſent; ita tamen ſi legitimi nulli exiſterent: ſed eam conſtitutionem ſuſtulit Iuſtinus in *l. legem Anaſtaſij* 7. *eod.* non quod legitimis liberis, qui excepti erant, iniuriam aliquam feciſſe videretur, ſed tanquam à Reipublicæ dignitate & vtilitate alienam, quod ciues Romanos ad iuſtas nuptias contrahendas potiùs inuitandos, ad concubinatum magis allicere videretur. Id enim eſt quod Iuſtinus ſcribit. *In poſterum verò ſciant omnes, legitimis matrimoniis legitimam ſibi poſteritatem quærendam, ac ſi prædicta conſtitutio lata non eſſet: Iniuſta namque libidinum deſideria nulla de cætero venia defendet:* Et in fine legis, *cum nimis ſit indignum, nimis item impium flagitiis præſidia quærere, vt & petulantia ſeruire liceat, & ius noménque patris, quod eis denegatum eſt, id altero legis colore præſumatur.* quibus verbis apparet concubinatum ſignificari, quaſi qui vel flagitium & petulantia ſit, vel ſaltem tale quid quod à flagitio & petulantia non valde diſtet. Quamquam non deſunt qui putent Iuſtinianum, paternæ illius conſtitutionis immemorem, propemodum Anaſtaſianam legem in vſum reduxiſſe, *Nouel.* 117. *Vt liceat matri & auia, cap.* 2. §. *ad hoc autem*: cuius capitis autoritate inductum putant, vt hodie permiſſa ſit legitimatio per adoptionem. Sed iudicio meo, non ita eſt. Id enim tantùm eo loco Iuſtinianus conſtituit, vt ſi quis filium aut filiam habens de libera muliere, cum qua nuptiæ conſiſtere poſſunt, dicat in inſtrumento, ſiue publica ſiue propria manu conſcripto, & habente ſubſcriptionē trium teſtium fide dignorum, hunc aut hanc, filiū ſuum eſſe, aut filiam, nec adiecerit *naturalem*, huiuſmodi filios eſſe legitimos. & nullam aliā probationem iis quæri, ſed omni eos frui iure, quod legitimis filiis conferunt leges. An quia per ſolā nominationē (nam neque de adoptione lex illa loquitur, ſed de ſola nominatione) legitimi effecti dici poſſint? Minimè. Sed quia pater cùm filios eos vocauit, hoc ipſo probauit ſe non concubinatum, ſed legitimum matrimonium cū eorum matre habuiſſe, ita vt neque ab ea pro nuptiarum fide probatio alia ſit exigenda. Itaq; nominatio ſola non facit ex naturalibus legitimos, ſicut nec facere poteſt vt nuptiæ reuera præceſſerint, quæ nullæ præceſſerunt, ſed tantummodo inducit probationem nuptiarum, vt nec alia probatio exigi poſſit, nec de illo amplius quæri, an huiuſmodi liberi fuerint aliquando naturales, non magis quàm ſi alio quolibet concludentis probationis genere nuptiæ probarentur. Sunt autem iſta longè diuerſa. Ex nominatione induci ius legitimitatis, vt cùm Interpretibus loquar, & probari legitimitatem: *arg. l. Publia* 26. §. 1 *Depoſit.* Legitimitas non inducitur niſi ex iuſtis & legitimis nuptiis: Sed iſtæ nuptiæ probantur ex eo ſolo, quod pater filium nominauerit illum, de quo dubitari alioquin poterat, an legitimus eſſet, an naturalis. Nam & citra nominationem, & ante Iuſtinianum, iam ita fuit comparatum ius vetus, vt in liberæ mulieris conſuetudine, non concubinatus, ſed nuptiæ intelligendæ eſſent, ſi non corpore quæſtum feciſſet: *l. in libera* 23. *ff. de rit. nup.*

Nouell. 117. *Vt lic. matr. & auia, cap.* 2. § *ad hoc autem.*

leg. in libera 23 *ff. hoc tit. De rit. nupt.*

Dices, Ad quid ergo neceſſaria fuit conſtitutio illa Iuſtiniani, quæ tamen ius nouum præſefert apertiſſimè? Reſpondeo fuiſſe neceſſariam, quia Chriſtiana religio iam fecerat, vt ab eo iure vetere receſſum eſſet, nec tam facilè matrimonij Sacramentum præſumi poſſet inter eos, qui nihil egiſſent propter quod in matrimonio potiùs, quam in concubinatu vixiſſe credi deberent. Nam & idem Iuſtinianus *Nouell.* 74. *quibus modis natur filij effic. legit. c.* 5. §. *quoniam autem*, iam conſtituerat, vt non aliter haberi deberet vxor pro legitima, quæ tabulas dotales nullas haberet, quàm ſi & ea mente acceptam ſe à viro, & quod magis eſt iuſiurandum à viro in eam rem præſtitum fuiſſe probaret. Quorum neutrum tamen hodie neceſſe eſt, dummodò conſtet aliquem ex liberis eiuſmodi coniunctione procreatis, filium à patre nominatum ſimpliciter fuiſſe. Igitur non pro liberis naturalibus legitimandis ſcripta eſt ea lex Iuſtiniani, ſed pro legitimis, qui tamen alias conditionis ſuæ, legitimique ſtatus probationes nullas haberent. Et verò nihil minus cogitaſſe Iuſtinianum, quàm vt patris conſtitutionem tolleret, ex eo intelligimus, quod eam ipſam expreſſim confirmat *d. Nouell.* 89. *cap.* 11. §. *adoptionis*, excluſa iterum Anaſtaſiana, quaſi quæ caſtitatem non perfectè conſiderauit. Huc etiam addito. Non eſſe decens vt quæ bene ſemel excluſa ſunt, rurſus in Remp. introducantur. Cœpit tamen Iuſtinianus quoque fauere tandem naturalibus liberis. Eo primùm inducto, vt ſi neque vxor legitima, neque iuſti liberi vlli ſupereſſent, poſſet inſtitui filius naturalis nō tantùm in tribus vnciis, quod præteritis legibus fuerat conſtitutum, ſed in ſemiſſe hæreditatis, ſi pater naturalis ita voluerit, ſuámque voluntatem ſiue teſtamento, aut qua alia vltima voluntate, ſiue dotibus, ſiue donationibus declarauerit. Idque ſolo humanitatis intuitu; vt ait *l. humanitatis* 8. *C. de natur. liber.* in cuius fine obſeruandum eſt, quod in hæc verba Iuſtinianus ſcribit: *Hæc autem in futuris tantummodò teſtamentis, vel vltimis voluntatib. vel dotibus, vel donationibus locum habebunt.* Vt appareat etiam poſt illam legem non fuiſſe naturales, & illegitimos liberos, capaces aliquid à patre capiendi ſupra tres vncias, nec ſi legitimi nulli ſupereſſent: ſuperſtitibus verò legitimis, ne obolum quidem vnum ſupra vnam vnciam: quoniam erat iis omnino obſtructa præcluſáque via ſuccedendi, non miniùs ex teſtamento, aut alio iudicio patris, quàm ab inteſtato, niſi quibus caſibus, & quatenus, i. ad quem vſque modum vel hæc, vel illa Imperatoris alicuius conſtitutione via aperiebatur.

l. humanitatis 8. *Co. de natur. liber.*

Digitized by Google

Quod idem Iuſtin. non obſcurè tractat *d. Nouell. 89. in princip.* ita ſcribens, *Deinde paullatim in mediocritatem clementémque ſententiam Imperatores tranſeuntes, leges poſuerunt, Alij quidem & dari & relinqui aliquid eis à patribus concedentes.* Sequitur in Codice alia conſtitutio eiuſdem Iuſtiniani in *l. communium 9. d. tit.* de naturalibus liberis per oblationem curiæ factam legitimandis, h. e. ſi pater naturalis filium naturalem offerret curiæ ciuitatis, ex qua erat oriundus, aut ad quam villa, vel vicus in quo filius natus erat, pertinebat; eo animo vt filius in ordinem decurionum legeretur, & muneribus atque oneribus omnibus eius loci ſubiiceretur, ſiue populi, ſiue actorum teſtimonio in eam rem implorato: *l. 3. eo tit.* Huius verò legitimationis ſingulare ius fuit, ex ea Iuſtiniani conſtitutione, vt qui ſic legitimatus eſſet, ſoli patri ſuo legitimus fieret, at non etiam aſcendentibus, aut deſcendentibus, aliiſve agnatis patris; Cùm tamen qualiter legitimantur, ſiue per Principis reſcriptum, ſiue per ſubſequens matrimonium, quæ omnium optima, vtiliſſima, & honeſtiſſima legitimatio eſt, agnationis iura pleniſſimè, & quod ad omnes, & quod ad omnia conſequātur; *dict. Nouell. 89. cap. 4* Sed & in eo, qui per oblationem curiæ legitimatus eſt, ſingulare ius induxit Iuſtinianus, vt ſi alij ſint legitimi liberi, non plus huic dare vel relinquere liceat, quàm cui minus ex legitimis datum ſit. Rurſum de iis qui per ſubſequens matrimonium legitimantur, duæ extant eiuſdem Iuſtiniani *in Codice noſtro* conſtitutiones, quarum prior quæ eſt in *l. cùm quis 10.* induxit fauore naturalium ante inſtrumenta dotalia conſcripta editorum, vt non minùs iuſti liberi cenſeantur, quàm qui poſtea editi ſunt, eodémque in omnibus iure cenſeantur: Quaſi credibile ſit, prioris ſobolis adfectione allectum patrem, vt de matrimonio cum ſua concubina contrahendo cogitaret: Poſterior verò, quæ eſt in *l. nuper. 11. e.* ſubiecta eſt ad tollendam eorum interpretationem, qui putabant non aliter pro iuſtis haberi liberis poſſe illos, qui ante conſcripta inſtrumenta dotalia ſuſcepti eſſent, quam ſi viuis adhuc ipſis, alij quoque liberi ex eodem matrimonio poſt dotem datam ſuſcepti ſupereſſent. Vult enim Iuſtinianus ſufficere talem adfectionem habuiſſe patrem, vt poſt liberorum editionem, & dotalia confecerit inſtrumenta, & ſpem tollendæ ſobolis habuerit; nec anterioribus liberis fortuitus caſus noceat, etiamſi quod ſperatum fuit non peruenerit ad effectum: nato verò poſt dotem datam poſthumo, non ſolùm liberos antè natos, fieri iuſtos & legitimos, ſed & poſthumum ipſum naſci iuſtum & legitimum, ac ſi viuó patre natus fuiſſet, ne qui aliis adiutorium adfert, ſibi ipſi opitulari non poſſit. Sed & eadem conſtitutione generaliter conſtitutum eſt, vt in huiuſmodi quæſtionibus omnibus, in quibus de ſtatu liberorum dubitatio eſt, non conceptionis, ſed partus tempus inſpiciatur, fauore ſcilicet liberorum. Exceptis ob eam cauſam iis tantummodo caſibus, in quibus infantium vtilitas ſuadeat, vt ex inſtanti conceptionis eorum conditio potiùs æſtimetur. Et hæc quidem omnia ſunt, quæ de liberis illegitimis ſcripta legimus in noſtro Codice, quod attinet ad cauſam ſucceſſionis. Hoc enim addendum eſt, quia de illorum tutela Iuſtinianus cauit, primúſque induxit in *l. vlt. C. de confirm. tutor.* vt liceat patri naturali filio ſuo tutorem relinquere, ſed tamen in his tantummodò rebus, quas ipſe pater ei quocunque modo dederit, aut reliquerit; ſcilicet intra præfinitum ſupradictis legibus modum. Item hac lege, vt ab huiuſmodi tutore datus pater non priùs poſſit gerere res pupillares, quàm apud competentem iudicem fuerit confirmatus. Ex quo apparet duo valde ſingularia, & contra vulgares iuris regulas in hoc tutelæ genere inducta fuiſſe. Primùm illud, vt quamuis tutor non rebus, ſed perſonæ dari ſoleat, ideóque nec certarum rerum vel cauſarum dari poſſit, nec certis rebus deductis, *l. certarum 12. cum duabus ſeqq. ff. de teſt. tut.* hic tamen non tam perſonæ filij naturalis, quàm rebus, quæ ad illum à patre naturali peruenerunt datus intelligatur. Alterum illud, vt egeat hic tutor confirmatione, quamuis & iuſto teſtamento datus ſit, & ita omnino, vt Iuſtiniani lege inductum & conſtitutum fuit, hoc eſt quod ad res paternas duntaxat: Cùm tamen regulare ſit, vt qui à patre tutor datus eſt, non aliter confirmatione indigeat, quàm ſi aut non iuſto teſtamento, aut non ita vt lege præcipiebatur datus proponatur: *l. 3. ff. de conf. tutor.* Sed vtrumque fit eadem ratione, quia cùm tutelæ datio ſit ex legibus, quibus incogniti ſunt filij naturales, pendeátque ius dandi tutoris ex patria poteſtate, quæ cùm ipſa etiam ſit ex legibus, nulla patri naturali eſſe poteſt in liberos naturales, apparet fieri non poſſe vt filio naturali tutor detur à patre, niſi quatanus noua illa conſtitutio Iuſtiniani permiſit & induxit. Idémque iam olim obtinuit in iis liberis, quos Iureconſulti naturales dicebant, id eſt vt ſuprà iam interpretati ſumus, qui non ex concubinatu, ſed ex contubernio in ſeruitute ſuſcepti eſſent. De quibus Hermog. in *l. naturali 7. ff. de confirm. tutor.* Nam nec illos quamuis manumiſſos, in patris poteſtatè fuiſſe conſtat, niſi & Principis beneficium & liberorum voluntas interueniret: *l. vlt. ff. de ſtat. hom. l. vlt. ff. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt.* Quamquam valde mihi ſuſpectum eſt, quod in *d. l. naturali* ſcriptum video, *cui nihil relictum eſt.* Vereorque ne ſit additio illa Triboniani reſpicientis ad Iuſtiniani conſtitutionem in *d. l. vlt. C. eod.* cuius verba cùm iuris noui inductionem præſeferant, cogunt nos fateri non fuiſſe antea permiſſum patribus naturalibus vllo caſu, vt tutores liberis iure darent; nequidem in iis bonis, quæ à ſe ad liberos illos ſuos naturales perueniſſent. Et tamen quod Hermogenianus ſcribit in *dict. l. naturali*, tutorem à patre naturali datum ex inquiſitione confirmandum eſſe, non video quomodo ad Iuſtiniani conſtitutionem accommodari poſſit; cùm eo caſu, quo Iuſtinianus voluit filio naturali tutorem à patre dari poſſe, id eſt quo pater ei bona aliqua dederit, aut reliquerit, non aliud exigat Iuſtiniani conſtitutio, niſi vt tutor ille à iudice confirmetur, quod quemadmodum ſimpliciter & indiſtinctè prolatum eſt, ita proculdubio ſimpliciter accipi debet, vt confirmatio illa fiat ſine inquiſitione: quomodo & alia fieri ſolet, quoties à patre non iure tutor datus fuit, in quo plus iuris habet tutor, qui à patre, quàm qui à matre, vel à patruo, vel ab alio quolibet ius dandi tutoris non habente, datus fuit: *l. 1. §. & ſi quidem, leg. 1. l. tutores 5. iunct. l. ſeq. l. in confirmando 8. ff. de confirm. tutor. l. 1 C. eod.* Atqui Hermog. in *d. l. naturali*, ſcribit, tutorem filio naturali à patre fruſtra, id eſt nullo iure datum, ex inquiſi-

d. l. communium 9. Cod. de natu. lib.

l. cùm quis 10. C. de natur. liber.

Certarū rerum vel cauſarum tutor dari non poteſt.

Tutor iure datus non indiget confirmatione.

Manus Triboniani in d. l. naturali.

Plus iuris habet tutor qui à patre malè datus fuit, quàm qui vel à matre, vel à patruo.

Digitized by Google

inquiſitione confirmandum eſſe. Nihil igitur intereſſe poteſt, an filio naturali pater ille aliquid reliquerit, an non. Nec enim deterioris conditionis eſſe debet pater naturalis quàm patruus, aut mater, aut patronus, aut extraneus quilibet, à quibus dati tutores licèt nullo prorſus iure, tamen confirmandi ſunt ex inquiſitione, tum etiam cùm nihil pupillo reliquerunt. Nam ſi poneres patronum, vel quemuis extraneum impuberi, quem hæredem inſtituerit, tutorem dediſſe, & nihil præterea in bonis pupillum habere, dicendum eſſet iudicium eius omnimodo ſequendum fore citra vllam inquiſitionem: *l. ſi patronus 4. cum ſeq. ff. eod.* Cur non ergo confirmabitur ſaltem ex inquiſitione tutor datus à patre naturali, qui nihil filio reliquerit? Quid enim effectu ipſo refert, an vltrò tutorem det Prætor, an ex inquiſitione illum, quem alius nominauit? Quod ſi qua in re plus iuris hac parte deberet habere pater naturalis qui filio aliquid, quàm qui nihil reliquiſſet, vtique hactenus ei fauendum eſſet, vt ab eo datus tutor citra inquiſitionem confirmaretur. Ex eo itaque quod Hermog. inquiſitionem exigit, intelligimus non niſi ſuperfluè, nulloque ſenſu adiici potuiſſe verba illa, *cui nihil relictum eſt.* An igitur magis fauebimus tutori, quem pater naturalis dederit filio ex concubina ſuſcepto, quàm ei qui datus ſit filio nato in ſeruitute, vt ille confirmetur citra inquiſitionem, hic verò non niſi cum inquiſitione? Ita eſt, verùm non ex iuris ratione aliqua, ſed ex ſola Iuſtiniani conſtitutione. De naturalibus enim, quos Iuriſprudentia iam cognouerat, nihil Iuſtinianus conſtituit, quia nec fuit neceſſe, cùm in iis tam certum eſſet ius & exploratum, nimirum vt tutor iis à patre dari non poſſet defectu patriæ poteſtatis, datus tamen confirmandus eſſet à Prætore, ſed cum inquiſitione. De aliis verò qui toti antiquæ Iuriſprudentiæ fuerant incogniti, & à Conſtantino primùm *naturales* appellati, duplex ius nouum induxit. Primum in eo, vt pater naturalis tutorem iis dare poſſet, nempe quod ad illa duntaxat bona, quæ ipſis reliquiſſet. Deinde in eo vt tutor hic à Prætore confirmandus quidem eſſet, ſed ſine inquiſitione. Quod ad primum, minus iuris habent naturales liberi, qui ex concubina, quam qui in ſeruitute nati ſunt. Etſi enim vtriſque commune illud eſt, vt ipſo iure neutris tutor dari poſſit citra confirmationem; in hoc tamen differunt, quod filio in ſeruitute ſuſcepto datus tutor, non ſolùm quod ad bona, quæ à patre ad filium peruenerint, ſed & quod ad cætera omnia confirmandus eſt: qui verò filio nato ex concubina datus fuit, ſicut non niſi in bonis à patre ipſo profectis dari potuit ex priuilegio Iuſtinianeo, ita nec quod ad alia bona confirmari poteſt à Prætore. Et ratio differentiæ illa eſt, quia quod pater naturalis filio in ſeruitute ſuſcepto tutorem ſi non dare, tamen nominare poteſt, qui ſaltem cum inquiſitione confirmari debeat, fit ex iure communi, quod non magis patitur, vt certorum bonorum tutor à Prætore confirmari poſſit, quàm vt à patre tutor dari: *d. l. certarum 12. ff. de teſtam. tutel.* Quod verò pater filio ex concubina ſuſcepto tutorem nominare poteſt, fit ex ſolo beneficio conſtitutionis Iuſtinianeæ, quæ priuilegium ſicut dedit, ita & limitauit. Vtrumque contra iuris communis rationem, quæ ſicut ante Conſtantinum quidam eſſent iſti naturales neſcierat, ita nec ante Iuſtiniani conſtitutionem illam vnquam permiſerat, vt certarum rerum tutor vel dari poſſet, vel confirmari. Quod ad ſecundum autem caput nouæ conſtitutionis, minus iuris habent naturales liberi ſuſcepti in ſeruitute, quàm qui ex concubina, in eo videlicet, vt iis datus à patre tutor, non niſi præcedente inquiſitione confirmari poſſit; aliis verò datus, confirmandus ſit citra inquiſitionem: ſeu fortaſſe, quod eius, qui tutorem dedit, licèt dare non potuerit, iudicium tamen ſequendum eſt quod ad illa ſaltem bona, quæ ab ipſo prouenerunt, quoties nimirum vel ſeparatio bonorum fieri poteſt, vel nihil eſt quod de ſeparatione tractari poſſit; vt putà, ſi aliunde quam ab ipſo teſtatore bona nulla habeat pupillus: *d. l. ſi patronus 4. ff. de confirm. tutor.* vbi additur conditio illa, *ſi extra ea bona nihil in bonis habeat pupillus.* quia toto illo Pandectarum iure inauditum erat, quemadmodum diximus, vt in tutore dando, vel confirmando, fieret ſeparatio bonorum; hoc eſt vt pro certis bonis tutorem pupillus haberet, pro aliis nullum haberet. Concludamus igitur, ea verba, quæ tollimus in *d. l. naturali: Cui nihil relictum eſt*, Triboniani eſſe, non Hermogeniani, potiùſque ſcribi debuiſſe, *cui nihil reliquerit pater*, vt caſus ille excluderetur, quo aliquid ab alio quolibet huic filio naturali relictum eſſet. Non enim an aliquid ab alio relictum ſit inſpici voluit Iuſtinianus, ſed an ei pater ipſe aliquid reliquerit. Poſſet quis fortaſſe hæc ipſa verba interpreti alicui, perinde ac Triboniano adſcribere, ſi quis in Tribonianum humanior eſſe vellet. Sed malo adſcribere Triboniano, quem video etiam alio loco, ac multò periculoſiore veterem Iuriſprudentiam, quod ad naturales liberos attinet, ex Imperatoriis conſtitutionibus deprauaſſe. Is locus eſt in *l. ex facto 17. § ſi quis rogatus 1. ff. ad SC. Trebell.* vbi cùm Vlpianus ita ſcripſiſſet, *Si quis rogatus fuerit, vt ſi ſine liberis deceſſerit reſtituat hæreditatem, Papinianus lib. 8. reſponſorum ſcribit, etiam naturalem filium efficere vt deficiat conditio.* Tribonianus reliqua omnia quæ *in eo §.* ſequuntur, de ſuo ſubiecit; *Et in libertino eodem conliberto hoc ſcribit. Mihi autem quod ad naturales liberos attinet, voluntatis quæſtio videbitur eſſe, de qualibus liberis teſtator ſenſerit; ſed hoc ex dignitate, & voluntate, & conditione eius qui fideicommiſit accipiendum erit.* Nam ſi verum eſt, vt eſt quod idem Tribon. ſibi parum conſtans refert, teſtatúrque *d. Nouel. 89.* Naturalium liberorum nomen, Prudentibus omnibus, & ad tempora vſque Conſtantini fuiſſe incognitum, niſi ad ſignificandos eos qui in ſeruitute ſuſcepti fuiſſent, de quibus etiam ſolis Papinianus reſponderat in *l. cum pater 77. §. volo, de legat. 2.* quantam obſecro diſtinctionem potuerunt hic Iureconſulti inducere, de qualibus liberis teſtator ſenſiſſet? de qualibus, inquam, naturalibus liberis? (ſic enim haud dubiè Tribon. ſenſit) cum iis temporibus non niſi vna, eadémque naturalium omnium ſpecies & conditio eſſet? Hodie ſanè cum illi etiam naturales liberi dicantur, qui nati ſunt ex concubina, aut alio illegitimo coniugio, plures diſtinctiones & inſpectiones poſſunt circa naturales occurrere, præſertim ex diuerſitate paternæ conditionis. Non enim eodem iure cenſentur naturales, qui ex Senatore aliáve perſona illuſtri, & qui ex plebeio ſuſcepti ſunt: *leg. 1. C. de naturalib. liber.* ſicut nec qui ex matre illuſtri, &

Duo inducta per Iuſtinianum circa tutelã liberorum naturalium ex concubina ſuſceptorum.

Ratio differentiæ inter tutorem quẽ pater naturalis dedit filio in ſeruitute ſuſcepto, & eum quem dedit filio ſuſcepto ex concubina.

Sunt hodie plures differentiæ naturalium liberorum, olim nulla.

qui ex plebeio ſuſcepti ſunt; *l. 1. C. de nat. liber.* ſicut nec ex matre illuſtri, & qui ex plebeia; *d. l. ſi qua illuſtris, C. ad SC. Orfic.* Sed hoc obiter dictum ſit. Alia etiam fuit Iuſtiniani conſtitutio circa tutelam naturalium liberorum. Ea extat in *l. vlt. C. quand. mul. tutel. offic. fung. pot.* Ita induxit Iuſtin. vt quod iam antea erat conſtitutum in liberorum legitimorum matre, vt eorum tutrix eſſe ſi vellet, poſſet; idem in naturalium quoque matribus obtineat, vt ipſorum tutrices eſſe poſſint. Addita etiam ratione, quod ſi in filiis iuſtis, in quibus & teſtamentariæ, & legitimæ ſunt tutelæ, his tamen deficientibus conceditur matribus ad prouidentiam filiorum ſuorum venire, multo magis in his caſibus, vbi legitima tutela euaneſcit, ſaltem alias eis dare humaniſſimum videatur. Ex quibus verbis obſeruandum eſt, vſque adeò legibus incognitos eſſe liberos naturales & illegitimos, vt ne nunc quidem, quamuis ex legibus ipſis nomen & ius naturalium liberorum acceperint, legitima tamen dici poſſit tutela, quæ ipſorum matribus defertur.

l. vlt. C. quand. mul. tut. offic. fung. pot.

Hucuſque diximus de naturalibus liberis primi gradus, quæcunque tam ad ſucceſſiones, quam ad tutelas ipſorum pertinent, ex iis Imperatorum conſtitutionibus, quas in Cod. ſcriptas habmus. De nepotibus verò quid dicemus? An fortaſſis eadem in ipſis, quæ in primi gradus liberis obtinuiſſe? Minimè. Nam cùm leges quæ de liberis primi gradus, & de patribus naturalibus duntaxat locutæ fuerant, nihil de nepotibus & auis cauiſſent, nouæque eſſent, & eius iuris correctoriæ, quod tot, tantiſque Prudentibus placuerat, conſequens fuit non debuiſſe extendi ad nepotes, ſed in iis vetus incorrectum remanſiſſe, quoadusque de nepotibus etiam cautum aliquid & conſtitutum fuit. Quod non obſcurè Iuſtinianus ſignificat *dict. Nouell. 89.* iis verbis, *paullatimque etiam ad nepotes proceſſerunt huiuſmodi legiſlationes:* quorum non ille tantùm ſenſus eſt, vt nepotes perinde ac filij legitimari poſſint; ſed ille etiam, vt quod priùs fuerat conſtitutum fauore naturalium & illegitimorum liberorum primi gradus, vt à patribus ſuis naturalibus capere aliquid poſſent, id poſtea ad nepotes quoque traductum, & protractum ſit, vt perinde ab auis ſuis capere iis liceret. Ne dubitare poſſimus aliquod fuiſſe tempus, in quo liberis naturalibus aliquid relinquere pater potuerit, auus tamen non potuerit; hoc eſt priuſquàm indulgentia Imperatorum liberis primi gradus conceſſa, nepotibus quoque indulta fuiſſet, ſiue per extenſionem, & interpretationem priorum conſtitutionum, quaſi ex rationis identitate factum id velis, ſiue per nouam aliquam & ſpecialem legem, quæ de nepotibus fuerit locuta. Quod certè multò credibilius eſt, & conuenientius iis verbis Iuſtiniani, quæ proximè retulimus. Etſi quænam ea conſtitutio ſit, quæ de nepotibus primum locuta fuerit, difficile eſt dicere, ſi non illa ipſa eſt, quam idem Iuſtinianus conſcripſit, & quæ extat in *l. vltima, Cod. de naturalibus liberis.* De quo vt nec ferè dubitem illud facit, quod *initio legis* ita Iuſtinianus ſcribit, *Cuidam qui filium iuſtum habebat nepos acceſſit naturalis, Si nepotis nomen huiuſmodi ſoboli legibus accommodandum eſſet, quærebatur.* Nam ſi ante illam conſtitutionem iam inductum erat nomen naturalium nepotum, quænam dubitandi ratio eſſe poterat, an naturalis nepotis nomen hic

De nepotib. naturalibus.

d. l. vlt. Co. de natur. liber.

mereretur, qui ex iuſto filio quamuis illegitimo patre ſuſceptus eſſet? Vtique enim de illo non quærebatur an legitimus nepos dici deberet, qui ex iuſto filio illegitimè natus fuiſſet. Duo igitur volebat auus in illa ſpecie à legibus impetrare. Primùm illud, vt hunc filij ſui legitimi filium illegitimum nepotem vocare, nepotiſque loco habere poſſet, quia nimirum videbat futurum, vt nihil poſſet ei relinquere, ſi non nepotis, ſed extranei loco & iure illegitimus ille habendus eſſet (alioqui quid intereſſet an nepos eſſet, an extraneus, ſi proinde ab extraneo, atq; à patre, aut ab auo capere illegitimo licuiſſet?) Idque probatur manifeſtiùs ex eo quod ſequitur apud Iuſtinianum: *Volebat enim tali naturali nepoti ex ſuo legitimo filio iã defuncto progenito totam ſuam ſubſtantiam relinquere.* Deinde volebat auus, vt quemadmodum patri concederetur filio ſuo illegitimo relinquere, ſiue inſtitutionis, ſiue alio quouis titulo; ita & ſibi liceret eodem humanitatis & pietatis intuitu inſtituere hunc nepotem, verùm non ad eum vſque modum tantùm, qui patris iudicio & liberalitati præſtitutus erat, hoc eſt vſque ad ſex vncias, ſed in totum aſſem: *quaſi ſacris conſtitutionibus* inquit lex, *tantùmmodò in filiis naturalibus prohibentibus totum patrimonium, ſine quantam partem voluerit eis relinquere, & certo fine partes eorum concludentibus.* Iuſtinianus autem priuſquàm ad propoſitam dubitationem reſpondeat, & vt generaliori conſtitutioni locum aperiat, præfatur in alio quoque nepotum illegitimorum genere idem quæri poſſe, adeóque iam quæſitum fuiſſe: cùm ait, *Huiuſmodi autem dubitatio & in alia ſpecie ventilata eſt. Quid enim,* inquit, *ſi ex naturali filio nepotem habeat auus legitimum patri ſuo, vel naturalem?* Siquidem tria omnino ſunt genera nepotum naturalium & illegitimorum. Alij ſunt naturales ex filio naturali & illegitimo, alij naturales ex filio legitimo. Alij denique nati ex naturali quidem filio & illegitimo, ſed legitimè iuſtiſque ex nuptiis, qui quamuis legitimi ſint patri ſuo, perinde tamen auo ſunt illegitimi, atque ſi patrem quoque naturalem & illegitimum haberent, quoniam fieri nequit, vt per medium inhabile ideſt, per mediam illegitimi patris perſonam auo legitimè coniungantur. Ideóque vt appareat eandem omnium rationem & conditionem eſſe, placet Iuſtiniano idem ius in omnibus conſtitui oportere. Sic enim ſcribit: *In omnibus itaque talibus dubitationibus,* & tota reliqua lege, non iam de nepote in numero ſingulari loquitur, ſed de nepotibus in plurali, facta de omnibus illegitimorum nepotum ſpeciebus generali deciſione. Rurſum antequàm in huiuſmodi nepotum illegitimorum fauorem quicquam conſtituat, præmittit verendum non eſſe, ne ſi quid humanius pro talibus nepotibus inducatur, vt ex aui iudicio & voluntate capere aliquid poſſint, paullatim illud quoque incipiat dici aliquid iis tanquam nepotibus & deſcendentibus, vel inuito auo relinqui oportere, quia cùm remaneant ſemper illegitimi, ij quoque qui ex legitimo matrimonio nati ſunt, naturali & illegitima ſobole interueniente, fieri non poteſt vt neceſſitas ex legibus immineat aliquid eis relinquendi. Neque enim à natura, licèt ex maxima ratione naturali, ſed ex legum ciuilium præſcripto & autoritate fit, vt pater filio, auus verò nepoti ex prædefuncto filio aliquid relinquere

compel

Digitized by Google

compellatur. Quæ tamen legum poteſtas & autoritas iis accommodari nequit, quos leges non agnuſcunt, cuiuſmodi ſunt iſti nepotes naturales & illegitimi, qui licèt tandem a legibus & nepotum & naturalium numen meruerint, non idcirco tamen legitimi ſacti ſunt, quia longè aliud eſt nepotum nomen à legibus habuiſſe, aliud verò legitimos effectus fuiſſe: Sicuti ſuprà diximus concubinatum habuiſſe numen à legibus, ex *l. 3 ff. de concub.* neque tamen legitimum idcirco fuiſſe, aut, etiamnum eſſe, quiſquam dicere benè poſſit, non magis quàm ſtuprum, inceſtum, & adulterium; quæ a legibus ſimiliter nomen habuerunt, nec idcirco tamen legitimæ coniunctiones dici puſſunt, ſed potiùs legitima crimina. Hoc igitur eſt, quod ſequitur apud Iuſtinianum, *cùm nulla legitima conſequentia in huiuſmodi perſonis cuſtoditur, ſed interuentu ſobolis naturalis, nullum ius legitimum ſubeſſe poteſt, vt neceſſitas relinquendi aliquid ex legibus immineat.* vbi notandum eſt, quod ait *interuentu ſobolis naturalis*, non de illo ſolo caſu accipi debere, quo pater qui medius eſt inter auum & nepotem fuerit naturalis, ſed de illo etiam quo pater ille fuerit legitimus, dummodò nepos illegitimus ſit. Vtroque enim caſu verum eſt, naturalem & illegitimam ſobulem interuenire, id eſt, adeſſe, neque legitimam conſequentiam in filiis & nepotibus aliter cuſtoditi, quàm ſi & legitimus filius ſit, & legitimus quoque ex filio nepus: Alioquin ſiue filius, ſiue nepos illegitimus ſit, legitimam ſucceſſionem, quam obſcurè magis quàm latinè *conſequentiam* Iuſtinianus vocat, interrumpi & deficere neceſſe eſt. Conſtitutionis autem ſumma hæc eſt, vt *liceat auis quantum voluerint ſubſtantia ſua in nepotes conferre*: id eſt, non ad certum vſque modum, quem ſex vnciis concludi in naturalibus liberis primi gradus idem Iuſtin. voluit, ſed quantum libuerit, adeóque totam ſuam ſi velint ſubſtantiam. Non enim eadem ratio nepotibus obſtat, quæ filiis, quod ad hanc rem attinet, vt auis data licentia relinquendi nepotibus perinde coarctari debeat, ac ea quæ patribus primùm conceſſa fuit, vt filiis ſuis naturalibus relinquere poſſent. Filiis naturalibus, vt lex ait, relinqui conſtitutiones quantum patres voluerint, ideo prohibuerunt, quia vitium paternum reſtænandum eſſe exiſtimarunt. In nepotibus autem, quicunque tandem illi ſint, nihil tale eſt quod tractari poſſit. Nam tùm quoque cùm ex filio naturali nepus naturalis ſuſceptus fuit, nullum aui delictum, aut vitium eſt circa nepotem, ac multò minus ſi ex filio legitimo nepos illegitimus, aut ex filio illegitimo nepos legitimus natus proponatur. Quæ tamen ratio, cauendum eſt, ne nos cum interpretibus fallat. Sic enim ab illis vulgò accepta eſt, vt à ſolo patre accipere prohibiti ſint naturales, non etiam ab auo, aut ab extraneo, quaſi non tam propria obſtet iis conditio, quàm odium vitij paterni, quod neque ad auum, neque ad alios agnatus, cognatóſve, longè minus autem ad extraneos porrigatur. At nos in ſuperioribus, quod veriſſimum eſt, non odiu patris, ſed ſola naturalium liberorum, de quibus nunc agimus, conditione factum eſſe, vt nihil iis ab initio relinqui potuerit, tanquam qui cùm eſſent illegitimi iam inde ab ipſis natalibus, nec ciues Romani eſſent, nec capaces vllius iuris, quod Romanorum legibus non niſi ciuibus Romanis deferretur: Qualia hæc ſunt, vt vel

Quomodo intelligenda ſit ratio poſita in d. l. vl. C. de natur. lib.

teſtamentum facere, vel ex teſtamentu capere permittatur. Cui cùnſequens eſt, vt quemadmodum ratio hæc generalis eſt, ita generaliter ius illud obtinuerit, vt non magis ex aui, aut agnati, aut cognati, aut etiam extranei, quam ex patris naturalis teſtamentu capere naturalis quiſquam poſſet. Tantúmque abeſt, vt vitij paterni odium cauſam dederit prohibitioni, vt è contrario patribus primùm, ac ſolis ab initio permiſſum fuerit filiis aliquid dare, & quidem humanitatis intuitu vt ait Iuſtinianus in *d. l. humanitatis* 8. *eod. tit.* Inhumanum enim videbatur, vt patres qui vitam dederant, nihil tamen dare poſſent, quo vitam illam miſerrimi filij tuerentur. Aui, agnatorum, cognatorum, extraneorum denique omnium alia ratio erat, qui ſicut vitam non dederant, ita neque humanitatis, neque alio vllo prætextu tam facilè poterant inuita Iuriſprudentia extorquere, vt erga eos, qui illegitimi; omninoque legibus incogniti eſſent, teſtamenti factionem, ne actiuam quidem habere deberent. Itaque delirant apertè interpretes, cùm illegitimos omnes vtramque teſtamenti factionem habere probant hoc argumento, quod vtramque habeant omnes qui modo prohibiti non ſint habere: Iſti autem non ab alio quàm à patre ſupra modum conſtitutum capere vllo iuris loco prohibiti reperiantur. Contra enim ſic potius ratiocinari debuerunt, Neminem habere teſtamenti factionem, ſiue actiuam, ſiue paſſiuam, niſi qui ſit ciuis Romanus, & legibus Romanorum cognitus, ex quibus proficiſcitur totum ius & teſtandi; & ex teſtamento aut alia vltima voluntate capiendi. Illegitimos porro tales non eſſe, cùm inde illegitimi dicantur, quod à legibus ſint prorſus alieni. Niſi quatenus ex poſteriorum Impp. conſtitutionibus capaces fieri cœperunt. Extra caſum igitur earum conſtitutionum, non poſſe quidquam eos capere ex teſtamento, ſiue patris, ſiue aui, ſiue proaui, ſiue agnati, ſiue cognati, ſiue extranei. Nec ergo inſpiciendum, aut quærendum eſſe, An capere prohibiti ſint, ſed an permiſſi: vt iam probauimus ex illis *Nouell.* verbis, *Alij quidem & dari & relinqui eis aliquid à patribus concedentes.* Prohibitio namque tunc probanda eſt, cùm agitur de iis excludendis, qui ſi prohibiti non eſſent iure aliquo ſpeciali, vtique ex iure communi admitterentur. Quod naturalibus liberis non conuenit, qui ſunt incapaces non lege aliqua ſpeciali, quomodo cæteri omnes, de quibus lex Iulia Papia, & aliæ latæ ſunt, ne capere quicquam poſſent, & ad quos pertinent iura omnia, quæcunque in libris noſtris de incapacibus ſcripta legimus, ſed ex ipſo iure communi, tanquam iuris Romani penitus expertes, & peregrini. Atqui non eo minùs ſunt illi peregrini, quòd agatur de capiendo ex teſtamento aui, vel proaui, vel cognati, vel extranei. Perinde igitur his quoque caſibus fuerunt, ſunt, & erunt incapaces, ac ſi de patris teſtamento & hæreditate ageretur, niſi quatenus nouæ leges iis fauent. Porrò nulla vſpiam lex eſt, quæ vllo omnino caſu permiſerit naturalibus, vt caperent ex vllius extranei teſtamento. Falſum igitur eſt quod vulgo creditur poſt Accur. *ad §. vlt. d. Nou. 89.* naturales, tanquam alios quoſlibet, ab extraneo hæredes inſtitui poſſe. Quare nec ſatis mirari puſſum virum doctiſſimum Iacobum Cuiaciũ, in iuris noſtri principiis, ſi quis vnquam alius, tam bene verſatum

Mala ratiocinatio interpretum.

(Ioannem Antonium Mauntium Doctorem meum ſemper excipio) neque propenſum facilè ad vulgarium interpretum errores adiuuandos, in hunc tamen errorem conſenſiſſe. Is enim ad 1. par Nou. 21. *de nupt.* ſcribit apertiſſimè filium naturalem patri quoque ex teſtamento hæredem eſſe olim potuiſſe in aſſem, ſicut extraneum quemlibet; quaſi verò fuerit ea capiendi licentia poſteriorum Imperatorum conſtitutionibus reſtricta, ac non potiùs tùm primum ab Imperatoribus inducta & indulta. Sed illud multò magis miror, quod idem Cuiacius ſcripſit in *par. at. ad tit. ff. de concub.* Concubinatum legitimam coniunctionem eſſe vt matrimonium, & liberos ex concubina ſuſceptos non eſſe ſpurios, ſed naturales, patremque habere, ſicut & illos qui ſuſcepti ſint ex contubernio, aut ex matrimonio, aut ex adoptione. niſi quod, inquit, ex concubinatu & contubernio pater naturalis eſt, ex matrimonio & adoptione iuſtus, ex ſtupro nullus. Quæ omnia ex iis quæ ſuprà diximus, legibúſque pro noſtra ſententia citatis tam euidenter refelluntur, vt nihil dici poſſit euidentius. Ex eo autem maximè quod ſi concubinatus legitima eſſet, vt ille vult, coniunctio, prorſus conſequens eſſet, vt patrem faceret non ſolùm naturalem, ſed etiam legitimum, & conſequenter, quod tamen ille ipſe negat, & rectè, iuſtum. Niſi fortè diſtinguendum putauit inter iuſtum, & legitimum. quam diſtinctionem tunc ego admittam non illibenter, cùm mihi perſuaſum erit ius hac parte à legibus differre: aut cùm quis pro Cuiacio, me docuerit, quid ſibi velit titulus ille *Nouell.* 74. *Quib mod. natur. filij effic. legit.* ſi eſſe naturalem hoc ipſum ſignificat, legitimum eſſe. Quid ergo eſt, inquies, quod Iuſtinian. ſcribit in *dicta lege* v'tim. *De natur. liber. Filiis enim naturalibus relinqui conſtitutiones quantum voluerint ideo prohibuerunt*, ſi prohibitio nulla intercesſerit? Reſpondeo conſtare ex ſuperioribus ita Iuſtinianum ſcripſiſſe, quoniam poſteriores Imperatores, cùm fauore liberorum naturalium, & humanitatis intuitu permiſerunt filiis naturalibus, vt ad certum vſque modum capere poſſent, hoc ipſo prohibuerunt ne quid ſupra modum illum capere poſſent, hoc ne quid extra modum illum de iure veteri & communi derogatum intelligeretur. Itaque non de illa prohibitione loquitur Iuſtinianus, quæ ſpecialiter & expreſſim facta ſit, ſed de illa quæ tacitè conſequens ſit licentiæ datæ capiendi ad certam vſque quantitatem, id eſt quam præceſſerit non permiſſio iuris communis, vt vulgò interpretes malè opinantur, ſed permiſſio iuris noui ab Imperatoribus inducti contra ius ipſum commune. Non alio planè ſenſu, quam ſi pro verbo illo *prohibuerunt*, ſcriptum eſſet *non permiſerunt*, quomodo ſcripſiſſet, ni fallor, Tribonianus, ſi aut elegantius loqui didiciſſet, aut vereri potuiſſet futurum aliquando, vt in tam aperto iure interpretes omnes cæcutirent. Atque ita etiam accipi deberet quod ſequitur in eadem Iuſtiniani conſtitutione, *Sobole enim legitima ſubſiſtente, veterum conſtitutionum tenorem in naturalibus filiis ſtatutum, & in nepotes extendimus.* Senſus namque eſt, non vt extenſione aliqua & ſpeciali lege opus ſit ad excludendos nepotes naturales, ne ex aui teſtamento capere quicquam poſſint, ſi qua ſoboles adſit legitima (ſufficiebat enim quod non fierent capaces, cùm ipſo iure iam excluſi eſſent tanquam alienigeni & peregrini.) Sed quia factis illis capacibus ex noua illa Iuſtiniani lege, dubitari poterat an legitima quoque ſobole ſubſiſtente perinde capaces facti eſſent, ni Iuſtin. expreſſiſſet eo caſu ſe veterum conſtitutionum tenorem, quæ de filiis latæ fuerant, ad nepotes extendere. Quod ipſum nihil aliud eſt, quam eo caſu incorrectum manere ius vetus, ex quo erant illegitimi omnes, & omnium, & ab omnibus incapaces. Quid enim aliud prioribus conſtitutionibus circa filios naturales, exiſtente legitima ſobole, cautum erat, niſi vt non magis capere quicquam ſupra vnciam poſſent, quàm ſi vt antea legibus omnino incogniti manſiſſent. Proinde ſi quis hodie quærat, Cur legitima ſobole ſubſiſtente nihil relinqui poſſit illegitimo nepoti: non poſſis melius reſpondere, quam ſi rationem illam adferas, quod ei hoc caſu capere non ſit permiſſum. Id enim ſufficit, quamuis nec prohibitum ſit, niſi in tacitam conſequentiam permiſſionis ad caſum contrarium reſtrictæ. Neque ſanè fuiſſet neceſſe verſiculum illum adiici, niſi omnis dubitationis tollendæ gratia, cùm dubitari potuiſſet, an ſicuti meliorem fecerat Iuſt. conditionem nepotum, quàm filiorum, in eo, vt totam aui ſubſtantiam, non ad certum vſque modum capere poſſent ex eiuſdem voluntate (addita etiam ratione illa, quod non ſicut patri circa filij perſonam, ita & auo circa nepotem imputari quidquam poſſet.) Sic in eo quoque melior conditio facta videri deberet, vt quamuis legitima ſobole ſubſiſtente, filij omnino extra vnciam excluderentur, nihilominus nepotes admitterentur. Quemadmodum ab eodem Iuſtiniano factum videmus, vt quia iis conſtitutionibus, quas ad exemplum Zenonianæ & Anaſtaſianæ tulerat de liberis naturalibus, per ſubſequens matrimonium legitimandis, non expreſſerat modum illum, quem priores Impp expreſſerant, ſi legitima ſoboles nulla ſupereſſet, inde nata dubitatione, an modus ille prætermiſſus pro expreſſo habendus eſſet, an pro omiſſo, neceſſe illi fuerit in eam rem ferre nouam legem, qua declauit velle ſe haberi eum pro omiſſo: *Nouell.* 12. cui tit. eſt *de inceſt. nupt.* In eo fauens liberis naturalibus per ſubſequens matrimonium legitimatis plus quàm priores Imperatores fauere voluiſſent. Cæterùm ſi nihil ex iure vetere Iuſtinianus in nepotibus naturalibus immutaſſet, nihil cauſæ erat cur moneret extendere ſe ad nepotes quod fuerat in filiis conſtitutum, cùm eo ſolo quòd non eſſent facti capaces, remanſiſſent vtique incapaces. Idque apertius intelligitur ex eo quod ſubiicit Iuſtinianus, *Sed hoc in his tantummodo ſancimus, in quibus ex voluntate aliquid conſecuti ſunt. Iura etenim ab inteſtato in aui ſucceſſionem nemini eorum penitus aperimus.* Nam ſicuti apud omnes in confeſſo eſt, filios naturales, etiam legitimis nullis ſubſiſtentibus, nullomodo ſuccedere poſſe ab inteſtato ex iure Codicis; ex *Nouella* verò 89. non niſi ad duas vſque vncias; & quod ad patris bona attinet duntaxat, ſi neque iuſti liberi, neque iuſta vxor ſuperſit; nepotes autem ne in duabus quidem illis vnciis, vt mox dicemus; Ita fatendum eſt, non aliam iuris huius rationem adferri poſſe, quàm quòd nulla vnquam conſtitutione, ſi vltimam hanc Nouellam excipias, aperta ſit iis ad inteſtati ſucceſſionem via, quæ antea ſemper non ex prohibitione aliqua, ſed ex propria ipſorum conditione velut alienigenis & peregrinis fuerat præcluſa & obſtructa, quemadmodum

Alius error. Cuiacij.

Inter iuſtum & legitimum patrem nihil diſtat.

De ſententia verſic. ſobole enim, d. l. vl

Ver. ſed hoc in his, d. l. vlt.

Digitized by Google

dum & via ad ſucceſſionem teſtati, niſi ex quo tempore & quatenus Impp. vt *ex eadem* Iuſtiniani *Nouella* ſuprà diximus, eam aperuerunt. Vnde illud etiam eſt, quod quamuis filij primi gradus, vt modo dicebamus, deficientibus legitimis, ſuccedant ab inteſtato in ſextante; non idem tamen de nepotibus dici poſſit, quia filiis ſolis viam Iuſtinianus hanc aperuit, nepotibus non item. Quod nec vulgares interpretes ignorarunt: Quamquam non ea iuris ratione moti, quæ nos mouet, ſed ex eo maxime quo etiam mouemur, quod Iuſtin. *ea ipſa Nouella* 89. qui tam impensè fauet filiis naturalibus, vt ad ſextantem ab inteſtato admitti eos velit, nihil tale conſtituit in nepotibus. Quinimo de iis expreſſim cauet ad *fin. c. in* 12. hæc verba: *De nepotibus enim naturalibus, quæ iam à nobis ſpecialiter etiam de ipſis diſpoſita ſunt, obtineant.* quibus verbis apertiſſimè conſtituit vt incorrecta maneant omnia, quæ de nepotibus ſancita ſunt in *dicta lege vlt.* Is enim ſolus in toto iure noſtro locus eſt, quo de nepotibus naturalibus aliquid præſertim à Iuſtiniano cautum reperitur. Quo argumento non deſunt, qui etiam defendant ne quidem vnciam nepotibus naturalibus relinqui poſſe in aui teſtamento, ſi qua legitima ſoboles ſuperſit, propterea quod ſolis filiis eo caſu ſubſiſtentium legitimorum aperta ſit via ad ſucceſſionem teſtati pro vncia, de nepotibus autem nihil tale conſtitutum inueniatur: Sed parum ſubtiliter, meo iudicio, ſiquidem *in hac ipſa l. vlt.* Iuſtin. apertè ſcribit, Legitima ſobole ſubſiſtente, ſe veterum conſtitutionum tenorem in filiis naturalibus ſtatutum etiam ad nepotes extendere. At non enim prorſus conſequens eſt, vt quemadmodũ legitimi liberi non obſtant filio naturali, quominus vnciam ex patris teſtamento capere poſſit, ita nec obſtent illegitimo nepoti quominus tantundem capere ipſi liceat ex teſtamento aui? Et verò cùm Iuſtinianus fauorabiliorem efficiat conditionem nepotis, quàm filij naturalis in cauſa teſtati; vix credibile eſt deteriorem eſſe voluiſſe in cauſa inteſtati. Nam quòd in *d. l. vlt.* profitetur ille, nolle ſe cuiquam nepotum ad ſucceſſionem inteſtati viam aperire, non aliam rationem & cauſam habuit, quàm quod eo tempore nec filiis ipſis via illa vllo caſu aperta eſſet. At vbi cœpit aperta eſſe vno caſu ad modum vſque ſextantis, non poſſis dicere, cur non debuerit etiam aperta eſſe nepotibus. Videturque id factum, aut potiùs prætermiſſum per incuriam & errorem Triboniani magis quàm aut iudicio vllo, aut ratione. Quanquam fateor non poſſe id facere, vt ex rationis identitate Iuſtin. conſtitutio de filiis tantùm locuta, extendi debeat ad nepotes, quorum excludendorum gratia, cùm ſint ipſi non tam ex iure vetere, quàm ex propriæ conditionis vitio prorſus incapaces, ſatis eſt nihil hac parte in eorum fauorem iure nouo fuiſſe conſtitutum. Sequitur poſtrema Iuſtinianeæ legis clauſula his verbis concepta; *Et hæc non ſolum eis accedere cenſemus à ſubſtantia aui paterni naturalis, ſed etiam proaui, vel alius cognationis, ſi quis ſaltem huiuſmodi vocabulum in tam degeneres homines extendere maluerit.* Cuius clauſulæ ſenſus prima facie non obſcurus ille eſt, vt quod ea lege conſtitutum fuit in fauorem nepotis naturalis & illegitimi, quantum ad aui ſubſtantiam pertinet, idem ratione proaui, cæterorúmque omnium, qui huius illegitimi nepotis cognati ſunt ex parte patris, conſtitutum intelligatur. Quid autem conſtitutum fuit quod ad auum? Hoc vnum, vt nullis exiſtentib. legitimis, poſſit auus totam ſuam ſubſtantiã ei relinquere, ſiue teſtamento, ſiue qualibet alia, vel vltima, vel inter viuos voluntate: (generale namque eſt *voluntatis* nomen, quo Iuſtin. vſus eſt in illo verſic. *ſed hoc in his tantummodo ſancimus, in quibus voluntate aliquid conſequuti ſunt.* Sicut & cæteræ leges omnes, quæ hac in re naturalib. fauent, ad omnem voluntatis ſpeciem pertinent: *l. iubemus 6. d. l. humanitatis 8. in fin.* & paſſim *eo t.*) Legitima verò ſobole ſubſiſtente, nihil ex aui teſtamento capere nepos poſſit, excepta, vt diximus, vncia; ab inteſtato verò ne obolum quidem. Ergo quoad proauum, cæteróſque patris cognatos idem obtinebit, vt nulla exiſtente legitima ſobole, poſſint huic nepoti quantum libuerit relinquere: Ea verò exiſtente, aut ab inteſtato, nihil prorſus. Neque hoc vllam, aut apud interpretes, aut apud me habet dubitationem. Sed de illo tamen dubitari poteſt quod lex ait de legitima ſobole, cum de paternorum cognatorum bonis agitur, an accipi debeat de legitima ſobole aui, cuius nepos hic eſt illegitimus, an potius de legitima ſobole cognati, qui nepotem hunc illegitimum heredem inſtituerit? Etſi non reperio interpretem qui hanc vel ſummis digitis attigerit dubitationem. Quam ad paternos cognatos reſtringo: quia, ſi bene inſpicias, cadere in proauum, aliúmve ex aſcendentibus nullo modo poteſt. Nempe quòd omnes quotquot ſunt a proauo, aliiſve ſuperiorum graduum parentibus deſcendentes legitimi, ſoboles legitima ſunt eius ipſius teſtatoris, cuius & illegitimus nepos hic eſt, de quo diſputamus. Nec enim minùs ſum ego legitima ſoboles aui, proaui, abaui, ataui mei, & deinceps, quàm patris mei, dummodò legitima ſucceſſio & filiatio nunquam fuerit interrupta. In cognato igitur nepotis huius illegitimi, de quo agimus, non aliud eſt, quia cùm ſit ipſe quoque ex deſcendentibus, ſi legitimos liberos is habeat, erit illa ſoboles legitima eius ipſius, cuius nepos illegitimus eſt. Etſi enim non cognati ſui, ſed aui, cæterorúmque aſcendentium proles illegitima eſt, hic nepos (ſiquidem enim prolem & ſobolem dicimus, non niſi deſcendentes ſignificamus:) cognati tamen filius legitimus idem eſt pronepos legitimus aui illegitimi, & conſequenter ex ipſius ſobole legitima. At quia non ſimiliter legitima ſoboles aui, poteſt dici legitima ſoboles nepotis legitimi, fiet locus dubitationi, ſi ponas ſupereſſe legitimam ſobolem aliquam ex auo, nullam verò ex nepote legitimo, eodémque teſtatore. Quæſtio igitur in eo eſt, An cognatus paternus nepotem iſtum, eundémque cognatum ſuum illegitimum hæredem inſtituere poſſit, ita demum ſi nullam teſtator ipſe iuſtam ſobolem habeat, licèt ex eodem auo ſuperſint alij legitimi deſcendentes? An verò curandum non ſit, vtrum cognatus hic teſtator liberos aliquos legitimos habeat, ſed illud tantummodo inſpiciendum, Vtrum legitima aliqua ſoboles ſuperſit ex eo ipſo, cuius nepos hic illegitimus eſt, vt eo caſu non poſſit nepos inſtitui ab illegitimo cognato paterno, quamuis nullos ipſo liberos habente. Quæ quæſtio; cùm hæc Romæ ſcribebamus, à nobis ſumma diligentia & contentione tractabatur pro Illuſtriſſima & Excellentiſſima D. Principe Anna Eſtenſi Gebennenſium Namurci Carnutúmque Duciſſa, contra Sereniſſ.

In nepotibus illegitimis nihil à Iuſtiniano correctum eſt.

Verſic. Et hæc non ſolum d. l. vlt.

Noua & elegans dubitatio.

Digitized by Google

cendentium, parentum ipſorum voto; nihil aliud inducit, niſi vt legitima ſaltem portio iis relinqui debeat, non etiam vt inuitis parentibus tota ſucceſſio iis deferatur: *d.l.nam etſi, l. vltim ff. de bon. damnat.* Quòd ſi cùm de teſtamento extranei agitur, & quæritur an naturalis ex eo capere aliquid poſſit, non inſpicimus an extraneus ille ſobolem aliquam legitimam habeat néene: Cur ſi de cognati hæreditate ac teſtamento agatur, inſpicere volumus an aliqua ſit ei iuſta ſoboles, an nulla; vt aliqua exiſtente, non poſſit naturalis capere ex teſtamento cognati, quod capere poſſet in ſimili caſu ex teſtamento extranei? Et verò ita eſſe, vt Iuſtinianus in *d.l. vlt.* excipiendo eum caſum, quo legitima ſoboles ſuperſit, non de alia ſobole ſenſerit, quàm cui nepos illegitimus naſcendo iniuriam fecerit; hoc eſt quæ ſit eius ipſius, cuius & illegitima ſoboles eſt. Ex eo probari non ineleganter poteſt, quod idem Iuſtin. conſtituit *d. Nouel. 89. cap. 12.* vnde ſumpta eſt *Auth. licet, eo.ti. De natur. liber.* vt in eo ſextante, cuius ille primus naturales filios capaces fecit ab inteſtato, non aliter ſuccedere poſſit filius naturalis, quam ſi non modò iuſta proles nulla ſit, ſed nec iuſta vxor.

Authen. licet C. de natur. liber. ſumpta ex dict. Nouel. 89 quib. mo. natur. effic. ſui c. 12.

An ne fiat iuſtæ vxori iniuria, ſi filius naturalis ad ſextantis illius ſucceſſionem admittatur, & vt filio naturali vxor legitima præferatur? Minimè. Conſtat enim vxorem à bonis inteſtati mariti, cui agnatus, vel cognatus aliquis ſuperſit, eſſe omnino extraneam: *l.vlt.C.quor.bonor.* nec niſi deficientibus iis omnibus, & ad ſolius fiſci excluſionem poſſe illam viro, & viciſſim vxori virum ſuccedere: *l.vnic.C. vnde vir & vxor.* Sed quia illegitimus ex viro legitimè coniugato natus, non ſolùm iuſtis liberis ex legitimo matrimonio ſuſceptis, vel ſuſcipiendis, iniuriam fecit naſcendo, verùm etiam legitimæ vxori, qua extante non licuit habere concubinam: *l.vnic. C.de concub.* bene vidit Iuſtinianus æquum non eſſe, vt illegitimorum ratio vlla haberetur, quandiu legitima vxor ſupereſſet, licèt neque ſuccedere ipſa poſſet, aliis fortè agnatis, cognatiſve ſuperſtitibus, neque iuſta ipſius ex eodem matrimonio ſoboles, quæ nulla eſſe proponeretur. Ergo cùm negari non poſſit, omnem, qui illegitimus naſcitur, hoc ipſo iniuriam facere legitimis omnibus ex eo deſcendentibus, ex quo & illegitimus ipſe deſcendit; fatendum etiam & multò magis eſt, quandiu ex iis legitimis, vel vnus ſupereſt, cuiuſcunque ſexus & conditionis ſit, non magis cognato, quàm patri ipſi, vel auo, vel proauo permittendum eſſe, vt illegitimum vlla in re inſtituat, ſiquidem ab inteſtato legitimus ille ſuperſtes, cognato ſuo proximo, aut veriùs agnato, in totum aſſem ſucceſſurus eſſet, in eóque plus iuris haberet quàm legitima vxor; quæ tamen vt diximus impedit, ne ab inteſtato, vel in modica portiuncula, id eſt, in ſextante ſuccedere filius naturalis poſſit. Nec eſt quod quis replicet, cognatum hunc, ſi nepotem iſtum illegitimum de quo agimus, hæredem non ſcripſiſſet, potuiſſe alium quemlibet etiam extraneum ſcribere ex toto aſſe, prætetito cuiuſcumque gradus & ſexus agnato: vt proinde nulla proli legitimæ iniuria fieri videatur, ſi naturalis totam habeat cognati ſubſtantiam, quam, circunducta naturalis & illegitimi nepotis perſona, extraneus alius quilibet habere potuiſſet. Non enim credibile eſt, fratrem oblitum fraternæ coniunctionis, tam facilè quæſiturum ſibi hæredem in familia, ſiue omnino extranea, ſiue remotioris alterius cuiuſpiam agnati, aut cognati, prætetita perſona fratris legitimi, vel legitimæ ſororis, quam facilè ſibi quærit ex illegitimis, quos in propria familia inuenit, nec minùs familiæ nomen gerentes, quàm ſi ex legitima coniunctione in familia eſſent. Quo magis prouidendum fuit, ne in præiudicium legitimorum, quæri & eligi hæredes poſſent, vt ſolet ciuilis Legiſlator in eo, quod contra rationem faciliùs euenire poſſe videt, maiorem ne id eueniat cautionem adhibere. Nam vt agnato, vel cognato aliquo ſuperſtite, non poſſet extraneus hæres inſtitui, non poterat Legiſlator conſtituere, quin liberam teſtandi facultatem aufferret, nedum conſtringeret, quam tamen lex duodecim tabularum induxit, & cui cæteræ omnes leges tantopere fauent. Satiſque viſum eſt, ſi fratribus & ſororibus legitimis tanquam proximioribus agnatis hactenus proſpiceretur, vt iis prætetitis querela inofficioſi teſtamenti daretur, ita demum ſi vel turpis perſona eſſet inſtituta, vel ea quæ non careret aliqua ſaltem maculæ nota: *l.fratres 27. C. de inofficioſ. teſtament.*

l. fratres 27. C. de inoffic. teſtam.

At vt nemini ex agnatis liceret hæredem inſtituere illegitimum nepotem eius, ex quo legitima proles ſupereſſet, tametſi agnati ipſius teſtantis nulli liberi extarent, potuit, debuítque conſtitui citra periculum vllum reſtringendæ facultatis teſtandi, quia illegitimus hic nepos talis erat, quem nemo ex agnatis, quantumuis amplam habens teſtandi facultatem, inſtituere potuiſſet, tanquam alienigenam & peregrinum, ni Iuſtinianus inſtituendi eius poteſtatem indulſiſſet. Itaque non id agendum Iuſtiniano fuit, vt propter legitimam ſobolem aui, cuius hic nepos illegitimus eſſet, fieret ille incapax ſucceſſionis & bonorum cognati, quod duriuſculum fortaſſe videri debuiſſet; ſed illud tantùm, vt quandiu aliquis ſupereſſet ex legitimis, quem veriſimiliter agnatus, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato, fuerat prælaturos non modò cuilibet extraneo, ſed cæteris etiam remotioribus agnatis, aut cognatis, ſi nepos hic illegitimus in rerum natura non fuiſſet; nihil noui fauore nepotis illegitimi induceretur, ſed maneret ille, vt ſemper anteà, incapax habendi quidquam ex teſtamento cognati. Ne aliter poſito iure fieret iniuria non ſolùm legibus, quibus omnino incognitus eſt, quiſquis eſt illegitimus; ſed etiam proli legitimæ, quæ iam paſſa iniuriam ex illegitimi nepotis natalibus, vtpote patri, aut auo ſuo legitimo incontinentiæ vitium aſſiduè exprobrantibus, longè maiorem pateretur, & grauiorem, ſi propter talis nepotis inſtitutionem ab agnato factam priuaretur emolumento ſucceſſionis, quam, illegitimo nullo ſubſiſtente, ſperare licitè ac ex legibus potuiſſet. Maximè verò, ſi vt in ſpecie noſtra eueniat, illegitimo iſti nepoti ſubſtitutus nemo alius proponatur, quàm qui vel ex eius familia ſit, vel perinde illegitimus quoque, aut ex illegitimo ſuſceptus. Tunc enim nemo eſt, qui legitimæ proli auferat agnati ſucceſſionem ex iudicio teſtatoris, ſecluſis illegitimis, qui omnes incapaces reperiuntur. Quod ſecus eſſet, ſi illegitimis ſubſtitutus eſſet in caſum vulgarem alius, cum quo libera eſſet factio teſtamenti: Eo namque caſu, minùs intereſſe legitimæ ſobolis videretur, quæ ſcilicet illegitimis quoque omnibus excluſis, nihilomagis eſſet ſucceſſura. Quanquam non eo minus

mus obſtare deberet, ne illegitimorum inſtitutio aut ſubſtitutio valere poſſet, quippe quorum nulla prorſus ratio habenda eſt, quandiu legitimi ſuperſunt, quamuis aliqua de cauſa ſuccedere non valentes, ſicut de libetis in conditione poſitis ad fideicommiſſarij excluſionem ſcriptum eſt in *leg. filiusfamilias* 114 *§. cùm erit rogatus*, *De legat.* 1. & exemplo rurſum eius, quod modò de iuſta vxore dicebamus, obſtare illam naturalibus liberis, ne ſextantem ab inteſtato habere poſſint, quamuis ea ne quidem in obolo ſuccedat. Etſi, ne quis decipiatur, differentia illa inter legitimam ſubolem, & legitimam vxorem obſeruanda eſt; quod legitima ſoboles ſemper & omni caſu obſtat illegitimæ, nec minùs in cauſa teſtati, quàm in cauſa inteſtati; Iuſta verò vxor, non niſi in cauſa inteſtati, quia ſemper fauorabilior eſt qui expreſſa, quam qui tacita duntaxat nititur teſtatoris voluntate. Accedit pro adiuuanda noſtra interpretatione quod Iuſtinianus in *d. l. vlt.* cùm tractat de illegitimo per cognatum inſtituto, non nominat eum cognatum teſtatoris, ſed de illo loquitur ſub nomine nepotis: quo tamen nomine donari non poteſt, niſi ex comparatione aui, vt nemo non videt. Ergo quod lex vult poſſe hunc nepotem inſtitui etiam a cognato, ſi nulla proles legitima ſuperſit, neceſſariò de aui prole & deſcendentibus intelligendum eſt, non de prole cognati teſtatoris. Alioqui ſi prolis ex auo ſuperſtitis ratio habenda non eſſet, quid attineret de auo aut nepote tractare, ac non potiùs de cognato, cùm de cognati bonis & ſucceſſione ageretur: Et tamen non ſolùm in *d. l. vlt.* *C. de natur. liber.* ſed etiam quod magis eſt in *d. Nouel.* 89. *cap.* 12. *in fi.* vbi poſt abſolutum tractatum de primi gradus filiis naturalibus, tranſit Iuſtin. ad cæteros illegitimos, non niſi de nepotibus loquitur: de cognatis verò, ne verbum quidem, tametſi tota ea Nouella profiteatur nihil ſe velle intactum relinquere, quod ad naturalium in ſuccedendo iura pertineat. Vt intelligamus tum quoque, cùm de cognati ſucceſſione tractatur; factos eſſe illegitimos capaces quidem ſuccedendi ex teſtamento, ſub perpetua illa exceptione, *ſi iuſta ſoboles nulla ſuperſit*; verum ſub nomine nepotum, non cognatorum; id eſt non tanquam cognatos ſimpliciter, & ſub ea qualitate, ſed tanquam nepotes, poſterósque illius, per quem habent illegitimum cognatum: Ac proinde ſub exceptione ſic interpretanda, *ſi nulla erit legitima ſoboles illius, cuius ſunt nepotes.* Quod & alia ratione non inelegantiore probari poteſt. Meminiſſe namque oportet quòd in ſuperioribus diximus iam ſæpius, & probauimus, non modò iis veteris ita comparatum fuiſſe, vt naturales, de quibus nunc loquimur, hoc eſt, qui ex concubina ſuſcepti eſſent, inſtitui nullomodo poſſent, nec à patre, nec ab auo, aut proauo, nec à cognato vllo paterno, nec ab extraneo, ſicut nec cæteri alienigenæ & peregrini, in quorum numero cenſebantur; ſed nec hodie poſt tot Imperatorum conſtitutiones permiſſum eſſe, vt inſtituantur ab extraneo, nec conſequenter ab auo, niſi tanquam nepotes, nec à proauo, niſi tanquam pronepotes; nec à cognato, niſi tanquam cognati; non autem velut extranei quilibet, cùm ſi pro extraneis illegitimis haberentur, inſtitui nullo modo poſſent. Idque tam apertè ſignificat Iuſtin. in *d. l. vlt.* vt ferè non potuerit apertiùs. Nam quemadmodum *in principio legis* tractaturus de nepote inſtituto ab auo, quærit primùm an nepotis nomen ei ex legibus accommodandum ſit, non aliam ob cauſam, vt monuimus, quam quia ſi nepos dici non poſſet, vtique non niſi pro illegitimo extraneo haberi poſſet (quæ ratio indignum eum faceret, qui priuilegium mereretur ab eo capiendi, quem nec pro auo lex haberet, cùm ſola ratio humanitatis & pietatis huiuſmodi priuilegio dignos illos fecerit, qui alioquin ſuapte natura, propriorúmque natalium conditione tanquam peregrini erant penitus incapaces) ita & *in legis fine* poſt datum huic illegitimo nepoti priuilegium, vt nulla legitima ſobole ſubſiſtente poſſit inſtitui, non ſolùm ab auo, & proauo, ſed etiam quod magis mirum eſt à cognato, in quo longè minor quam in aſcendentibus ſuberat ratio humanitatis, ſubiicit non inſubtiliter nec fruſtrà, *ſi quis ſaltem huiuſmodi vocabulum*, videlicet cognationis, *in tam degeneres homines extendere maluerit.* Quaſi dicat, illegitimos iſtos ſaltem cognatorum nomine donandos eſſe, ad hoc vt, deficiente legitima ſobole, inſtitui poſſint a cognato paterno, quoniam ſi cognati non ſunt, cùm multo minùs ſint agnati, vnum illud relinquitur, vt pro extraneis illegitimis habeantur, atque ita vt nullo humanitatis prætextu in eorum gratiam induci poſſit contra omnem iuris rationem, vt ei qui pro cognatis ipſos habuit, ſuccedere poſſint ex legibus a quibus ſint omnino alieni. Nec enim Iuſtinianus aut alius quiſquam Imp. fecit, vt naturales iſti & illegitimi hoc ipſo quòd ab aliquo inſtituerentur, etiamſi à patre vel auo, fierent legitimi. (alios enim nec niſi legitimis & ab eodem Iuſtiniano præſcriptis modis legitimos eos fieri placuit, inter quos hæredis inſtitutio non eſt) ſed vt quamuis illegitimi manentes, & conſequenter peregrini, tamen perinde ſuccedere poſſint ex teſtamento patris, vel aui, vel proaui; vel alterius cuiuſlibet ex ea cognatione, ac ſi ciues Romani eſſent, dummodò iuſta ſobole nulla interueniente. Quod quoniam à iuris communis ratione tam alienum eſt, vt nihil fingi poſſit alienius, quærendus & excogitandus fuit color, ac prætextus aliquis adeò exorbitantis priuilegij inducendi. Alius autem reperiri nullus potuit, quàm humanitatis & pietatis, quæ tamen vt erga illegitimos exerceantur, nulla prorſus ratio eſt, niſi erga eos quos naturale ius ſanguinis, diſtinguat ab iis illegitimis, qui penitus extranei proponantur. Atqui nullum videbatur ſubeſſe ius ſanguinis, quo nepos illegitimus paternis agnatis, cognatiſve iungeretur; nullum certè nomen quo ius illud exprimeretur. Nam ſi cognatos voles dicere, agnati dicendi eſſent, cùm de iis loquamur qui ſunt per patrem coniuncti, quos lex duodecim tabularum agnatos appellat: *l. iuriſconſultus* 10. *§. cognati De gradib. & adfin. l.* 2. *§ agnati, ff. de ſuis & legit.* Agnati porrò dici non poſſunt, non ſolùm quia conſanguinitatis & agnationis iura oriuntur à patre, quem iure ciuili nullum habent ſpurij, quos nunc naturales appellamus; *l. ſi ſpurius* 4. *ff. vnd. cognat.* Sed etiam quia nomen agnationis ciuile eſt, ac legitimum; *dict. l. iuriſconſultus*, *§. inter agnatos*, *l. tutelas* 7. *ff. de capit. minut.* cuius omnino ſunt incapaces, qui ſunt illegitimi, hoc eſt legibus ipſis incogniti. An igitur cognati ſaltem appellabuntur? Ne hoc quidem nomine, ſi quis ſummo iure cum iis agere volet. Quamuis enim cognatio ſit nomen naturale, *d. §. inter agnates*,

In quo fauorabilior ſit proles legitima quam vxor.

Illegitimos ſiue filios, ſiue nepotes, non poſſe etiā hodie inſtitui ab extraneo.

Vltima verba d. l. vlt. C. de natur. liber.

Illegitimi nullos habent agnatos.

Digitized by Google

agnatos, indéq; fiat vt iure ordinario ſpurij quoque, & vulgo quæſiti liberi, petere poſſint bonorum poſſeſſionem matris ſuæ, itémque mater talium liberorum, & fratres etiam inter ſe ex capite *Vnde cognati, l. ſi ſpurius, & l. 2. verſ. vtaque, eod. tit. Vnd. cognat.*

At neque cognatos ex parte patris.

Non poteſt tamen ea res facere vt nepos illegitimus cognatos habeat eos, qui ſunt agnati, aut cognati patris naturalis, quia prius eſſet vt ſciri deberet quis eſſet pater, quàm vt ſciri poſſet qui ſint cognati ex parte patris. Atqui quamuis in rerum natura certum ſit quis ſit pater, idipſum tamen per rerum naturam ſeiri certò non poteſt, cùm nuptiæ nullæ interceſſerunt. Quod in matre, cognatiſque maternis diuerſum eſt; quia mater, vt diximus, ſemper eſt certa: *d. l. quia ſemper 5. De in ius vocand.* Eóque pertinet, hoc eſt ad paternam cognationem, quod Modeſtinus ſcribit in *l. 4. §. ſciendum, de gradib. & adfin.* neque cognationem, neque adfinitatem eſſe poſſe, niſi nuptiæ non ſint interdictæ, ex quibus adfinitas coniungitur, ſiquidem cognatio materna nihil omnino cum nuptiis commune habet: *d. l. 2. & 7. ff. vnd. cognat.* Atqui, inquies, qui ex concubina ſuſcepti ſunt, patrem demonſtrare poſſunt, ſc. naturalem; ex quo placuit Impp. quamuis inuita Iuriſprudentia, vt dici poſſent liberi naturales: Cur ergo dubitamus an cognatos ſaltem habeant illos, quibus per patrem illum naturalem coniunguntur, cum cognationis nomen ſit etiam naturale? Reſp. ex vulgari iuris regula, id quod contra iuris rationem receptum eſt, non eſſe producendum ad conſequentias: *l. quod verò 14 ff de legib.* aut ad conſequentia, vt loquitur *l. quod contra 141. de reg. iur.* ideóque etiam poſt Conſtantini, aliorúmque Imperatorum leges, quæ naturalium parentum & liberorum nomen Prudentibus incognitum & inauditum inuexerant, dubitatum fuiſſe Iuſtin. temporibus an nepos dici deberet, qui ex filio naturali ſuſceptus eſſet, an auus viciſſim is, qui ſiue filij, ſiue patris naturalis pater fuiſſet.

Iuſtinianus primus dedit filiis illegitimis auū, proauum, & cognatos.

Quòd ſi in eam rem neceſſaria fuit Iuſtin. conſtitutio in *d. l. vlt.* quantò magis neceſſaria fuit, vt nepos hic naturalis & illegitimus dici poſſet cognatos habere illos, quibus non niſi per patrem naturalem coniungeretur? Denique Iuſtin. primus extitit qui huic nepoti illegitimo & auum dedit, & proauum, & cognatos; non daturus, ſi non fuiſſet id neceſſe ad inducendum contra iuris rationem, vt non tantum filius naturalis à patre capere poſſet, quod iam obtinuerat, ſed etiam nepos ab auo, & à proauo, & ab alio quólibet ex illa cognatione humanitatis intuitu, & pietatis; non etiam ab extraneo, quem nulla humanitatis ratio vrgeret, vt homini illegitimo & peregrino ad familiam ſuam nil pertinenti quicquam relinqueret. Ergo vt ratiocinationem hanc noſtram concludamus, cum nepos iſte naturalis & illegitimus non poſſit inſtitui hæres ab eiuſdem aui nepote legitimo, niſi tanquam cognatus, idque ex nouo priuilegio Iuſtin. à quo non ſolum ius hoc capacitatis, ſed etiam nomen ipſum *cognati* habet; cognati autem appellati ſunt quaſi ex vno nati, aut vt Labeo dicebat, quaſi commune initium naſcendi habuerint: *l. 1 § 1. ff. vnd. cognat.* fatendum eſt, non niſi per mediam aui perſonam, ex qua vterque nepos & legitimus & illegitimus deſcenderit, poſſe illegitimum capacem eſſe aliquid à legitimo capiendi. Quo admiſſo, quod negari certè non poteſt, illud etiam omnino conſequens eſt, vt non magis licere debeat nepoti legitimo, illegitimum nepotem ſcribere hæredem, legitima ſobole ſubſiſtente ex eodem auo, quàm ipſi auo liceret, per quem vnum nepoti hoc ipſum licet. An non enim abſurdiſſimum eſſet, plus iuris habere nepotem legitimum per mediam perſonam aui, quàm auum ipſum in illegitimo nepote inſtituendo, aliáve liberalitate donando? Et viciſſim, plus habere iuris nepotem illegitimum a nepote legitimo tanquam cognato ſuo inſtitutum, propter coniunctionem, quam aui perſona inter eos parit, quàm eſſet habiturus ſi ab auo ipſo inſtitutus fuiſſet? Atqui non potuiſſet inſtitui ab auo, legitimam cuiuſlibet ſexus ſobolem relinquente. Eadem igitur legitima ſoboles aui, quæ auo ipſi obſtaret ne illegitimo nepoti relinquere quidquam poſſet, obſtare etiam debet nepoti legitimo, vt quamuis ipſe nullis ſuperſtitibus liberis decedat, nihilo magis nepotem illegitimum hæredem inſtituere poſſit, quippe qui nec illum inſtituendi ius habeat, niſi tanquam cognatus; nec rurſum cognatus eſſe niſi per auum. Idque etiam non obſcurè idem Iuſtinianus innuit, cùm poſt latam de auo, auique ſubſtantia conſtitutionem, ſubiicit; *Et hoc non ſolùm eis accedere cenſemus à ſubſtantia aui paterni naturalis, ſed etiam proaui, vel eius cognationis*, id eſt, vt ſupra interpretati ſumus, cuiuſlibet ex ea cognatione, ſicut & in *d. Nouel. 89. c. 12. §. ſi quis autem, ver. & veniat cognatio*, hoc eſt, vt rectè omnes interpretantur, aliquis ex cognatis: *d. Nouell 89. cap. 12. §. ſi quis autem.* Eſt enim genitiuum illud *eius*, adiectiuum ſequentis ſubſtantiui *cognationis*, nec ad auum vt quidam putant, ſed ad cognationem referendum, acſi ſcriptum eſſet, *eiuſmodi cognationis.* Vtcumque ſit, coniunxit Iuſtinianus perſonas cognatorum cum perſona proaui in eadem parte orationis, qua, quod fuerat conſtitutum in auo, protrahit ad proauum, & ad cognatos. Proinde cùm ea protractio & extenſio ſuam ſecum trahat exceptionem, *ſi modo legitima ſoboles nulla ſuperſit*, (fit enim extenſio haud dubiè cum ſuis omnibus qualitatibus & conditionibus) conſequens eſt vt non alio ſenſu legitimam ſobolem accipere debeamus, cùm de cognati hæreditate tractamus, quam cum de proaui, vt, iuxta vulgare Interpretum noſtrorum brocardicum, deſumptum ex *l. iam hoc iure 4 De vulg. & pupill. ſubſtit.* plurium determinabilium par, & æqualis, & vniformis, quomodo loquuntur, ſit determinatio. At nemo dubitat quin de legitima ſobole aui accipiendum illud ſit, quantum ad proauum attinet. Ergo & quantum ad cognatos. Erunt enim omnia diſparia & difformia, ſi quod ad proauum intelligas de legitima ſobole aui, quod ad cognatum verò de legitima ſobole ipſius cognati: Nec rurſus conuenient verba illa generalia, & indiſtinctè prolata, *ſcilicet nulla legitima ſobole ſubſiſtente*, & paullo pòſt, *vbi legitima ſoboles minimè facit impedimentum*, & rurſum, *Ea enim ſubſiſtente.* Non enim verum eſſe poteſt generaliter & indiſtinctè, legitimam ſobolem nullam ſupereſſe, quandiu aliqua ſupereſt ex auo, licèt ex legitimo nepote nulla ſuperſit.

Dices fortaſſe, non eſſe locum regulæ, De pluribus determinabilibus vniformiter determinandis, cùm determinandi diuerſa ratio eſt, vt iidem Interpretes paſſim iactitant. Hic autem diuerſam eſſe rationem in proauo, & in nepote legitimo, eodémque nepotis illegitimi cognato,

Digitized by Google

Quod idem Iuſtin. non obſcurè tractat *d. Nouell. 89. in princip.* ita ſcribens, *Deinde paullatim in mediocritatem, clementémque ſententiam Imperatores tranſeuntes, leges poſuerunt, Alij quidem & dari & relinqui aliquid eis à patribus concedentes.* Sequitur in Codice alia conſtitutio eiuſdem Iuſtiniani in *l. communium 9. d. tit.* de naturalibus liberis per oblationem curiæ factam legitimandis, h. e. ſi pater naturalis filium naturalem offerret curiæ ciuitatis, ex qua erat oriundus, aut ad quam villa, vel vicus in quo filius natus erat, pertinebat; eo animo vt filius in ordinem decurionum legeretur, & muneribus atque oneribus omnibus eius loci ſubiiceretur, ſiue populi, ſiue actorum teſtimonio in eam rem implorato: *l. 3. eo tit.* Huius verò legitimationis ſingulare ius fuit, ex ea Iuſtiniani conſtitutione, vt qui ſic legitimatus eſſet, ſoli patri ſuo legitimus fieret, at non etiam aſcendentibus, aut deſcendentibus, aliiſve agnatis patris; Cùm tamen qualiter legitimantur, ſiue per Principis reſcriptum, ſiue per ſubſequens matrimonium, quæ omnium optima, vtiliſſima, & honeſtiſſima legitimatio eſt, agnationis iura pleniſſimè, & quod ad omnes, & quod ad omnia conſequãtur: *dict. Nouell. 89. cap. 4* Sed & in eo, qui per oblationem curiæ legitimatus eſt, ſingulare ius induxit Iuſtinianus, vt ſi alij ſint legitimi liberi, non plus huic dare vel relinquere liceat, quàm cui minus ex legitimis datum ſit. Rurſum de iis qui per ſubſequens matrimonium legitimantur, duæ extant eiuſdem Iuſtiniani *in Codice noſtro* conſtitutiones, quarum prior quæ eſt in *l. cùm quis 10.* induxit fauore naturalium ante inſtrumenta dotalia conſcripta editorum, vt non minùs iuſti liberi cenſeantur, quàm qui poſtea editi ſunt, eodémque in omnibus iure cenſeantur: Quaſi credibile ſit, prioris ſobolis adfectione affectum patrem; vt de matrimonio cum ſua concubina contrahendo cogitaret: Poſterior verò, quæ eſt in *l. nuper. 11. e.* ſubiecta eſt ad tollendam eorum interpretationem, qui putabant non aliter pro iuſtis haberi liberis poſſe illos, qui ante conſcripta inſtrumenta dotalia ſuſcepti eſſent, quam ſi viuis adhuc ipſis, alij quoque liberi ex eodem matrimonio poſt dotem datam ſuſcepti ſupereſſent. Vult enim Iuſtinianus ſufficere talem adfectionem habuiſſe patrem, vt poſt liberorum editionem, & dotalia conſcripſerit inſtrumenta, & ſpem tollendæ ſobolis habuerit; nec anterioribus liberis fortuitus caſus noceat, etiamſi quod ſperatum fuit non peruenerit ad effectum: nato verò poſt dotem datam poſthumo, non ſolùm liberos antè natos, fieri iuſtos & legitimos, ſed & poſthumum ipſum naſci iuſtum & legitimum, ac ſi viuo patre natus fuiſſet, ne qui aliis adiutorium adfert, ſibi ipſi opitulari non poſſit. Sed & eadem conſtitutione generaliter conſtitutum eſt, vt in huiuſmodi quæſtionibus omnibus, in quibus de ſtatu liberorum dubitatio eſt, non conceptionis, ſed partus tempus inſpiciatur, fauore ſcilicet liberorum. Exceptis ob eam cauſam iis tantummodo caſibus, in quibus infantium vtilitas ſuadeat, vt ex inſtanti conceptionis eorum conditio potiùs æſtimetur. Et hæc quidem omnia ſunt, quæ de liberis illegitimis ſcripta legimus in noſtro Codice, quod attinet ad cauſam ſucceſſionis. Hoc enim addendum eſt, quia de illorum tutèla Iuſtinianus cauit, primúſque induxit in *l. vlt. C. de confirm. tutor.* vt liceat patri naturali filio ſuo tutorem relinquere, ſed tamen in his tantummodò rebus, quas ipſe pater ei quocunque modo dederit, aut reliquerit; ſcilicet intra præfinitum ſupradictis legibus modum. Item hac lege, vt ab huiuſmodi tutore datus pater non priùs poſſit gerere res pupillares, quàm apud competentem iudicem fuerit confirmatus. Ex quo apparet duo valde ſingularia, & contra vulgares iuris regulas in hoc tutelæ genere inducta fuiſſe. Primùm illud, vt quamuis tutor non rebus, ſed perſonæ dari ſoleat, idemque nec certarum rerum vel cauſarum dari poſſit, nec certis rebus deductis, *l. certarum 12. cum duabus ſeqq. ff. de teſt. tut.* hic tamen non tam perſonæ filij naturalis, quàm rebus, quæ ad illum à patre naturali peruenerunt datus intelligatur. Alterum illud, vt egeat hic tutor confirmatione, quamuis & iuſto teſtamento datus ſit, & ita omnino, vt Iuſtiniani lege inductum & conſtitutum fuit, hoc eſt quod ad res paternas duntaxat: Cùm tamen regulare ſit, vt qui à patre tutor datus eſt, non aliter confirmatione indigeat, quàm ſi aut non iuſto teſtamento, aut non ita vt lege præcipiebatur datus proponatur: *l. 3. ff. de conf. tutor.* Sed vtrumque fit eadem ratione, quia cùm tutelæ datio ſit ex legibus, quibus incogniti ſunt filij naturales, pendeátque ius dandi tutoris ex patria poteſtate, quæ cùm ipſa etiam ſit ex legibus, nulla patri naturali eſſe poteſt in liberos naturales, apparet fieri non poſſe vt filio naturali tutor detur à patre, niſi quatenus noua illa conſtitutio Iuſtiniani permiſit & induxit. Idémque iam olim obtinuit in iis liberis, quos Iureconſulti naturales dicebant, id eſt vt ſuprà iam interpretati ſumus, qui non ex concubinato, ſed ex contubernio in ſeruitute ſuſcepti eſſent. De quibus Hermog. in *l. naturali 7. ff. de confirm. tutor.* Nam nec illos quamuis manumiſſos, in patris poteſtate fuiſſe conſtat, niſi & Principis beneficium & libertorum voluntas interueniret: *l. vlt. ff. de ſtat hom. l. vlt. ff. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt.* Quamquam valde mihi ſuſpectum eſt, quod in *d. l. naturali* ſcriptum video, *cui nihil relictum eſt.* Vereorque ne ſit additio illa Triboniani reſpicientis ad Iuſtiniani conſtitutionem in *d. l. vlt. C. eod.* cuius verba cùm iuris noui inductionem præſeferant, cogunt nos fateri non fuiſſe antea permiſſum patribus naturalibus vllo caſu, vt tutores liberis iure darent; nequidem in iis bonis, quæ à ſe ad liberos illos ſuos naturales perueniſſent. Et tamen quod Hermogenianus ſcribit in *dict. l. naturali*, tutorem à patre naturali datum ex inquiſitione confirmandum eſſe, non video quomodo ad Iuſtiniani conſtitutionem accommodari poſſit; cùm eo caſu, quo Iuſtinianus voluit filio naturali tutorem à patre dari poſſe, id eſt quo pater ei bona aliqua dederit, aut reliquerit, non aliud exigat Iuſtiniani conſtitutio, niſi vt tutor ille à iudice confirmetur, quod quemadmodum ſimpliciter & indiſtinctè prolatum eſt, ita proculdubio ſimpliciter accipi debet, vt confirmatio illa fiat ſine inquiſitione: quomodo & alia fieri ſolet, quoties à patre non iure tutor datus fuit, in quo plus iuris habet tutor, qui à patre, quàm qui à matre, vel à patruo, vel ab alio quolibet ius dandi tutoris non habente, datus fuit: *l. 1. §. & ſi quidem, leg. 2. l. tutores 5. iunct. l. ſeq. l. in confirmando 8. ff. de confirm. tutor. l. 1. C. eod.* Atqui Hermog. in *d. l. naturali*, ſcribit, tutorem filio naturali à patre fruſtra, id eſt nullo iure datum, ex

inquiſi-

d. l. communium 9. Cod. de natu. lib.

l. cùm quis 10. C. de natur. liber.

Certarũ rerum vel cauſarum tutor dari non poteſt.

Tutor iure datus non indiget confirmatione.

Manus Triboniani in d. l. naturali.

Plus iuris habet tutor qui à patre malè datus fuit, quàm qui vel à matre, vel à patruo.

inquiſitione confirmandum eſſe. Nihil igitur intereſſe poteſt, an filio naturali pater ille aliquid reliquerit, an non. Nec enim deterioris conditionis eſſe debet pater naturalis quàm patruus, aut mater, aut patronus, aut extraneus quilibet, à quibus dati tutores licèt nullo prorſus iure, tamen confirmandi ſunt ex inquiſitione, tum etiam cùm nihil pupillo reliquerunt. Nam ſi poneres patronum, vel quemuis extraneum impuberi, quem hæredem inſtituerit, tutorem dediſſe, & nihil præterea in bonis pupillum habere, dicendum eſſet iudicium eius omnimodo ſequendum fore citra vllam inquiſitionem: *l. ſi patronus 4. cum ſeq. ff. eod.* Cur non ergo confirmabitur ſaltem ex inquiſitione tutor datus à patre naturali, qui nihil filio reliquerit? Quid enim effectu ipſo refert, an vltrò tutorem det Prætor, an ex inquiſitione illum, quem alius nominauit? Quod ſi quà in re plus iuris hac parte deberet habere pater naturalis qui filio aliquid, quàm qui nihil reliquiſſet, vtique hactenus ei fauendum eſſet, vt ab eo datus tutor citra inquiſitionem confirmaretur. Ex eo itaque quod Hermog. inquiſitionem exigit, intelligimus non niſi ſuperfluè, nulloque ſenſu adiici potuiſſe verba illa, *cui nihil relictum eſt.* An igitur magis fauebimus tutori, quem pater naturalis dederit filio ex concubina ſuſcepto, quàm ei qui datus ſit filio nato in ſeruitute, vt ille confirmetur citra inquiſitionem, hic verò non niſi cum inquiſitione? Ita eſt, verùm non ex iuris ratione aliqua, ſed ex ſola Iuſtiniani conſtitutione. De naturalibus enim, quos Iuriſprudentia iam cognouerat, nihil Iuſtinianus conſtituit, quia nec fuit neceſſe, cùm in iis tam certum eſſet ius & exploratum, nimirum vt tutor iis à patre dari non poſſet defectu patriæ poteſtatis, datus tamen confirmandus eſſet à Prætore, ſed cum inquiſitione. De aliis verò qui toti antiquæ Iuriſprudentiæ fuerant incogniti, & à Conſtantino primùm *naturales* appellati, duplex ius nouum induxit. Primum in eo, vt pater naturalis tutorem iis dare poſſet, nempe quod ad illa duntaxat bona, quæ ipſis reliquiſſet. Deinde in eo vt tutor hic à Prætore confirmandus quidem eſſet, ſed ſine inquiſitione. Quod ad primum, minus iuris habent naturales liberi, qui ex concubina, quam qui in ſeruitute nati ſunt. Etſi enim vtriſque commune illud eſt, vt ipſo iure neutris tutor dari poſſit citra confirmationem; in hoc tamen differunt, quod filio in ſeruitute ſuſcepto datus tutor, non ſolùm quod ad bona, quæ à patre ad filium peruenerunt, ſed & quod ad cætera omnia confirmandus eſt: qui verò filio nato ex concubina datus fuit, ſicut non niſi in bonis à patre ipſo profectis dari potuit ex priuilegio Iuſtinianeo, ita nec quod ad alia bona confirmari poteſt à Prætore. Et ratio differentiæ illa eſt, quia quod pater naturalis filio in ſeruitute ſuſcepto tutorem ſi non dare, tamen nominare poteſt, qui ſaltem eum inquiſitione confirmari debeat, fit ex iure communi, quod non magis patitur, vt certorum bonorum tutor à Prætore confirmari poſſit, quàm vt à patre tutor dari: *d. l. certarum 12. ff. de teſtam. tutel.* Quod verò pater filio ex concubina ſuſcepto tutorem nominare poteſt, fit ex ſolo beneficio conſtitutionis Iuſtinianeæ, quæ priuilegium ſicuti dedit, ita & limitauit. Vtrumque contra iuris communis rationem, quæ ſicut ante Conſtantinum quinam eſſent iſti naturales

Duo inducta per Iuſtinianum circa tutelã liberorum naturalium ex concubina ſuſceptorum.

Ratio differentia inter tutorem quẽ pater naturalis dedit filio in ſeruitute ſuſcepto, & eum quem dedit filio ſuſcepto ex concubina.

neſcierat, ita nec ante Iuſtiniani conſtitutionem illam vnquam permiſerat, vt certarum rerum tutor vel dari poſſet, vel confirmari. Quod ad ſecundum autem caput nouæ conſtitutionis, minus iuris habent naturales liberi ſuſcepti in ſeruitute, quàm qui ex concubina, in eo videlicet, vt iis datus à patre tutor, non niſi præcedente inquiſitione confirmari poſſit; aliis verò datus, confirmandus ſit citra inquiſitionem: Ideo fortaſſe, quod eius, qui tutorem dedit, licèt dare non potuerit, iudicium tamen ſequendum eſt quod ad illa ſaltem bona, quæ ab ipſo prouenerunt, quoties nimirum vel ſeparatio bonorum fieri poteſt, vel nihil eſt quod de ſeparatione tractari poſſit; vt putà, ſi aliunde quàm ab ipſo teſtatore bona nulla habeat pupillus: *d. l. ſi patronus 4. ff. de confirm. tutor.* vbi additur conditio illa, *ſi extra ea bona nihil in bonis habeat pupillus.* quia toto illo Pandectarum iure inauditum erat, quemadmodum diximus, vt in tutore dando, vel confirmando, fieret ſeparatio bonorum; hoc eſt vt pro certis bonis tutorem pupillus haberet, pro aliis nullum haberet. Concludamus igitur, ea verba, quæ tollimus in *d. l. naturali: Cui nihil relictum eſt*, Triboniani eſſe, non Hermogeniani, potiùſque ſcribi debuiſſe, *cui nihil reliquerit pater*, vt caſus ille excluderetur, quo aliquid ab alio quolibet huic filio naturali relictum eſſet. Non enim an aliquid ab alio relictum ſit inſpici voluit Iuſtinianus, ſed an ei pater ipſe aliquid reliquerit. Poſſet quis fortaſſe hæc ipſa verba interpreti alicui, perinde ac Triboniano adſcribere, ſi quis in Tribonianum humanior eſſe vellet. Sed malo adſcribere Triboniano, quem video etiam alio loco, ac multò periculoſiore veterem Iuriſprudentiam, quod ad naturales liberos attinet, ex Imperatorum conſtitutionibus deprauaſſe. Is locus eſt in *l. ex facto 17. § ſi quis rogatus 1. ff. ad SC. Trebell.* vbi cùm Vlpianus ita ſcripſiſſet, *Si quis rogatus fuerit; vt ſi ſine liberis deceſſerit reſtituat hæreditatem, Papinianus lib. 8. reſponſorum ſcribit, etiam naturalem filium efficere vt deficiat conditio.* Tribonianus reliqua omnia quæ *in eo §.* ſequuntur, de ſuo ſubiecit; *Et in libertino eodem conliberto hoc ſcribit. Mihi autem quod ad naturales liberos attinet, voluntatis quæſtio videbitur eſſe, de qualibus liberis teſtator ſenſerit; ſed hoc ex dignitate, & voluntate, & conditione eius qui fideicommiſit accipiendum erit.* Nam ſi verum eſt, vt eſt quod idem Tribon. ſibi parum conſtans refert, reſtaurque *d. Nouel. 89.* Naturalium liberorum nomen, Prudentibus omnibus, & ad tempora vſque Conſtantini fuiſſe incognitum, niſi ad ſignificandos eos qui in ſeruitute ſuſcepti fuiſſent, de quibus etiam ſolis Papinianus reſponderat in *l. cum pater 77. §. volo, de legat. 2.* quantam obſecro diſtinctionem potuerunt hic Iureconſulti inducere, de qualibus liberis teſtator ſenſiſſet? de qualibus, inquam, naturalibus liberis? (ſic enim haud dubiè Tribon. ſenſit) cum iis temporibus non niſi vna, eadémque naturalium omnium ſpecies & conditio eſſet? Hodie ſanè cum illi etiam naturales liberi dicantur, qui nati ſunt ex concubina, aut alio illegitimo coniugio, plures diſtinctiones & inſpectiones poſſunt circa naturales occurrere, præſertim ex diuerſitate paternæ conditionis. Non enim eodem iure cenſentur naturales, qui ex Senatore aliáve perſona illuſtri, & qui ex plebeio ſuſcepti ſunt: *leg. 1. C. de naturalib. liber.* ſicut nec qui ex matre illuſtri, &

Sunt hodie plures differentia naturalium liberorum, olim nulla.

qui ex plebeio ſuſcepti ſunt; *l. 1. C. de nat. liber.* ſicut nec ex matre illuſtri, & qui ex plebeia; *d. l. ſi qua illuſtris, C. ad SC. Orfic.* Sed hoc obiter dictum ſit. Alia etiam fuit Iuſtiniani conſtitutio circa tutelam naturalium liberorum. Ea extat in *l. vlt. C. quand. mul. tutel. offic. fung. pot.* ita induxit Iuſtin. vt quod iam antea erat conſtitutum in liberorum legitimorum matre, vt eorum tutrix eſſe ſi vellet, poſſet; idem in naturalium quoque matribus obtineat, vt ipſorum tutrices eſſe poſſint. Addita etiam ratione, quod ſi in filiis iuſtis, in quibus & teſtamentariæ, & legitimæ ſunt tutelæ, his tamen deficientibus conceditur matribus ad prouidentiam filiorum ſuorum venire, multo magis in his caſibus, vbi legitima tutela euaneſcit, ſaltem alias eis dare humaniſſimum videatur. Ex quibus verbis obſeruandum eſt, vſque adeò legibus incognitos eſſe liberos naturales & illegitimos, vt ne nunc quidem, quamuis ex legibus ipſis nomen & ius naturalium liberorum acceperint, legitima tamen dici poſſit tutela, quæ ipſorum matribus defertur.

l. vl. C. quand. mul. tut. offic. fung. pot.

Hucuſque diximus de naturalibus liberis primi gradus, quæcunque iam ad ſucceſſiones, quam ad tutelas ipſorum pertinent, ex iis Imperatorum conſtitutionibus, quas in Cod. ſcriptas habemus. De nepotibus verò quid dicemus? An fortaſſis eadem in ipſis, quæ in primi gradus liberis obtinuiſſe? Minimè. Nam cùm leges quæ de liberis primi gradus, & de patribus naturalibus duntaxat locutæ fuerant; nihil de nepotibus & auis cauiſſent, nouæque eſſent, & eius iuris correctoriæ, quod tot, tantiſque Prudentibus placuerat, conſequens fuit non debuiſſe extendi ad nepotes, ſed in iis vetus incorrectum remanſiſſe, quoadusquè de nepotibus etiam cautum aliquid & conſtitutum fuit. Quod non obſcurè Iuſtinianus ſignificat *dict. Nouell. 89.* iis verbis, *paullatimque etiam ad nepotes proceſſerunt huiuſmodi legiſlationes*: quorum non ille tantùm ſenſus eſt, vt nepotes perinde ac filij legitimari poſſint; ſed ille etiam, vt quod prius fuerat conſtitutum fauore naturalium & illegitimorum liberorum primi gradus, vt à patribus ſuis naturalibus capere aliquid poſſent, id poſtea ad nepotes quoque traductum, & protractum ſit, vt perinde ab auis ſuis capere iis liceret. Nec dubitare poſſimus aliquod fuiſſe tempus, in quo liberis naturalibus aliquid relinquere pater potuerit, auus tamen non potuerit; hoc eſt priuſquàm indulgentia Imperatorum liberis primi gradus conceſſa, nepotibus quoque indulta fuiſſet, ſiue per extenſionem, & interpretationem priorum conſtitutionum, quaſi ex rationis identitate factum id velis, ſiue per nouam aliquam & ſpecialem legem, quæ de nepotibus fuerit locuta. Quod certè multò credibilius eſt, & conuenientius iis verbis Iuſtiniani, quæ proximè retulimus. Etſi quænam ea conſtitutio ſit, quæ de nepotibus primum locuta fuerit, difficile eſt dicere, ſi non illa ipſa eſt, quam idem Iuſtinianus conſcripſit, & quæ extat in *l. vltima, Cod. de naturalibus liberis.* De qua vt nec ferè dubitem illud facit, quod *initio legis* ita Iuſtinianus ſcribit, *Cuidam qui filium iuſtum habebat nepos acceſſit naturalis, Si nepotis nomen huiuſmodi ſoboli legibus accommodandum eſſet, quærebatur.* Nam ſi ante illam conſtitutionem iam inductum erat nomen naturalium nepotum, quænam dubitandi ratio eſſe poterat, an naturalis nepotis nomen hic

De nepotib. naturalibus.

d. l. vlt. Co. de natur. liber.

mereretur, qui ex iuſto filio quamuis illegitimo patre ſuſceptus eſſet? Vtique enim de illo non quærebatur an legitimus nepos dici deberet, qui ex iuſto filio illegitimè natus fuiſſet. Duo igitur volebat auus in illa ſpecie à legibus impetrare. Primùm illud, vt hunc filij ſui legitimi filium illegitimum nepotem vocare, nepotiſque loco habere poſſet, quia nimirum videbat futurum, vt nihil poſſet ei relinquere, ſi non nepotis, ſed extranei loco & iure illegitimus ille habendus eſſet (alioqui quid intereſſet an nepos eſſet, an extraneus, ſi proinde ab extraneo, atq; à patre, aut ab auo capere illegitimo licuiſſet?) Idque probatur manifeſtiùs ex eo quod ſequitur apud Iuſtinianum: *Volebat enim tali naturali nepoti ex ſuo legitimo filio iã defuncto progenito totam ſuam ſubſtantiam relinquere.* Deinde volebat auus, vt quemadmodum patri concederetur filio ſuo illegitimo relinquere, ſiue inſtitutionis, ſiue alio quouis titulo; ita & ſibi liceret eodem humanitatis & pietatis intuitu inſtituere hunc nepotem, verùm non ad eum vſque modum tantùm, qui patris iudicio & liberalitati præſtitutus erat, hoc eſt vſque ad ſex vncias, ſed in totum aſſem: *quaſi ſacris conſtitutionibus* inquit lex, *tantummodò in filiis naturalibus prohibentibus totum patrimonium, ſiue quantam partem voluerit eis relinquere, & certo fine partes eorum cõcludentibus.* Iuſtinianus autem priuſquàm ad propoſitam dubitationem reſpondeat, & vt generalioni conſtitutioni locum aperiat, præfatur in alio quoque nepotum illegitimorum genere idem quæri poſſe, adeóque iam quæſitum fuiſſe: cùm ait, *Huiuſmodi autem dubitatio & in alia ſpecie ventilata eſt. Quid enim*, inquit, *ſi ex naturali filio nepotem habeat auus legitimum patri ſuo, vel naturalem?* Siquidem tria omnino ſunt genera nepotum naturalium & illegitimorum. Alij ſunt naturales ex filio naturali & illegitimo, alij naturales ex filio legitimo. Alij denique nati ex naturali quidem filio & illegitimo, ſed legitimè iuſtiſque ex nuptiis, qui quamuis legitimi ſint patri ſuo, perinde tamen auo ſunt illegitimi, atque ſi patrem quoque naturalem & illegitimum haberent, quoniam fieri nequit, vt per medium inhabile idest, per mediam illegitimi patris perſonam auo legitimè coniungantur. Ideóque vt appareat eandem omnium rationem & conditionem eſſe, placet Iuſtiniano idem ius in omnibus conſtitui oportere. Sic enim ſcribit: *In omnibus itaque talibus dubitationibus*, & tota reliqua lege, non iam de nepote in numero ſingulari loquitur, ſed de nepotibus in plurali, facta de omnibus illegitimorum nepotum ſpeciebus generali deciſione. Rurſum antequàm in huiuſmodi nepotum illegitimorum fauorem quicquam conſtituat, præmittit verendum non eſſe, ne ſi quid humanius pro talibus nepotibus inducatur, vt ex aui iudicio & voluntate capere aliquid poſſint, paullatim illud quoque incipiat dici aliquid iis tanquam nepotibus & deſcendentibus, vel inuito auo relinqui oportere, quia cùm remaneant ſemper illegitimi, ij quoque qui ex legitimo matrimonio nati ſunt, naturali & illegitima ſobole interueniente, fieri non poteſt vt neceſſitas ex legibus immineat aliquid eis relinquendi. Neque enim à natura, licèt ex maxima ratione naturali, ſed ex legum ciuilium præſcripto & autoritate fit, vt pater filio, auus verò nepoti ex prædefuncto filio aliquid relinquere

compel

compellatur. Quæ tamen legum poteſtas & autoritas iis accommodari nequit, quos leges non agnoſcunt, cuiuſmodi ſunt iſti nepotes naturales & illegitimi, qui licèt tandem à legibus & nepotum & naturalium nomen meruerint, non idcirco tamen legitimi facti ſunt, quia longè aliud eſt nepotum nomen à legibus habuiſſe, aliud verò legitimos effectos fuiſſe: Sicuti ſuprà diximus concubinatum habuiſſe nomen à legibus, ex *l. 3 ff. de concub.* neque tamen legitimum idcirco fuiſſe, aut etiamnum eſſe, quiſquam dicere benè poſſit, non magis quàm ſtuprum, inceſtum, & adulterium; quæ à legibus ſimiliter nomen habuerunt, nec idcirco tamen legitimæ coniunctiones dici poſſunt, ſed potiùs legitima crimina. Hoc igitur eſt, quod ſequitur apud Iuſtinianum, *cùm nulla legitima conſequentia in huiuſmodi perſonis cuſtoditur, ſed interuentu ſobolis naturalis, nullum ius legitimum ſubeſſe poteſt, vt neceſſitas relinquendi aliquid eis legibus immineat.* vbi notandum eſt, quod ait *interuentu ſobolis naturalis,* non de illo ſolo caſu accipi debere, quo pater qui medius eſt inter auum & nepotem fuerit naturalis, ſed de illo etiam quo pater ille fuerit legitimus, dummodò nepos illegitimus ſit. Vtroque enim caſu verum eſt, naturalem & illegitimam ſobolem interuenire, id eſt, adeſſe, neque legitimam conſequentiam in filiis & nepotibus aliter cuſtodiri, quàm ſi & legitimus filius ſit, & legitimus quoque ex filio nepos: Alioquin ſiue filius, ſiue nepos illegitimus ſit, legitimam ſucceſſionem, quam obſcurè magis quàm latinè *conſequentiam* Iuſtinianus vocat, interrumpi & deficere neceſſe eſt. Conſtitutionis autem ſumma hæc eſt, vt *liceat auis quantum voluerint ſubſtantiæ ſuæ in nepotes conferre*: id eſt, non ad certum vſque modum, quem ſex vnciis concludi in naturalibus liberis primi gradus idem Iuſtin. voluit, ſed quantum libuerit, adeóque totam ſuam ſi velint ſubſtantiam. Non enim eadem ratio nepotibus obſtat, quæ filiis, quod ad hanc rem attinet, vt auis data licentia relinquendi nepotibus perinde coarctari debeat, ac ea quæ patribus primùm conceſſa fuit, vt filiis ſuis naturalibus relinquere poſſent. Filiis naturalibus, vt lex ait, relinqui conſtitutiones quantum patres voluerint, ideo prohibuerunt, quia vitium paternum reſtænandum eſſe exiſtimarunt. In nepotibus autem, quicunque tandem illi ſint, nihil tale eſt quod tractari poſſit. Nam tùm quoque cùm ex filio naturali nepos naturalis ſuſceptus fuit, nullum aui delictum, aut vitium eſt circa nepotem, ac multò minus ſi ex filio legitimo nepos illegitimus, aut ex filio illegitimo nepos legitimus natus proponatur. Quæ tamen ratio, cauendum eſt, ne nos cum interpretibus fallat. Sic enim ab illis vulgò accepta eſt, vt à ſolo patre accipere prohibiti ſint naturales, non etiam ab auo, aut ab extraneo, quaſi non tam propria obſtet iis conditio, quàm odium vitij paterni, quod neque ad auum, neque ad alios agnatos, cognatóſve, longè minus autem ad extraneos porrigatur. At nos in ſuperioribus, quod veriſſimum eſt, non odio patris, ſed ſola naturalium liberorum, de quibus nunc agimus, conditione factum eſſe, vt nihil iis ab initio relinqui potuerit, tanquam qui cùm eſſent illegitimi iam inde ab ipſis natalibus, nec ciues Romani eſſent, nec capaces vllius iuris, quod Romanorum legibus non niſi ciuibus Romanis deferretur: Qualia hæc ſunt, vt vel

Quomodo intelligenda ſit ratio poſita in d. l. vl. C. de natur. lib.

teſtamentum facere, vel ex teſtamento capere permittatur. Cui conſequens eſt, vt quemadmodum ratio hæc generalis eſt, ita generaliter ius illud obtinuerit, vt non magis ex aui, aut agnati, aut cognati, aut etiam extranei, quàm ex patris naturalis teſtamento capere naturalis quiſquam poſſet. Tantùmque abeſt, vt vitij paterni odium cauſam dederit prohibitioni, vt è contrario patribus primùm, ac ſolis ab initio permiſſum fuerit filiis aliquid dare, & quidem humanitatis intuitu vt ait Iuſtinianus in *d. l. humanitatis 8. eod. tit.* Inhumanum enim videbatur, vt patres qui vitam dederant, nihil tamen dare poſſent, quo vitam illam miſerrimi filij tuerentur. Aui, agnatorum, cognatorum, extraneorum denique omnium alia ratio erat, qui ſicut vitam non dederant, ita neque humanitatis, neque alio vllo prætextu tam facilè poterant inuita iuriſprudentia extorquere, vt erga eos, qui illegitimi, omninoque legibus incogniti eſſent, teſtamenti factionem, ne actiuam quidem habere deberent. Itaque delirant apertè interpretes, cùm illegitimos omnes vtramque teſtamenti factionem habere probant hoc argumento, quod vtramque habeant omnes qui modo prohibiti non ſint habere: Iſti autem non ab alio quàm à patre ſupra modum conſtitutum capere vllo iuris loco prohibiti reperiantur. Contra enim ſic potius ratiocinari debuerunt, Neminem habere teſtamenti factionem, ſiue actiuam, ſiue paſſiuam, niſi qui ſit ciuis Romanus, & legibus Romanorum cognitus, ex quibus proficiſcitur totum ius & teſtandi & ex teſtamento aut alia vltima voluntate capiendi. Illegitimos porro tales non eſſe, cùm inde illegitimi dicantur, quod à legibus ſint prorſus alieni. Niſi quatenus ex poſteriorum Impp. conſtitutionibus capaces fieri cœperint. Extra caſum igitur earum conſtitutionum, non poſſe quidquam eos capere ex teſtamento, ſiue patris, ſiue aui, ſiue proaui, ſiue agnati, ſiue cognati, ſiue extranei. Nec ergo inſpiciendum aut quærendum eſſe, An capere prohibiti ſint, ſed an permiſſi: vt iam probauimus ex illis *Nouell.* verbis, *Alij quidem & dari & relinqui eis aliquid à patribus concedentes.* Prohibitio namque tunc probanda eſt, cùm agitur de iis excludendis, qui ſi prohibiti non eſſent iure aliquo ſpeciali, vtique ex iure communi admitterentur. Quod naturalibus liberis non conuenit, qui ſunt incapaces non lege aliqua ſpeciali, quomodo cæteri omnes, de quibus lex Iulia Papia, & aliæ latæ ſunt, ne capere quicquam poſſent, & ad quos pertinent iura omnia, quæcunque in libris noſtris de incapacibus ſcripta legimus, ſed ex ipſo iure communi, tanquam iuris Romani penitus expertes, & peregrini. Atqui non eo minùs ſunt illi peregrini, quòd agatur de capiendo ex teſtamento aui, vel proaui, vel cognati, vel extranei. Perinde igitur his quoque caſibus fuerunt, ſunt, & erunt incapaces, ac ſi de patris teſtamento & hæreditate ageretur, niſi quatenus nouæ leges iis fauent. Porrò nulla vſpiam lex eſt, quæ vllo omnino caſu permiſerit naturalibus, vt caperent ex vllius extranei teſtamento. Falſum igitur eſt quod vulgo creditur poſt Accur. *ad §. vlt. d. Nou. 89.* naturales, tanquam alios quoſlibet, ab extraneo hæredes inſtitui poſſe. Quare nec ſatis mirari poſſum virum doctiſſimum Iacobum Cuiaciũ, in iuris noſtri principiis, ſi quis vnquam alius, tam bene verſatum

Mala ratiocinatio interpretum.

(Ioannem Antonium Manutium Doctorem meum ſemper excipio) neque propenſum facilè ad vulgarium interpretum errores adiuuandos, in hunc tamen errorem conſenſiſſe. Is enim ad *1. par Nou. 12. de nupt.* ſcribit apertiſſimè filium naturalem patri quoque ex teſtamento hæredem eſſe olim potuiſſe in aſſem, ſicut extraneum quemlibet; quaſi verò fuerit ea capiendi licentia poſteriorum Imperatorum conſtitutionibus reſtricta, ac non potiùs tùm primum ab Imperatoribus inducta & indulta. Sed illud multò magis miror, quod idem Cuiacius ſcripſit in *parat. ad tit. ff. de concub.* Concubinatum legitimam coniunctionem eſſe vt matrimonium, & liberos ex concubina ſuſceptos non eſſe ſpurios, ſed naturales, patrémque habere, ſicut & illos qui ſuſcepti ſint ex contubernio, aut ex matrimonio, aut ex adoptione. niſi quod, inquit, ex concubinatu & contubernio pater naturalis eſt, ex matrimonio & adoptione iuſtus, ex ſtupro nullus. Quæ omnia ex iis quæ ſuprà diximus, legibúſque pro noſtra ſententia citatis tam euidenter refelluntur, vt nihil dici poſſit euidentius. Ex eo autem maximè quod ſi concubinatus legitima eſſet, vt ille vult, coniunctio, prorſus conſequens eſſet, vt patrem faceret non ſolùm naturalem, ſed etiam legitimum, & conſequenter, quod tamen ille ipſe negat, & rectè, iuſtum. Niſi fortè diſtinguendum putauit inter iuſtum, & legitimum, quam diſtinctionem tunc ego admittam non illibenter, cùm mihi perſuaſum erit ius hac parte à legibus differre: aut cùm quis pro Cuiacio, me docuerit, quid ſibi velit titulus ille *Nouell.* 74. *Quib. mod. natur. filij effic. legit.* ſi eſſe naturalem hoc ipſum ſignificat, legitimum eſſe. Quid ergo eſt, inquies, quod Iuſtinian. ſcribit in *dicta lege vltim. De natur. liber. Filiis enim naturalibus relinqui conſtitutiones quantum voluerint ideo prohibuerunt*, ſi prohibitio nulla interceſſerit: Reſpondeo conſtare ex ſuperioribus ita Iuſtinianum ſcripſiſſe, quoniam poſteriores Imperatores, cùm fauore liberorum naturalium, & humanitatis intuitu permiſerunt filiis naturalibus, vt ad certum vſque modum capere poſſent, hoc ipſo prohibuerunt ne quid ſupra modum illum capere poſſent, hoc ne quid extra modum illum de iure veteri & communi derogatum intelligeretur. Itaque non de illa prohibitione loquitur Iuſtinianus, quæ ſpecialiter & expreſſim facta ſit, ſed de illa quæ tacitè conſequens ſit licentiæ datæ capiendi ad certam vſque quantitatem, id eſt quam præceſſerit non permiſſio iuris communis, vt vulgò interpretes malè opinantur, ſed permiſſio iuris noui ab Imperatoribus inducti contra ius ipſum commune. Non alio planè ſenſu, quam ſi pro verbo illo *prohibuerunt* ſcriptum eſſet *non permiſerunt*, quomodo ſcripſiſſet, ni fallor, Tribonianus, ſi aut elegantius loqui didiciſſet, aut vereri potuiſſet futurum aliquando, vt in tam aperto iure interpretes omnes cæcutirent. Atque ita etiam accipi deberet quod ſequitur in eadem Iuſtiniani conſtitutione, *Sobole enim legitima ſubſiſtente, veterum conſtitutionum tenorem in naturalibus filiis ſtatutum, & in nepotes extendimus.* Senſus namque eſt, non vt extenſione aliqua & ſpeciali lege opus ſit ad excludendos nepotes naturales, ne ex aui teſtamento capere quicquam poſſint, ſi qua ſoboles adſit legitima (ſufficiebat enim quod non fierent capaces, cùm ipſo iure iam excluſi eſſent tanquam alienigeni & peregrini.) Sed quia factis illis capacibus ex noua illa Iuſtiniani lege, dubitari poterat an legitima quoque ſobole ſubſiſtente perinde capaces facti eſſent, ni Iuſtin. expreſſiſſet eo caſu ſe veterum conſtitutionum tenorem, quæ de filiis latæ fuerant, ad nepotes extendere. Quod ipſum nihil aliud eſt, quam eo caſu incorrectum manere ius vetus, ex quo erant illegitimi omnes, & omnium, & ab omnibus incapaces. Quid enim aliud prioribus conſtitutionibus circa filios naturales, exiſtente legitima ſobole, cautum erat, niſi vt non magis capere quicquam ſupra vnciam poſſent, quàm ſi vt antea legibus omnino incogniti manſiſſent. Proinde ſi quis hodie quærat, Cur legitima ſobole ſubſiſtente nihil relinqui poſſit illegitimo nepoti? non poſſis melius reſpondere, quam ſi rationem illam adferas, quod ei hoc caſu capere non ſit permiſſum. Id enim ſufficit, quamuis nec prohibitum ſit, niſi in tacitam conſequentiam permiſſionis ad caſum contrarium reſtrictæ. Neque ſanè fuiſſet neceſſe verſiculum illum adiici, niſi omnis dubitationis tollendæ gratia, cùm dubitari potuiſſet, an ſicuti meliorem fecerat Iuſt. conditionem nepotum, quàm filiorum, in eo, vt totam aui ſubſtantiam, non ad certum vſque modum capere poſſent ex eiuſdem voluntate (addita etiam ratione illa, quod non ſicut patri circa filij perſonam, ita & auo circa nepotem imputari quidquam poſſet.) Sic in eo quoque melior conditio facta videri deberet, vt quamuis legitima ſobole ſubſiſtente, filij omnino extra vnciam excluderentur, nihilominus nepotes admitterentur. Quemadmodum ab eodem Iuſtiniano factum videmus, vt quia iis conſtitutionibus, quas ad exemplum Zenonianæ & Anaſtaſianæ tulerat de liberis naturalibus, per ſubſequens matrimonium legitimandis, non expreſſerat modum illum, quem priores Impp expreſſerant, ſi legitima ſoboles nulla supereſſet, inde nata dubitatione, an modus ille prætermiſſus pro expreſſo habendus eſſet, an pro omiſſo, neceſſe illi fuerit in eam rem ferre nouam legem, qua declauit velle ſe haberi eum pro omiſſo: *Nouell.* 12. cui tit. eſt *de inceſt. nupt.* In eo fauens liberis naturalibus per ſubſequens matrimonium legitimatis plus quàm priores Imperatores fauere voluiſſent. Cæterùm ſi nihil ex iure vetere Iuſtinianus in nepotibus naturalibus immutaſſet, nihil cauſæ erat cur moneret extendere ſe ad nepotes quod fuerat in filiis conſtitutum, cùm eo ſolo quòd non eſſent facti capaces, remanſiſſent vtique incapaces. Idque apertius intelligitur ex eo quod ſubiicit Iuſtinianus, *Sed hoc in his tantummodo ſancimus, in quibus ex voluntate aliquid conſecuti ſunt. Iura etenim ab inteſtato in aui ſucceſſionem nemini eorum penitus aperimus.* Nam ſicuti apud omnes in confeſſo eſt, filios naturales, etiam legitimis nullis ſubſiſtentibus, nullomodo ſuccedere poſſe ab inteſtato ex iure Codicis; ex *Nouella* verò 89. non niſi ad duas vſque vncias, & quod ad patris bona attinet duntaxat, ſi neque iuſti liberi, neque iuſta vxor ſuperſit; nepotes autem ne in duabus quidem illis vnciis, vt mox dicemus; Ita fatendum eſt, non aliam iuris huius rationem adferri poſſe, quàm quòd nulla vnquam conſtitutione, ſi vltimam hanc Nouellam excipias, aperta ſit iis ad inteſtati ſucceſſionem via, quæ antea ſemper non ex prohibitione aliqua, ſed ex propria ipſorum conditione velut alienigenis & peregrinis fuerat præcluſa & obſtructa, quemadmodum

R'ius error. Cuiacij.

Inter iuſtum & legitimum patrem nihil diſtat.

De ſententia verſic. ſobole enim, d. l. vl.

Ver. ſed hoc in his, d. l. vlt.

Digitized by Google

dum & via ad ſucceſſionem teſtati, niſi ex quo tempore & quatenus Impp. vt *ex eadem* Iuſtiniani *Nouella* ſuprà diximus, eam aperuerunt. Vnde illud etiam eſt, quod quamuis filij primi gradus, vt modo dicebamus, deficientibus legitimis, ſuccedant ab inteſtato in ſextante; non idem tamen de nepotibus dici poſſit, quia filiis ſolis viam Iuſtinianus hanc aperuit, nepotibus non item. Quod nec vulgares interpretes ignorarunt: Quamquam non ea iuris ratione moti, quæ nos mouet, ſed ex eo maximè quo etiam mouemur, quod Iuſtin. *ea ipſa Nouella* 89. qui tam impenſe fauet filiis naturalibus, vt ad ſextantem ab inteſtato admitti eos velit, nihil tale conſtituit in nepotibus. Quinimmo de

In nepotibus illegitimis nihil à Iuſtiniano correctum eſt.

iis expreſſim cauet ad *fin. c. in* 12. hæc verba: *De nepotibus enim naturalibus, quæ iam à nobis ſpecialiter etiam de ipſis diſpoſita ſunt, obtineant.* quibus verbis apertiſſimè conſtituit vt incorrecta maneant omnia, quæ de nepotibus ſancita ſunt in *dicta lege vlt.* Is enim ſolus in toto iure noſtro locus eſt, quo de nepotibus naturalibus aliquid præſertim à Iuſtiniano cautum reperitur. Quo argumento non deſunt, qui etiam defendant ne quidem vnciam nepotibus naturalibus relinqui poſſe in aui teſtamento, ſi qua legitima ſoboles ſuperſit, propterea quod ſolis filiis eo caſu ſubſiſtentium legitimorum aperta ſit via ad ſucceſſionem teſtati pro vncia, de nepotibus autem nihil tale conſtitutum inueniatur: Sed parum ſubtiliter, meo iudicio, ſiquidem *in hac ipſa l. vlt.* Iuſtin. apertè ſcribit, Legitima ſobole ſubſiſtente, ſe veterum conſtitutionum tenorem in filiis naturalibus ſtatutum etiam ad nepotes extendere. At non enim prorſus conſequens eſt, vt quemadmodù legitimi liberi non obſtant filio naturali, quominus vnciam ex patris teſtamento capere poſſit, ita nec obſtent illegitimo nepoti quominus tantundem capere ipſi liceat ex teſtamento aui? Et verò cùm Iuſtinianus fauorabiliorem efficiat conditionem nepotis, quàm filij naturalis in cauſa teſtati; vix credibile eſt deteriorem eſſe voluiſſe in cauſa inteſtati. Nam quòd in *d. l. vlt.* profitetur ille, nolle ſe cuiquam nepotum ad ſucceſſionem inteſtati viam aperire, non aliam rationem & cauſam habuit, quàm quod eo tempore nec filiis ipſis via illa vllo caſu aperta eſſet. At vbi cœpit aperta eſſe vno caſu ad modum vſque ſextantis, non poſſis dicere, cur non debuerit etiam aperta eſſe nepotibus. Videtúrque id factum, aut potiùs prætermiſſum per incuriam & errorem Triboniani magis quàm aut iudicio vllo, aut ratione. Quanquam fateor non poſſe id facere, vt ex rationis identitate Iuſtin. conſtitutio de filiis tantùm locuta, extendi debeat ad nepotes, quorum excludendorum gratia, cùm ſint ipſi non tam ex iure vetere, quàm ex propriæ conditionis vitio prorſus incapaces, ſatis eſt nihil hac parte in eorum fauorem iure nouo fuiſſe conſtitutum. Sequitur poſtrema Iuſtinianeæ legis clauſula his verbis

Verſic. Et hæc non ſolum d. l. vlt.

concepta: *Et hæc non ſolum eis accedere cenſemus à ſubſtantia aui paterni naturalis, ſed etiam proaui, vel alius cognationis, ſi quis ſaltem huiuſmodi vocabulum in iam dictas homines extendere maluerit.* Cuius clauſulæ ſenſus prima facie non obſcurus ille eſt, vt quod ea lege conſtitutum fuit in fauorem nepotis naturalis & illegitimi, quantum ad aui ſubſtantiam pertinet, idem ratione proaui, cæterorumque omnium, qui huius illegitimi nepotis cognati ſunt ex parte patris, conſtitutum intelligatur. Quid autem conſtitutum fuit quod ad auum? Hoc vnum, vt nullis exiſtentib. legitimis, poſſit auus totam ſuam ſubſtantiã ei relinquere, ſiue teſtamento, ſiue qualibet alia, vel vltima, vel inter viuos voluntate: (generale namque eſt *voluntatis* nomen, quo Iuſtin. vſus eſt in illo verſic. *ſed hoc in his tantummodo ſancimus, in quibus voluntate aliquid conſequuti ſint.* Sicut & cæteræ leges omnes, quæ hac in re naturalib. fauent, ad omnem voluntatis ſpeciem pertinent: *l. iubemus 6. d. l. humanitatis 8. in fin.* & paſſim *eo t.*) Legitima verò ſobole ſubſiſtente, nihil ex aui teſtamento capere nepos poſſit, excepta, vt diximus, vncia; ab inteſtato verò ne obolum quidem. Ergo quoad proauum, cæteróſque patris cognatos idem obtinebit, vt nulla exiſtente legitima ſobole, poſſint huic nepoti quantum libuerit relinquere: Ea verò exiſtente, aut ab inteſtato, nihil prorſus. Neque hoc vllam, aut apud interpretes, aut apud me habet dubitationem. Sed de illo tamen dubitari poteſt quod

Noua & elegans dubitatio.

lex ait de legitima ſobole, cum de paternorum cognatorum bonis agitur, an accipi debeat de legitima ſobole aui, cuius nepos hic eſt illegitimus, an potius de legitima ſobole cognati, qui nepotem hunc illegitimum heredem inſtituerit? Etſi non reperio interpretem qui hanc vel ſummis digitis attigerit dubitationem. Quam ad paternos cognatos reſtringo: quia, ſi bene inſpicias, cadere in proauum, aliúmve ex aſcendentibus nullo modo poteſt. Nempe quòd omnes quotquot ſunt à proauo, aliiſve ſuperiorum graduum parentibus deſcendentes legitimi, ſoboles legitima ſunt eius ipſius teſtatoris, cuius & illegitimus nepos hic eſt, de quo diſputamus. Nec enim minùs ſum ego legitima ſoboles aui, proaui, abaui, atraui mei, & deinceps, quàm patris mei, dummodò legitima ſucceſſio & filiatio nonquam fuerit interrupta. In cognato igitur nepotis huius illegitimi, de quo agimus, non aliud eſt, quia cùm ſit ipſe quoque ex deſcendentibus, ſi legitimos liberos is habeat; erit illa ſoboles legitima eius ipſius, cuius nepos illegitimus eſt. Etſi enim non cognati ſui, ſed aui, cæterorúmque aſcendentium proles illegitima eſt, hic nepos (ſiquidem eum prolem & ſobolem dicimus, non niſi deſcendentes ſignificamus:) cognati tamen filius legitimus idem eſt pronepos legitimus aui illegitimi, & conſequenter ex ipſius ſobole legitima. At quia non ſimiliter legitima ſoboles aui, poteſt dici legitima ſoboles nepotis legitimi, fiet locus dubitationi, ſi ponas ſupereſſe legitimam ſobolem aliquam ex auo, nullam verò ex nepote legitimo, eodémque teſtatore. Quæſtio igitur in eo eſt, An cognatus paternus nepotem iſtum, eundémque cognatum ſuum illegitimum hæredem inſtituere poſſit, ita demum ſi nullam teſtator ipſe iuſtam ſobolem habeat, licèt ex eodem auo ſuperſint alij legitimi deſcendentes? An verò curandum non ſit, vtrum cognatus hic teſtator liberos aliquos legitimos habeat, ſed illud tantummodo inſpiciendum, Vtrum legitima aliqua ſoboles ſuperſit ex eo ipſo, cuius nepos hic illegitimus eſt, vt eo caſu non poſſit nepos inſtitui ab illegitimo cognato paterno, quamuis nullos ipſo liberos habente. Quæ quæſtio, cùm hæc Romæ ſcribebamus, à nobis ſumma diligentia & contentione tractabatur pro Illuſtriſſima & Excellentiſſima D. Principe Anna Eſtenſi Gebennenſium Namurci Carnutúmque Duciſſa, contra Sereniſſ.

cendentium, parentum ipſorum voto; nihil aliud inducit, niſi vt legitima ſaltem portio iis relinqui debeat, non etiam vt inuitis parentibus tota ſucceſſio iis deferatur: *d. l. nam etſi, l. vltim ff. de bon. damnat.* Quòd ſi cùm de teſtamento extranei agitur, & quæritur an naturalis ex eo capere aliquid poſſit, non inſpicimus an extraneus ille ſobolem aliquam legitimam habeat necne: Cur ſi de cognati hæreditate ac teſtamento agatur, inſpicere volumus an aliqua ſit ei iuſta ſoboles, an nulla; vt aliqua exiſtente, non poſſit naturalis capere ex teſtamento cognati, quod capere poſſet in ſimili caſu ex teſtamento extranei? Et verò ita eſſe, vt Iuſtinianus in *d. l. vlt.* excipiendo eum caſum, quo legitima ſoboles ſuperſit, non de alia ſobole ſenſerit, quàm cui nepos illegitimus naſcendo iniuriam fecerit; hoc eſt quæ ſit eius ipſius, cuius & illegitima ſoboles eſt. Ex eo probari non ineleganter poteſt, quod idem Iuſtin. conſtituit *d. Nouel.* 89. *cap.* 12. vnde ſumpta eſt *Auth. licet, eo. ti. De natur. liber.* vt in eo ſextante, cuius ille primus naturales filios capaces fecit ab inteſtato, non aliter ſuccedere poſſit filius naturalis, quam ſi non modò iuſta proles nulla ſit, ſed nec iuſta vxor. An ne fiat iuſtæ vxori iniuria, ſi filius naturalis ad ſextantis illius ſucceſſionem admittatur, & vt filio naturali vxor legitima præferatur? Minimè. Conſtat enim vxorem à bonis inteſtati mariti, cui agnatus, vel cognatus aliquis ſuperſit, eſſe omnino extraneam: *l. vlt. C. quor. bonor.* nec niſi deficientibus iis omnibus, & ad ſolius fiſci excluſionem poſſe illam viro, & viciſſim vxori virum ſuccedere: *l. vnic. C. vnde vir & vxor.* Sed quia illegitimus ex viro legitimè coniugato natus, non ſolùm iuſtis liberis ex legitimo matrimonio ſuſceptis, vel ſuſcipiendis, iniuriam fecit naſcendo, verùm etiam legitimæ vxori, qua extante non licuit habere concubinam; *l. vnic. C. de concub.* bene vidit Iuſtinianus æquum non eſſe, vt illegitimorum ratio vlla haberetur, quandiu legitima vxor ſupereſſet, licèt neque ſuccedere ipſa poſſet, aliis fortè agnatis, cognatiſve ſuperſtitibus, neque iuſta ipſius ex eodem matrimonio ſoboles, quæ nulla eſſe proponeretur. Ergo cùm negari non poſſit, omnem, qui illegitimus naſcitur, hoc ipſo iniuriam facere legitimis omnibus ex eo deſcendentibus, ex quo & illegitimus ipſe deſcendit; fatendum etiam & multò magis eſt, quandiu ex iis legitimis, vel vnus ſupereſt, cuiuſcunque ſexus & conditionis ſit, non magis cognato, quàm patri ipſi, vel auo, vel proauo permittendum eſſe, vt illegitimum vlla in re inſtituat, ſiquidem ab inteſtato legitimus ille ſuperſtes, cognato ſuo proximo, aut veriùs agnato, in totum aſſem ſucceſſurus eſſet, in eóque plus iuris haberet quàm legitima vxor; quæ tamen vt diximus impedit, ne ab inteſtato, vel in modica portiuncula, id eſt, in ſextante ſuccedere filius naturalis poſſit. Nec eſt quod quis replicet, cognatum hunc, ſi nepotem iſtum illegitimum de quo agimus, hæredem non ſcripſiſſet, potuiſſe alium quemlibet etiam extraneum ſcribere ex toto aſſe, præterito cuiuſcumque gradus & ſexus agnato: vt proinde nulla proli legitimæ iniuria fieri videatur, ſi naturalis totam habeat cognati ſubſtantiam, quam, circunducta naturalis & illegitimi nepotis perſona, extraneus alius quilibet habere potuiſſet. Non enim credibile eſt, fratrem oblitum fraternæ coniunctionis, tam facilè quæſiturum ſibi hæredem in familia, ſiue omnino extranea, ſiue remotioris alterius cuiuſpiam agnati, aut cognati, præterita perſona fratris legitimi, vel legitimæ ſororis, quàm facilè ſibi quærit ex illegitimis, quos in propria familia inuenit, nec minùs familiæ nomen gerentes, quàm ſi ex legitima coniunctione in familia eſſent. Quo magis prouidendum fuit, ne in præiudicium legitimorum, quæri & eligi hæredes poſſent, vt ſolet ciuilis Legiſlator in eo, quod contra rationem faciliùs euenire poſſe videt, maiorem ne id eueniat cautionem adhibere. Nam vt agnato, vel cognato aliquo ſuperſtite, non poſſet extraneus hæres inſtitui, non poterat Legiſlator conſtituere, quin liberam teſtandi facultatem aufferret, nedum conſtringeret, quam tamen lex duodecim tabularum induxit, & cui cæteræ omnes leges tantopere fauent. Satiſque viſum eſt, ſi fratribus & ſororibus legitimis tanquam proximioribus agnatis hactenus proſpiceretur, vt iis præteritis querela inofficioſi teſtamenti daretur, ita demum ſi vel turpis perſona eſſet inſtituta, vel ea quæ non careret aliqua ſaltem maculæ nota: *l. fratres 27. C. de inofficioſ. teſtament.* At vt nemini ex agnatis liceret hæredem inſtituere illegitimum nepotem eius, ex quo legitima proles ſupereſſet, tametſi agnati ipſius teſtantis nulli liberi extarent, potuit, debuítque conſtitui citra periculum vllum reſtringendæ facultatis teſtandi, quia illegitimus hic nepos talis erat, quem nemo ex agnatis, quantumuis amplam habens teſtandi facultatem, inſtituere potuiſſet, tanquam alienigenam & peregrinum; ni Iuſtinianus inſtituendi eius poteſtatem indulſiſſet. Itaque non id agendum Iuſtiniano fuit, vt propter legitimam ſobolem aui, cuius hic nepos illegitimus eſſet, fieret ille incapax ſucceſſionis & bonorum cognati, quod duriuſculum fortaſſe videri debuiſſet; ſed illud tantùm, vt quandiu aliquis ſupereſſet ex legitimis, quem veriſimiliter agnatus, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato, fuerat prælaturus non modò cuilibet extraneo, ſed cæteris etiam remotioribus agnatis, aut cognatis, ſi nepos hic illegitimus in rerum natura non fuiſſet; nihil noui fauore nepotis illegitimi induceretur, ſed maneret ille, vt ſemper anteà, incapax habendi quidquam ex teſtamento cognati. Ne aliter poſito iure fieret iniuria non ſolùm legibus, quibus omnino incognitus eſt, quiſquis eſt illegitimus; ſed etiam proli legitimæ, quæ iam paſſa iniuriam ex illegitimi nepotis natalibus, vtpote patri, aut auo ſuo legitimo incontinentiæ vitium aſſiduè exprobrantibus, longè maiorem pateretur, & grauiorem, ſi propter talis nepotis inſtitutionem ab agnato factam priuaretur emolumento ſucceſſionis, quàm, illegitimo nullo ſubſiſtente, ſperare licitè ac ex legibus potuiſſet. Maximè verò, ſi vt in ſpecie noſtra euenerat, illegitimo iſti nepoti ſubſtitutus nemo alius proponatur, quàm qui vel ex eius familia ſit, vel perinde illegitimus quoque, aut ex illegitimo ſuſceptus. Tunc enim nemo eſt, qui legitimæ proli aufferat agnati ſucceſſionem ex iudicio teſtatoris, ſecluſis illegitimis, qui omnes incapaces reperiuntur. Quod ſecus eſſet, ſi illegitimis ſubſtitutus eſſet in caſum vulgarem alius, cum quo libera eſſet factio teſtamenti: Eo namque caſu, minùs intereſſe legitimæ ſobolis videretur, quæ ſcilicet illegitimis quoque omnibus excluſis, nihilo magis eſſet ſucceſſura. Quanquam non eo mi-

Authẽ. licet C. de natur. liber. ſumpta ex dict. Nouel. 89 quib. mo. natur. effic. ſui. c. 12.

l. fratres 27. C. de inoffic teſtam.

nus

agnates, indéq; fiat vt iure ordinatio ſpurij quoque, & vulgo quæſiti liberi, petere poſſint bonorum poſſeſſionem matris ſuæ, itémque mater talium liberorum, & fratres etiam inter ſe ex capite *Vnde cognati*, *l. ſi ſpurius*, & *l. 2. verſ. itoque*, *eod. tit. Vnd. cognat.*

At neque cognatos ex parte patris.

Non poteſt tamen ea res facere vt nepos illegitimus cognatos habeat eos, qui ſunt agnati, aut cognati patris naturalis, quia prius eſſet vt ſciri deberet quis eſſet pater, quàm vt ſciri poſſet qui ſint cognati ex parte patris. Atqui quamuis in rerum natura certum ſit quis ſit pater, idipſum tamen per rerum naturam ſciri certò non poteſt, cùm nuptiæ nullæ interceſſerunt. Quod in matre, cognatiſque maternis diuerſum eſt; quia mater, vt diximus, ſemper eſt certa: *d. l. quia ſemper 5. De in ius vocand.* Eóque pertinet, hoc eſt ad paternam cognationem, quod Modeſtinus ſcribit in *l. 4. §. ſciendum, de gradib. & adfin.* neque cognationem, neque adfinitatem eſſe poſſe, niſi nuptiæ non ſint interdictæ, ex quibus adfinitas coniungitur, ſiquidem cognatio paterna nihil omnino cum nuptiis commune habet: *d. l. 2. & 7. ff. vnd. cognat.* Atqui, inquies, qui ex concubina ſuſcepti ſunt, patrem demonſtrare poſſunt, ſc. naturalem; ex quo placuit Impp. quamuis inuita Iuriſprudentia, vt dici poſſent liberi naturales: Cur ergo dubitamus an cognatos ſaltem habeant illos, quibus per patrem illum naturalem coniunguntur, cum cognationis nomen ſit etiam naturale? Reſp. ex vulgari iuris regula, id quod contra iuris rationem receptum eſt, non eſſe producendum ad conſequentias: *l. quod verò 14 ff. de legib.* aut ad conſequentia, vt loquitur *l. quod contra 141. de reg. iur.* ideóque etiam poſt Conſtantini, aliorúmque Imperatorum leges, quæ naturalium parentum & liberorum nomen Prudentibus incognitum & inauditum inuexerant, dubitatum fuiſſe Iuſtin. temporibus an nepos dici deberet, qui ex filio naturali ſuſceptus eſſet, an auus viciſſim is, qui ſiue filij, ſiue patris naturalis pater fuiſſet.

Iuſtinianus primus dedit filiis illegitimis auū, proauum, & cognatos.

Quòd ſi in eam rem neceſſaria fuit Iuſtin. conſtitutio in *d. l. vlt.* quantò magis neceſſaria fuit, vt nepos hic naturalis & illegitimus dici poſſet cognatos habere illos, quibus non niſi per patrem naturalem coniungeretur? Denique Iuſtin. primus extitit qui huic nepoti illegitimo & auum dedit, & proauum, & cognatos; non daturus, ſi non fuiſſet id neceſſe ad inducendum contra iuris rationem, vt non tantum filius naturalis à patre capere poſſet, quod iam obtinuerat, ſed etiam nepos ab auo, & à proauo, & ab alio quolibet ex illa cognatione humanitatis intuitu, & pietatis; non etiam ab extraneo, quem nulla humanitatis ratio vrgeret, vt homini illegitimo & peregrino ad familiam ſuam nil pertinenti quicquam relinqueret. Ergo vt ratiocinationem hanc noſtram concludamus, eum nepos iſte naturalis & illegitimus non poſſit inſtitui hæres ab eiuſdem aui nepote legitimo, niſi tanquam cognatus, ídque ex nouo priuilegio Iuſtin. à quo non ſolum ius hoc capacitatis, ſed etiam nomen ipſum *cognati* habet; cognati autem appellati ſunt quaſi ex vno nati, aut vt Labeo dicebat, quaſi commune initium naſcendi habuerint: *l. 1 § 1. ff. vnd. cognat.* fatendum eſt, non niſi per mediam aui perſonam, ex qua vterque nepos & legitimus & illegitimus deſcenderit, poſſe illegitimum capacem eſſe aliquid à legitimo capiendi: Quo admiſſo, quod negari certè non poteſt, illud etiam omnino conſequens eſt, vt non magis licere debeat nepoti legitimo, illegitimum nepotem ſcribere hæredem, legitima ſobole ſubſiſtente ex eodem auo, quàm ipſi auo liceret, per quem vnum nepoti hoc ipſum licet. An non enim abſurdiſſimum eſſet, plus iuris habere nepotem legitimum per mediam perſonam aui, quàm auum ipſum in illegitimo nepote inſtituendo, aliáve liberalitate donando? Et viciſſim, plus habere iuris nepotem illegitimum a nepote legitimo tanquam cognato ſuo inſtitutum, propter coniunctionem, quam aui perſona inter eos parit, quàm eſſet habiturus ſi ab auo ipſo inſtitutus fuiſſet? Atqui non potuiſſet inſtitui ab auo, legitimam cuiuſlibet ſexus ſobolem relinquente. Eadem igitur legitima ſoboles aui, quæ auo ipſi obſtaret ne illegitimo nepoti relinquere quidquam poſſet, obſtare etiam debet nepoti legitimo, vt quamuis ipſe nullis ſuperſtitibus liberis decedat, nihilo magis nepotem illegitimum hæredem inſtituere poſſit, quippe qui nec illum inſtituendi ius habeat, niſi tanquam cognatus; nec rurſum cognatus eſſe niſi per auum. Idque etiam non obſcurè idem Iuſtinianus innuit, cùm poſt latam de auo, auique ſubſtantia conſtitutionem, ſubiicit; *Et hoc non ſolùm eis accedere cenſemus à ſubſtantia aui paterni naturalis, ſed etiam proaui, vel eius cognationis*, id eſt, vt ſupra interpretati ſumus, cuiuſlibet ex ea cognatione, ſicut & in *d. Nouel. 89. c. 12. §. ſi quis autem, ver. & veniat cognatio*, hoc eſt, vt rectè omnes interpretantur, aliquis ex cognatis: Eſt enim genitiuum illud *eius*, adiectiuum ſequentis ſubſtantiui *cognationis*, nec ad auum vt quidam putant, ſed ad cognationem referendum, acſi ſcriptum eſſet, *eiuſmodi cognationis*.

d. Nouell. 89. cap. 12. §. ſi quis autem.

Vtcumque ſit, coniunxit Iuſtinianus perſonas cognatorum cum perſona proaui in eadem parte orationis, qua, quod fuerat conſtitutum in auo, protrahit ad proauum, & ad cognatos. Proinde cùm ea protractio & extenſio ſuam ſecum trahat exceptionem, *ſi modo legitima ſoboles nulla ſuperſit*, (fit enim extenſio haud dubiè cum ſuis omnibus qualitatibus & conditionibus) conſequens eſt vt non alio ſenſu legitimam ſobolem accipere debeamus, cùm de cognati hæreditate tractamus, quam cum de proaui, vt, iuxta vulgare Interpretum noſtrorum brocardicum, deſumptum ex *l. iam hoc iure 4. De vulg. & pupill. ſubſtit.* plurium determinabilium par, & æqualis, & vniformis, quomodo loquuntur, ſit determinatio. At nemo dubitat quin de legitima ſobole aui accipiendum illud ſit, quantum ad proauum attinet. Ergo & quantum ad cognatos. Erunt enim omnia diſparia & difformia, ſi quod ad proauum intelligas de legitima ſobole aui, quod ad cognatum verò de legitima ſobole ipſius cognati: Nec rurſus conuenient verba illa generalia, & indiſtinctè prolata, *ſcilicet nulla legitima ſobole ſubſiſtente*, & paullo pòſt, *vbi legitima ſoboles minimè facit impedimentum*, & rurſum, *Ea enim ſubſiſtente.* Non enim verum eſſe poteſt generaliter & indiſtinctè, legitimam ſobolem nullam supereſſe, quandiu aliqua ſupereſt ex auo, licèt ex legitimo nepote nulla ſuperſit.

Dices fortaſſe, non eſſe locum regulæ, De pluribus determinabilibus vniformiter determinandis, cùm determinandi diuerſa ratio eſt, vt iidem Interpretes paſſim inculcant. Hic autem diuerſam eſſe rationem in proauo, & in nepote legitimo, eodémque nepotis illegitimi cognato,

gnato,

Digitized by Google

gnato, propterea quod quæ aui legitima ſoboles eſt, eadem legitima quoque ſoboles eſt proaui, quippe qui ex aſcendentibus ſit, at non ſimiliter nepotis qui ex deſcendentibus eſt. Verùm iam ſuprà dixi, diuerſitatem iſtam eſſe magis, quàm rationem diuerſitatis. Eam demum enim legitimam ſobolem facere impedimentum illegitimo nepoti, ex cuius comparatione & correlatione nepos illegitimus appellatur, & cui nepos illegitimus naſcendo iniuriam fecerit, id eſt quæ legitima ſit ex eo ipſo, ex quo & nepos illegitimus eſt, ac proinde quæ ſit ex eodem auo, licèt non ſit ex legitimo nepote. Non dico, *non quæ ſit ex legitimo nepote*. Nam & quæ ex legitimo nepote eſt, impedimentum facit ne legitimus ille aliquid relinquere illegitimo poſſit: At non tanquam ſoboles nepotis legitimi, vt ſuprà monuimus, ſed tanquam ea quæ legitimi nepotis ſoboles eſſe non poſſit, quin etiam ſit aui, cæterorúmque legitimorum aſcendentium omnium, ſiue ſupra auum ſint, ſiue infra auum. Cæterùm licèt nepos hic legitimus ſobolem nullam reliquerit, non eo minùs vetum eſt ſupereſſe legitimam prolem aui, ſi modò legitimi huius nepotis frater aliquis ſuperſit legitimus, vel vt in propoſito, legitima ſoror. Perinde igitur vtroque caſu nepotis illegitimi inſtitutio, aut ex alio quolibet titulo capiendi ius impedietur, vt exceptio in lege poſita, & tam claris verbis concepta locum habeat in omni caſu, in quo ipſa etiam verba locum habent. Replicabis ſecundùm hanc rationem, fore vt generaliter, & indiſtinctè illegitimi ſint incapaces, quamdiu vel vnus ſupererit ex legitimis, ſiue ex aſcendentibus ille ſit, ſiue ex deſcendentibus, ſiue ex tranſuerſalibus, cuiuſcunque tandem ſit non modò ſexus, ſed etiam gradus, cùm neceſſe omnino ſit, aliquem tandem repetiri ex aſcendentibus, ex quo tam legitimus ille qui in fauorem illegitimi teſtari volet, quàm illegitimus ipſe deſcenderint: Ego verò etiamſi quis ita ſentiret & ſcriberet, non facile aberrate illum, aut abſurdi quidquam inducere exiſtimarem: Nam & Iuſtiniani verba ſententiam hanc ſatis admittunt, & ratio vlla vix excogitari poteſt, qua poſſis eam refellere; Niſi quod ex eiuſdem Iuſtin. *Nouell. 89. cap. 12.* vnde ſumpta eſt *d. Auth. licèt. C. de natur. liber.* apertè conſtat aſcendentes illius, qui filium illegitimum reliquerit, non poſſe impedire quominùs pater naturalis moriens ſine iuſtis liberis, & ſine iuſta vxore, ſcribere poſſit hæredem ex aſſe filium illegitimum, ſalua duntaxat & excepta ea portione, quæ aſcendentibus ex legibus debetur. Ideo fortaſſe quòd intuitus ille humanitatis & pietatis, qui inuita Iuriſprudentia extorſit primùm à clementia Imperatorum, vt pater naturalis filio ſuo naturali tam inter viuos, quàm in vltima voluntate dare aliquid & relinquere poſſet; ipſos quoque patris aſcendentes mouere debeat, ne filio humanitatis & pietatis leges exercenti erga illum, cuius ipſi etiam ſint aſcendentes, vllum adferant impedimentum. Quæ ratio cùm in tranſuerſalibus, vt apparet, vel nulla, vel ſaltem non tanta ſit, quia cauſa pietatis eos obligat, vt mortalitatis ordine turbato, hereditatem ſuam relinquant aſcendentibus ſuis legitimis potiùs, quam illegitimo cognato; mirum non eſſet deteriorem hac parte conditionem eſſe illegitimorum, quod attinet ad tranſuerſalium, quàm quod ad aſcendentium ſucceſſionem, hactenus nimirum vt legitima ſoboles aſcendentes minùs noceat illegitimis ex eadem deſcendentibus, cùm de patris, alteriúſve aſcendentis agitur, quàm ſi de cuiuſlibet tranſuerſalis hæreditate ageretur; præſertim quia deſcendentium hæreditates aſcendentibus deferuntur, non ſolùm miſerationis potiùs, quàm iuris aliqua ratione, ſed etiam contra votum ipſorum parentum: at tranſuerſalium ſi non ex voto, certè nec contra votum, ſed magis caſu. Verùm ſi cum illegitimis clementiùs agere volumus, & agere Imperatorem, vt ſupra etiam & contra quàm ratio iuris ferat, iis conſulamus, adeóque ſupra quàm Iuſtinianus ipſe iis proſpicere voluiſſe videatur, qui tam generaliter & indiſtinctè ſcripſit, *nulla legitima ſobole ſubſiſtente*, dico poſſe fieri vt legitima ſoboles aliqua ſuperſit, & tamen illegitimus nepos ad cognati ſucceſſionem teſtamentariam admittatur, nō minùs quàm ſi iuſta ſoboles nulla eſſet. Finge nepotem hunc legitimum, de cuius teſtamento quærimus, qui ſit ex eodem auo, cuius nepos illegitimus eſt, morique nullis quidem liberis relictis, ſed ſuperſtite agnata, quæ ſit neptis ex eiuſdem aui illegitimi fratre. Admitterem eo caſu non illibenter, nepotem illegitimum inſtitui potuiſſe ab alterius lineæ legitimæ cognato, ſiue nepos ille eſſet in ea linea, ſiue pronepos, ſiue filius primi gradus, tametſi tam legitima illa neptis, quàm iſte illegitimus ex eodem proauo deſcendant, atque ita fiat vt ſuperſit legitima ſoboles ex eo ipſo cuius eſt illegitima: Nempe quia proaui perſona eo caſu non eſt attendenda, ſed aui; cùm nepos legitimus, idémque teſtator nepoti illegitimo coniunctus & cognatus ſit, non per proauum, ſed per auum. Vbi namque in conſtituenda & perpendenda cognatione, eiúſque gradibus, ventum eſt ad eum, à quo vterque principium & originem ſumpſit, nec neceſſe, nec poſſibile eſt vt ad vlterioris gradus perſonam aſcendamus; quia quod iam vnum eſt, magis vnum fieri non poteſt; cognati autem omnes æſtimantur ex vnitate illius perſonæ, per quam coniunguntur: *d. l. 1. §. 1. ff. vnd. cognat.* Nam & inde eſt, quod iure ciuili frater fratri in ſecundo gradu eſſe dicitur, quoniam patris vel matris perſona, per quam coniunguntur, prior numeratur: *d. l. iuriſconſultus, §. ſunt & ex lateribus, verſ. idem faciendum, & §. ſecundo gradu, De gradib. & adfin.* Nec enim alia de cauſa tu mihi frater conſanguineus, aut vterinus es, quàm quia vnum eundémque patrem habemus, vel vnam eandémque matrem. At nonne vnum eundémque habemus etiam auum paternum, aut maternum? Ita eſt. Sed non inſpicimus neque computàmus perſonam aui, quia quod fratres ſumus, non ex eo fit quòd vnum eundémque auum, ſed quòd vnum eundémque patrem, vel vnam eandémque matrem habeamus: Alioqui frater fratri in quarto, non in ſecundo gradu eſſet, patríque perſonam bis numerari oporteret, primùm aſcendendo ad auum, deinde deſcendendo ab auo, quod tamen planè abſurdum & ridiculum eſſet. At neque in aui perſona conſiſtere liceret, ſed eadem ratione procedendum eſſet ad proauum, tum etiam ad abauum, & ſic deinceps in infinitum ad Adamum vſque, quod vel natura ipſa abhorret, quæ in omnibus ſicut vnitatem quærit, ita reperta ea conquieſcit. Hoc igitur concludo, illegitimum nepotem capere poſſe ex teſtamento legitimi nepotis, tanqoam cognati ſui, licèt ſuperſit legitima

ſoboles

d. Nouel. 89 cap. 12. & Auth. licet.

l. 1. §. 1. ff. vnd. cognat.

Digitized by Google

ſoboles ex eadem familia, dum ne ſit ex linea eius ipſius, cuius eſt etiam nepos illegitimus; ideſt per cuius perſonam primùm legitimus qui teſtatur, & illegitimus inſtitutus, ab eodem deſcendentes ſiue mediatè ſiue immediatè coniunguntur, & vniuntur. Exiſtente namque legitima ſobole ex eodem auo, cuius nepos illegitimus eſt, non poſſe illegitimum capere quicquam à cognato, quamuis ſine iuſtis vllis liberis defuncto. Denique me illud etiam & maximè mouet, quod Iuſtiniani conſtitutio, vt ex ſupradictis apparet, noua eſt, & iuris antiqui correctoria, non in eo ſolùm quòd illegitimos capaces facit ſucceſſionis cognatorum, ſed & quantum ad auum, & ad proauum. Id enim eſt quod ſibi volunt verba illa, *& hoc eis accedere conſemus:* Hoc ſcilicet priuilegium datæ capacitatis accedere nepotibus, vt ab auo liceat iis capere quod antea non licebat, parúmque refert an legas *hoc*, vt vulgo, an *hac*, vt quidam libri habent, etſi vulgata lectio magis placet; quia præter illod priuilegium, nihil eſt in tota lege quod non magis faciat contra nepotem, quam pro nepote, quale illud eſt, vt ab inteſtato ſuccedere nulla ex parte, nullóque caſu poſſit. Item vt neque ex teſtamento, ſi legitima aliqua ſoboles ſuperſit; niſi in duo quoque capita priuilegium hoc nepotibus datum diſtinguere velis, quorum Primum illud ſit, vt nepotis nomẽ ei accõmodetur: Alterum, vt capere poſſit ab auo, perinde ac filius naturalis à patre naturali, adeóque pluſquã filius totam ſcilicet aui ſubſtantiã, nedum ſubſtantiæ partem, dũmodò legitima ſobole nulla ſubſiſtente. Quod autẽ lex ait *accedere*, an non oſtẽdit plus iuris ea conſtitutione acquiri nepotibus illegitimis, quã antea habuiſſent? Id igitur cum ita ſit, infero correctoriam conſtitutionem extra ſuum caſum extendendam non eſſe, vt de aliis conſtitutionibus omnibus correctoriis vulgo dici ſolet: *l. ſanciamus 27. C. de teſt. l. præcipimus 32. in fin. C. de appellat.* Nam & inde eſt quod Iuſtiniano non ſatis fuit priuilegium hoc dare nepotibus illegitimis quantum ad auum, vt tantundem iuris haberent illi ex mente Iuſtiniani, etiam quod ad proauum; Sed extendenda fuit lex à Iuſtiniano ipſo ad proauum quoque, iis verbis: *non ſolum à ſubſtantia aui paterni naturalis, ſed etiam proaui*, quia ſi de proauo nihil ſpecialiter dictum fuiſſet, conſtitutio de auo tantùm locuta, non magis ad proauum extendi per interpretationem potuiſſet, quàm primæ illæ conſtitutiones, quas de filiis naturalibus latas retulimus, ad nepotes. Multò minùs verò ius illud nouum nõn tantùm in auo, ſed etiam in proauo inductum, extendi potuiſſet ad cognatos; quorum tamen ratione idem quoque priuilegium illegitimis dare volebat Iuſtinianus, niſi de cognatis etiam expreſſim cauiſſet iis verbis: *Vel eius cognationis*, præſertim quòd minor humanitatis ratio in cognatis paternis, quàm in aſcendentibus locum baberet. Quæ ratio facere deberet, vt tanto difficiliùs permittendum eſſet illegitimo cognato, vt à cognato legitimo inſtitueretur, ac proinde vt ſufficeret ſupereſſe legitimam quamlibet ſobolem, ad impediendum ne cognatus alioqui incapax, foret capax: quia quanto minor eſt ratio humanitatis, quæ ſuadet, vt à iure communi recedatur, tanto minùs à iure communi recedendum eſt. Quo etiam argumento iam ſæpius diximus, extra illegitimi aſcendentes & cognatos, alij nemini permiſſum eſſe, vt illegitimo ſibi penitus extra[illegible]o ſiue teſtamenti, ſiue donationis, ſiue alio quocumque iure quidquam relinquat, quia nulla de eo lata lex eſt, quæ illegitimos ſuapte natura & conditione incapaces tanquam alienigenos & peregrinos, quales etiamnum hodie ſunt, vllo modo vllóque caſu quod ad extraneum fecerit capaces. Vt nec vlla humanitatis ratio iis hac parte ſuffragatur. Eodem igitur modo Dico, cùm neque filij, neque nepotes, neque pronepotes, neque cognati naturales & illegitimi capaces facti ſint, ex poſteriorum Impp. conſtitutionibus, niſi eo demum caſu quo legitima ſoboles nulla ſubſiſteret, vt conſtitutiones omnes clamant; Non eſſe meum probare, legitimam ſobolem, quæ illegitimi cognati capacitatem excludere & impedire debeat, eam eſſe quæ ſuperſit ex auo, cuius illegitimus ille ſit nepos; Sed ei qui reſpondere veñit pro illegitimo inſtituto à cognato, incumbere onus probandi hanc Iuſtiniani mentem fuiſſe, vt cùm de cognati ſucceſſione ageretur, legitima ſoboles, quæ illegitimo inſtituto poſſet obſtare, illa eſſet, quæ ex ipſo teſtatore, non quæ ex communi auo ſupereſſet. Nam ſi tam obſcura Iuſtiniani mens eſſet, vt nec per coniecturas eam aſſequi liceret, haud dubiè mea eſſet victoria, neque deficeret ius mihi, qui pro me haberem ius commune; neque probatio, qui probarem legitimam aliquãm ſobolem ſupereſſe. Aduerſario autem vtrumque deficeret, quoniam quiſquis fatetur ſe illegitimum, hoc ipſo fatetur ſe incapacem eſſe, niſi ſe probet capacem, ideſt eum proponi caſum, qui conſtitutionibus Imperatoriis ſit comprehenſus ex ea parte, qua illegitimos capaces effecerunt. Tritúm enim eſt, debere vnumquemque, etiam reum in ſua exceptione, adeoque quod magis eſt, etiam negantem, probare id quod eſt fundamentum ſuæ intentionis. Intentio autem illegitimi ea eſt, vt probet ſe capacem, qualem ſe tamen probare nequit, niſi probet etiam legitimam ſobolem, de qua Iuſt. ſenſerit, nullam ſupereſſe; cùm ſub hac præcisè exceptione Iuſtinianus capacem eum fecerit, *ſi legitima ſoboles nulla ſuperſit.* Deficiente igitur eo in probatione, vincere deberem, etiamſi nihil ex parte mei præſtarem; quia numquam probatione onerandus eſt, qui habet pro ſe regulam iuris; ſed qui ſe fundat in exceptione, ſiue agatur de probando exceptionis iure, ſiue de probando facto, quod verè ſubeſſe neceſſe eſt, vt exceptionis ius, iuriſque poteſtas inducatur. Exceptio enim omnis, conditio eſt: *l. antep. ff. de except.* quiſquis autem nititur diſpoſitione aliqua conditionali, ſiue legis illa ſit, ſiue hominis, non priùs vincere poteſt, quàm conditionis implementum, *&c.*, vt Noſtri loquuntur, purificationem probauerit: *l. quod de pariter 16. cum ſeqq. ff. de reb. dub.* Nec proinde eſt quod quis dicat in propoſita quæſtione, ad regulam illam iuris, quæ illegitimos quoſlibet ex nullius teſtamento capere patitur, Exceptionem à Iuſtiniano inductam fuiſſe, niſi de patris, aut aui, aut proaui, aut cognati teſtamento, aliáve voluntate tractetur. Modum autem illum exceptioni additum, *ſcilicet, nulla iuſta ſobole ſubſiſtente*, non onerare aliqua probatione illegitimum excipientem, ſed tantùm præbere materiam replicationis mihi, ſi probare velim, & poſſim legitimam aliquam ſobolem ſupereſſe, vt inferam non eſſe locum exceptioni. Nam obiectio hæc pro vero ſopponit, quod

ego tanquam falſum modo, ex ſupra relatis Iuſtiniani verbis modum ſignificati, cùm ſignificent exceptionem. Quid enim aut vulgarius, aut verius, quàm ablatiuos abſolutos in conditionem reſolui: *vulg. l. à teſtatore 109. De condit. & demonſtrat. l. in ratione 30. §. tametſi. ff. ad leg. falcid.* Perinde igitur eſt, ac ſi Iuſtinianus ita ſcripſiſſet: *Non obſtante iuris regula, qua illegitimos omni caſu pro incapacibus habet; Sancimus poſſe illos capere ex voluntate aui, aut proaui, aut cuiuſlibet cognati, ſi legitima ſoboles nulla ſit.* Quibus verbis ſi concepta lex eſſet, quis dubitaret futurum, vt illegitimi à cognato inſtituti onus pertineret probandi, legitimam ſobolem nullam ſupereſſe, vt inferret eſſe nos in caſu exceptionis & priuilegij? Priuilegium ſiquidem talibus verbis conceptum euidenter eſſet conditionale. Conditionis igitur euentum ante omnia probari oporteret: non autem onus probandi defectum conditionis transferendum in me, qui niterer iure communi. Nam ſi millies probarem legitimam ſobolem aliquam ſupereſſe, non ideò tamen vincam quaſi ex nouo iure, quod Iuſtiniani conſtitutio ſupradictis verbis mihi attulerit, ſed ex communi iure illo quo quiſquis illegitimus eſt, idem eſt incapax extra caſus imperatoriis legibus comprehenſos. Mihique probatio illa in hoc tantùm prodeſt, vt liquidiùs appareat, non eſſe nos in eo caſu, qui per modum exceptionis ad iuris regulam à Iuſtiniano inductus fuit. Quod ipſum tamen pro ſatis probato haberi, etiam tacente me, deberet, hoc ſolo quod aduerſarius contrarium non probaret, id eſt legitimam ſobolem nullam ſupereſſe. Tum verò maximè id obtinet cùm ex parte mea probatur, vt in propoſita ſpecie, ſobolem legitimam ſupereſſe ex eodem auo, cuius inſtitutus cognatus illegitimus nepos eſt. Quidni enim id ſufficiat vt credi poſſit deficere priuilegij conditionem generalibus iis verbis conceptam, *ſe nulla legitima ſobole ſubſiſtente*, Niſi fortè adhuc nullam dicere volumus, quæ aliqua eſſe probatur. Nam nec aliud habere poteſt aduerſarius, quod replicet ad huiuſmodi probationem eludendam, niſi hoc ipſum de quo diſputamus, non de illa ſobole Iuſtin. ſenſiſſe quantum ad perſonam cognati legitimi, cognatum illegitimum inſtituentis, ſed de ſobole quæ ſit ipſius teſtatoris. Annon igitur hoc ipſum probare ille debet, hoc eſt, talem Iuſtiniani mentem fuiſſe; non ob id ſolùm quod vt iam diximus, venit ille contra ius commune, ſed alia quoque ratione, hoc eſt, vel ob hoc maximè quod iſta replicatio, aut duplicatio eſt. Quilibet autem in replicatione, aut duplicatione ſua, ſicut actor eſſe intelligitur, ita probandi onere adſtringitur: *l. 1. & 2. ff. de excep.* iunct. *l. 2. l. ab ea parte 4.* à contr. ſenſu, in illis verbis, *ab aliquo iure prohibitum eſſe ſpecialiter lege, vel conſtitutione; l. in exceptionibus 19. ff. de probat.* Adde pro eiuſdem rationis confirmatione, leges omnes correctorias iuris communis, tanquam odioſas non eſſe benigna vlla interpretatione ampliandas, ſed potiùs reſtringendas: *l. cum quidam 19. ff. de liber. & poſthu. l. hoc modo 64. ff. de cond. & demonſtr.* præſertim verò fauore legitimorum, ne quidquam eorum iuribus & vtilitatibus impiæ humanitatis prætextu derogetur. Apparet enim ex omnibus conſtitutionibus, quæ naturalibus liberis fauerunt, excepta *l. 1. C. de natur. liber.* id vnum & perpetuum fuiſſe propoſitum Imperatorum, vt nunquam fauerent illegitimis in damnum & diſpendium legitimorum, at eo tantùm caſu quo legitimi nulli ſupereſſent: Ergo priuilegium hoc illegitimo cognato datum, vt à cognato legitimo inſtitui poſſit, ſi alia ſoboles nulla ſuperſit, ita intelligendum eſt, vt quàm minimùm fieri poſſit deroget iuri communi, ac proinde vt illegitimus maneat incapax, qualis antea erat, ſi qua ſuperſit legitima ſoboles, quæcumque tandem illa ſit, ſaltem dum ex eo ipſo ſit, ex quo illegitimus nepos deſcendit, & per cuius perſonam legitimus illegitimo coniungitur, quamuis non ſit ſoboles ipſius teſtatoris. Ampliatio enim, & quidem magna illa eſſet, non reſtrictio, ſi diceremus non ſufficere ex mente Iuſtiniani, vt legitima ſoboles aliqua ſupereſſet, adeóque ex eo ipſo cuius eſſet ſoboles illegitima, niſi ſit etiam ſoboles teſtatoris. Siquidem hæc interpretatio faceret, vt tanto faciliùs priuilegij conditio exiſtere diceretur, quaſi nulla legitima ſobole ſubſiſtente, tum quoque cùm ex auo illegitimo poſt cognati teſtantis mortem, frater legitimus ſororve legitima ſupereſſet. Quod tamen quàm ridiculum futurum ſit, nec tantùm à proprietate verborum, ſed à communi etiam ſenſu alienum, eſto iudicium eorum, qui communi ſenſu non carent. Itaque priuilegium illegitimis conceſſum, vt nulla ſubſiſtente legitima ſobole poſſint inſtitui etiam à cognatis, quod ſola humanitatis & æquitatis ratio induxit, iniquum fieri incipit & inhumanum, cùm aduerſus legitimos quoque ab eodem præſertim auo illegitimo prognatos, contra Iuſtin. mentem verbáque exerceretur, quod ne eueniret etiamſi verba id facere viderentur, tamen iuſta interpretatione prouidendum & ſuccurrendum eſſet: *l. ex facto 43. verſicul. etenim iniquum*, vbi eſt text. elegans, *ff. de vulg. & pup. ſubſt.* Priuilegia enim alicui conceſſa, quiſquis ille ſit, ad alienam iniuriam porrigi non oportet: *l. impuberi 40. ff. de admin. & peric. tutor. l. cùm filiusfamilias 28. l. miles 41. §. miles, ff. de teſtam. milit.* multò minùs ad legitimorum iniuriam priuilegia non niſi in legitimorum defectum illegitimis conceſſa. Quam in rem facit non ineleganter quod reſpondit Dec. *conſ. 258.* verba illa, *nulla ſcilicet legitima ſobole ſubſiſtente*, etiam in legitimata ſobole verificari, quoniam noua conſtitutio hac ſaltem parte, qua fauet ſoboli legitimæ, ſit fauorabilis, & conſequenter extendenda. Quanto magis igitur adiuuanda interpretatione, ſi interpretatio illa dicenda eſt, in fauorem eorum, quibus præciſè ac citra interpretationem, aut extenſionem conuenit, præciſa & propria ſignificatio verborum? Sed & cùm dici ſoleat, nec abs re, priuilegia non eſſe multiplicanda tanquam odioſa, & contra legem illam duodecim tabularum, *Priuilegia ne irroganto*, eueniret è contrario, vt multiplicarentur priuilegia illegitimorum, ſi ſic interpretarentur conſtitutionem Iuſtiniani, vt illegitimi capaces facti eſſent capiendi à cognato, non ſolùm legitima nulla ſobole ſubſiſtente, vt verba legis habent; quod primum & per ſe magnum eſſet priuilegium; ſed etiamſi legitima ſoboles ſupereſſet ex ſuo etiam auo illegitimo, dum ne eſſet ſoboles teſtatoris, quomodo aduerſarij noſtri interpretantur.

L. ex facto 43. verſ. etenim iniquum, De vulg. & pup. ſubſt.

Dices fortaſſe quod primo intuitu occurrit, non magis idcirco multiplicatũ iri priuilegia, quod ea verba de quorum ſenſu cõtendimus, ad legitimam

Digitized by Google

mam teſtatoris, non aui ſobolem referantur, quia non illud aduerſarij exigunt, vt ſit ſoboles vtriuſque, ſed vt ſolius teſtatoris: Quaſi quod ad priuilegij multiplicationem nihil interſit, an de teſtatoris, an de aui ſobole intelligatur. Sed non ita eſt ſi propiùs intueare. Non enim quemadmodum poteſt eſſe ſoboles aui, quæ non ſit ſoboles nepotis, eiuſdemque cognati teſtantis; Ita poſſis vice verſa dicere iuſtam nepotis ſobolem eſſe poſſe, quæ non ſit etiam aui. Deſcendentes namque deſcendentis, ſunt deſcendentes ſuperiorum aſcendentium: At non ſimiliter deſcendentes aſcendentis, deſcendentes ſunt deſcendentium inferiorum. Itaque cùm aduerſarij exigunt, vt nulla ſuperſit legitima ſoboles nepotis, vt malignè faciunt, vel minus imprudenter, ſi non vident eo modo ſe exigere, vt duarum, adeoque trium perſonarum legitima proles ſuperſit, aui nimirum, filij & nepotis. Cùm ex aduerſo ſecundum noſtram interpretationem ſufficiat legitimam prolem aliquam ſupereſſe ex auo illegitimo, licet nulla ſuperſit neque ex filio eius legitimo, neque ex nepote. An non autem facilius eſt, vt ſuperſit aliqua ex auo ſolo, quam vt ſuperſit ex perſonis tribus? Triplicatur ergo priuilegium cùm ſic intelligitur, vt primo illegitimus nepos capax fiat ſuccedendi cognato ex teſtamento: Deinde vt non eo minus ſit capax quod ſobolem iuſtam auus reliquerit. Tertiò vt neque ob id minus quod non tantum auus, ſed etiam filius legitima prole relicta deceſſerit. Igitur ſi verum eſt, vt eſt, priuilegia non eſſe multiplicanda, maximè cum per eiuſmodi multiplicationem priuilegium fit tanto iniquius, fieri certè nequit vt aduerſariorum interpretatio probabili aliqua ratione defendi poſſit. Nam ſi quis dicat, cùm de patre, auo, vel proauo naturali agitur, iuſtam ſobolem eam intelligi, quæ ſit ipſius patris, vel aui, vel proaui, qui teſtatur; ob idque ſi de cognati teſtamento agatur, eodem argumento concludendum eſſe de ea ſobole Iuſt. ſenſiſſe, quæ ſit ex ipſo cognato teſtatore. Iam reſpondi non valere hac parte argumentum ab aſcendentibus ad tranſuerſalem, quia in aſcendentibus vt iuſtam ſobolem intelligere debeamus eam, quæ ex ipſo teſtatore ſit, illud facit, quod ex eodem teſtatore illegitima quoque ſoboles eſt, quæ per talem interpretationem excluditur: Id enim eſt, quod toties inculcauimus iuſtam ſobolem quæ illegitimam excludat, eam demum eſſe, quæ ex illo ipſo ſit, ex quo & illegitima quatenus ſaltem idem ille eſt, per cuius perſonam legitima proles illegitimæ coniungitur. At in tranſuerſali, hoc eſt in cognato, non poſſis ſimiliter dicere ſobolem illegitimam, quæ per legitimam impediri debeat ne capax fiat, ex ipſo tranſuerſali eſſe; cùm implicet cōtradictionem, vt quis ſit ex ſobole illius, cuius eſt tranſuerſalis & cognatus. Ergo nec de cognati legitima prole quicquam tractandum eſt, ſed de iuſta ſobole aui, ex quo & nepos illegitimus eſt, perinde ac ſi de aui hæreditate & teſtamento tractaretur, vt omnia ſint ſimilia quantum fieri poteſt, & ex iuris ratione bene inter ſe quadrent. Adde quod & ſecundum hanc aduerſariorum interpretationem, fieret ridicula diſpoſitio legis nouæ quantum ad cognatum. Quis enim ſuſpicari poſſet vnquam euenturum, vt cognatus, qui ſobolem legitimā ex ſe ſuſceptam haberet, ei anteponere vellet & illegitimam, & alienam, contra l. *cum acutiſſimi Anton. Fabr. Iuriſp. Papin. Scient.*

30. C. de fideic. Cur ergo legem ſic interpretari volumus, vt non habere poſſit locum niſi in eo caſu, in quo nulla fuerit opus lege præterquam inſani & ridiculi legiſlatoris? Eſſet enim huiuſmodi lex non ſolum de caſu indubitabili, ſed etiam de caſu ferè incontingibili, vt ita dicam. Sed & obſeruatione dignum illud arbitror, quod Iuſtinianus ita ſcribit: *& non eis accedere cenſemus non ſolùm à ſubſtantia aui*, deſignans nimirum non tam perſonam ipſam, vel teſtamentum aui, quam eius ſubſtantiam. Inde namque infero, etiamſi tam vera eſſet, quam falſa eſt aduerſariorum opinio, exiſtimantium non aliter incapacem eſſe illegitimum, vt abs cognato inſtitui non poſſit, quam ſi ex cognato ipſo iuſta ſoboles ſuperſit; futurum tamen vt ab ea interpretatione recedere deberemus quantum ad ea ſaltem bona, quæ ex aui ſubſtantia ad cognatum iſtum teſtatorem, eundemque aui illius illegitimi nepotem legitimum peruenissent. Nam ſtatim atque mortuus eſt auus, qui vtriuſque generis prolem reliquit, & legitimam, & illegitimam, ſiue teſtatus deceſſerit, ſiue inteſtatus; ſuccedit poteſtas iuris, quæ ſubſtantiam aui ſic afficit, & applicat legitimis liberis, vt quandiu vel vnus ex iis ſupererit, nunquàm poſſit ad illegitimos peruenire, ne quidem per fideicommiſſum ab auo ipſo relictum, vt ex *hac ipſa l. vlt.* communiter & rectè Interpretes quoque noſtri ſentiunt ad *l. ſi is qui 6.* poſt Alex. *ibid. De vul. & pup. ſubſt.* & poſt Bald. *ad l. ea quam 16. C. de fideic.* Cur ergo permittitur illegitimo nepoti, vt qui eſt omnino incapax quicquam ab auo capiendi, ſiue directò, ſiue per fideicommiſſum ex bonis ipſius aui, quandiu ſupereſt aliqua ſoboles aui legitima, idem capere ex iiſdem bonis indirectò poſſit, per mediam perſonam legitimi nepotis? An non id eſſet indirectò concedere, quod directò denegatur: contra *l. 5. ver. ſive autem, C. de na. lib. l. pen. C. ad leg. falcid.* Reſpondebis fortaſſe ſubſtantiam aui amplius non eſſe, ex quo facta primum eſt filij, deinde legitimi nepotis, cùm mutatione perſonæ mutetur qualitas, conditio, & denominatio bonorum, vt ſuprà diximus *ad Princ. 5. tit. Quib. ex cauſ. manum. non licet.* ex *l. per curatorem 90. §. 1. De acq. her. l. vlt. C. de inof. teſt.* ideóque non aliam rationem conſtituendam eſſe bonorum, quæ aliquando aui fuerint, quam cæterorum à nepote illo illegitimo relictorum. Sed facilis replicatio eſt, licet bona, quæ ab auo profecta ſunt, bona filij facta ſint, & poſtmodum nepotis; initio tamen inſpecto, & origine, poſſe dici non malè, bona & ſubſtantiam aui, hactenus ſaltem, vt alio iure cenſeantur, quam quæ ab auo profecta non fuerunt. Quemadmodum & alia eiuſdem Iuſtiniani conſtitutione factum videmus, vt mortuo filio inteſtato ſuccedat ei mater, quæ ad ſecundas nuptias conuolauit, ſed aliter in illis quæ à patre ad filium peruenerant, aliter in cæteris: In his enim, etiam quod ad proprietatem; in aliis verò non niſi quod ad vſumfructum, ſi defuncto ſuperſint fratres, aut ſorores ex eodem primo matrimonio: *Nouel. 22. De nup. c. 46. incip. Hinc nos alia*: vnde ſumpta eſt *Auth. ex teſtamento, C. de ſecun. nupt.* vbi non diſſimiliter Iuſtinianus paternæ ſubſtantiæ nomine vtitur, vt ea bona ſignificet quæ origine fuerant paterna, licèt per cauſam hæreditariæ ſucceſſionis fraterna facta. Neque verò mutata qualitas & conditio bonorum

Nouell. 22. De nupt. c. 46 Auth. ex teſtamento, C. de ſecund. nupt.

Digitized by Google

facit, quominus eadem bona & corpora eſſe intelligantur, eodémque iure cenſeri debeant, quoties mutatione priſtinæ qualitatis ratio iuris non eſt immutata: *ar. l. & an eadem 14. ff. de except. rei iud. & d. l. ſi is qui.* vbi eſt elegans textus, *ff. de vulg. & pup. ſubſt.* In propoſito autem, quamuis aui ſubſtantia facta ſit ſubſtantia nepotis, non eo magis tamen ſucceſſionis, aut teſtamentariæ, aut legitimæ capax ſit is, qui naturalis tantùm & illegitimus nepos eſt, ſaltem quod ad illam aui ſubſtantiam, niſi ſub eadem exceptione, ſub qua eſſet capax ſuccedendi ex ipſius aui voluntate: id eſt, Nulla legitima ſobole ſubſiſtente. Igitur ſaltem quod ad iſtam aui ſubſtantiam, eodem modo interpretanda exceptio eſt, vt ſiue de auis, ſiue de legitimi nepotis teſtamento agatur, ſufficiat ſobolem iuſtam ſupereſſe ex auo ipſo, à quo vno tam legitimus nepos, quàm illegitimus commune initium naſcendi habuerunt: Alioqui eadem res, id eſt eadem aui ſubſtantia, reſpectu earundem perſonarum diuerſo iure cenſebitur, ſi ſuperſtite eadem nepte legitima, poſſit vno caſu eidem illegitimo nepoti acquiri, alio non poſſit. Nec ad rem facit quòd vno caſu ſuccedit auo, altero ſuccedit nepoti. Sufficit enim quòd aui fuerint aliquando bona, vt non aliter in iis ſuccedere nepos illegitimus vnquam poſſit in præiudicium ſuperſtitum legitimorum, quàm ſi ab auo immediatè profecta eſſent. Exemplo eius quod ſcriptum eſt in *d. l. ſi is qui 6. ff. de vulg. & pupil. ſubſt.* Si is, qui ex bonis teſtatoris ſolidum capere non poteſt, ſubſtitutus ab eo ſit impuberi filio; ſolidum quidem ex ea cauſa capere illum poſſe quaſi à pupillo capiat, ſed hoc ita interpretandum eſſe, vt ex bonis quæ teſtatoris fuerunt, amplius capere non poſſit, at ex iis tantùm quæ pupillo fortaſſis etiam exhæredato aliunde fuerint acquiſita. Quid enim hac parte refert, an de illo agamus qui amplius capere non poſſit ab auo, aut à patre an de illo qui non niſi certa lege & conditione capere poſſit, vt in propoſito, non niſi legitima ſobole aui nulla ſubſiſtente? Aut quid refert, an de bonis ab auo profectis teſtetur nepos in fauorem incapacis, an filius de bonis paternis, ſiue per ſubſtitutionem pupillarem, quæ filij teſtamentum eſſe dicitur, *l. 2. eod.* ſiue per ſeparatum teſtamentum, quod filius pubes ſibi, non quod pater ei fecerit? Vtroque ſiquidem caſu definunt eſſe auita bona, vel paterna, fiuntque nepotis vel filij per agnitionem paternæ hæreditatis qui caſus eſt pupillaris ſubſtitutionis filio inſtituto. Et tamen non eo magis capax fit hæres filij, vt in iis aui, patriſve bonis aliter poſſit ſuccedere, quam quomodo ipſi auo, vel patri immediatè ſuccedere potuiſſet, *d. l. ſi is qui.* Etſi non facilè probo quod Accurſ. cæterique Interpretes vulgo ad eam legem exemplum adferunt de filio naturali, ex *d. tit. C. de natur. liber.* Lex enim illa eſt de iis perſonis, quæ ſpeciali aliqua lege, vel conſtitutione capere prohibentur, citra quam alioquin iure communi capere poſſent tanquam ciues Romani; de quibus etiam loquuntur cæteræ omnes leges, quotquot in libris noſtris extant, de iis, qui capere non poſſunt: *l. 4. l. qui teſtamentum 25 ff. de probat.* & paſſim, *tit. de iur. fiſc.* At libertis naturalibus non tam prohibitum eſt non capere, quàm non permiſſum, vtpote qui quoniam ciues Romani non ſunt, ſed alienigeni & peregrini nullam habere poſſunt communionem iuris ciuilis, ex quo tamen pendet ac proficiſcitur totum ius capiendi. Vnde fit vt longè minùs fauorabiles videri debeant; quàm qui non niſi lege aliqua ſpeciali ſunt incapaces. Contra quos tamen in dubio reſpondendum eſſe, ſiue de iis bonis agatur, quæ aliquando fuerint eius, à quo capere non potuiſſent, ſiue de iis etiam, quę conditionis tantùm implendæ cauſa, ex alterius quoque bonis accipiantur, conſtat ex *l. quod conditionis 36 ff. de mort. cauſ. don.* Scio interpretes noſtros, ſicut omnes in eo errauerunt, quod iſtos illegitimos putarunt, ex legum prohibitione magis quàm propria natalium conditione incapaces eſſe, ita & in eo paſſim decipi quod putant, notántque poſt Bart. ad *d. l. ſi is qui*, Si pater naturalis extraneum hæredem inſtituerit, nihil prohibere quominus ab eodem extraneo inſtitui poſſit filius ille naturalis, adeóque ſpurius teſtatoris in iis etiam bonis, quæ à teſtatore proceſſerunt, ſi nihil in legum fraudem excogitatum probetur, vt quod contra ſcriptum videtur in *d. l. ſi is qui*, reſtringendum ſit ad eum caſum quo illegitimus ſuccedit ex diſpoſitione illegitimi, non etiam cùm ſuccedit ex diſpoſitione hæredis. Sed etiamſi verum id eſſet, quod nos negamus, nihil tamen contra nos ad propoſitam quæſtionem inferri ex eo poſſet. De illo enim aui hærede agimus, qui non magis inſtituere potuit nepotem iuſtum illegitimum, quàm auus ipſe, id eſt non niſi ſub eadem & perpetua illa exceptione, *ſi legitima ſoboles nulla ſupereſſet*, ac proinde cui non debuit licere illegitimum nepotem, eundémque cognatum ſuum propriæ ſorori legitimæ ex eodem auo nepti anteponere, ſaltem quod ad bona ab auo ipſo profecta, quia nec auus id facere potuiſſet: *d. l. vltim. C. de natur. liber.* In qua illud etiam obſeruari volo, quod qua parte nouum ius facit in proauo, & cognaris illegitimi nepotis, vt ab illis perinde atque ab auo capere poſſit, non exprimit illam exceptionem, & vt diximus conditionem *ſi legitima ſoboles nulla ſuperſit*, ſed hoc vno contenta eſt, vt quod in auo conſtitutum fuit, idem obtineat in proauo, & in quolibet ex ea cognatione. Inde namque infero priuilegium illegitimis datum, quod ad ſuccedendum ex teſtamento proaui, vel cognati, non ſic interpretandum eſſe, quaſi propriam & ſeparatam illam exceptionem haberet, *ſi moriente cognato nulla legitima ſoboles ſuperſit*, quo caſu probabilius fortaſſe tentari poſſet de legitima ipſius cognati ſobole, id accipiendum fore, ſed quemadmodum ſub ea ipſa conditione fuit extenſum ad proauum, & ad cognatos, ſub qua datum fuerat quantum ad auum; Ita & vtroque caſu eadem interpretatione donandam exceptionem illam, *ſcilicet nulla legitima ſobole ſubſiſtente*: & conſequenter accipiendam de legitima ſobole aui, non cognati, tanquam quæ exceptio in omnibus iis caſibus vnica tantùm ſit, nec ſolùm ſpecie, ſed etiam numero, ac proinde ad aui perſonam ſemper referenda, tum quoque cum non de aui, aut proaui, ſed de cognati ſucceſſione tractatur: Ac ſi paulò apertiùs ſcripſiſſet Iuſtinianus, quod proculdubio ſenſit, Velle ſe nepotem illegitimum fieri capacem ſuccedendi cognato, ex ipſius voluntate, illo ipſo caſu & modo, quo ſuccedere poſſet auo, & præterea nullo.

Quod

L. ſi is qui 6. De vulg. & pupill ſubſt.

Digitized by Google

Quod tamen ſi ita ſcriptum eſſet, nullam ne quidem apud imperitiores dubitationem res haberet, quin ſuperſtite aliqua legitima ſobole ex auo, nepos illegitimus ſicuti auo ſuccedere non poſſet, ita nec cognato. Cur ergo nunc dubitamus, aut potiùs cur cauillamur, in tam aperta mente Iuſtiniani, quem videmus exemplo anteriorum omnium Impp. fauere illegitimis nec voluiſſe, nec debuiſſe, niſi quatenus nullo prorſus legitimorum damno & incommodo id fieri poſſet: eorum ſaltem qui ex eo nati & deſcendentes eſſent à quo illegitimi quoque commune naſcendi initium habuiſſent, vt ſuprà explicauimus. Addo, fratrem quoque & ſororem teſtatoris, ex iis perſonis eſſe, quas leges non tantùm naturalibus & illegitimis, ſed etiam fiſco, adeóque patri & matri teſtatoris præferri voluerunt, ſi quid naturalibus illicitè ac contra leges relictum eſſet:

l. 1. C. de natur. liber.

l. 1. C. eo. tit. de natur. liberis, Quam Conſtantini legem hodie, quantum ad hoc attinet, incorrectam eſſe, quinimò & inſtituto ſpurio quolibet, locum habere fatetur Bart. *conſ.* 118. *in fin.* poſt Azonem *in ſumma illius tit. de natur. liberis.* Quidni ergo exceptio illa *ſc. nulla legitima ſobole ſubſiſtente*, quam adhibuit Iuſtinianus, cùm illegitimis priuilegium dedit, vt ex voluntate aui, proaui, & cognati ſuccedere poſſint, ſic accipienda erit in propoſita ſpecie, vt eam perſonam comprehendat, quæ & legitima neptis ſit ex auo illegitimi nepotis, & præterea ſoror legitima teſtatoris: Habet enim iſta duplex quodammodo ius ſuccedendi in bonis fraternis, ſaltem iis, quæ à patre prouenerunt, & tanquam in bonis auitis iure neptis, & tanquam in fraternis iure ſororis; vt proinde ſi quid hic dubij & obſcuri eſt, tanto minùs capienda ſit ea interpretatio quæ in ipſius necem faueat illegitimo nepoti, cui commune ius reſiſtit, aut potius quem nullo modo ius commune iuuit. Etſi non ignoro Azonem, Bartolum, cæteróſque Interpretes in ſupradicta Conſtantini lege interpretanda ſic ſentire, vt eo tantùm caſu locum habeat, quo ſpurius fuerit inſtitutus: Spurium appellantes eum duntaxat, qui ex prohibito coitu ſuſceptus ſit, ad differentiam naturalis nati ex vera concubina, id eſt ex coitu nec prohibito, nec permiſſo. In quo tamen falluntur. Tam enim naturales, quàm cæteri omnes extra iuſtas nuptias quocunque modo nati, ſpurij ſunt Iureconſultis, quo nomine nihil aliud ſignificatur, niſi quod ſunt ſine patre: *d. §. ſi aduerſus, hoc tit. De nupt. l. 3. C. ſolu. matr.* Quanquam inducto tandem ab Imperatoribus nomine, & iure naturalium parentum, & liberorum, cœpit ſpurij nomen, vt & adoptionis & cognationis duplicem habere ſignificationem, generalem vnam, ſpecialem alteram. Generalem quæ naturales quoque comprehendat vt olim. Specialem, quæ ad illos accommodetur, qui naturales dici non mereantur, quòd ex prohibito damnatóque coitu ſuſcepti ſint, vt Iuſtinian. diſtinguit, *dicta Nouell. 89. quib. mod. natur. effic. ſui.* Itaque ſicut adrogatio omnis eſt adoptio, & omnis agnatio, cognatio eſt; non contrà, omnis adoptio, adrogatio; nec omnis cognatio, agnatio: Ita dicendum eſt, naturales omnes eſſe ſpurios, generaliter ſumpto nomine ſpuriorum; at non viciſſim ſpurios omnes, eſſe naturales, ſed eos tantùm quibus ſpecialior & diſtinctior ſpuriorum appellatio non conuenit. Etſi video Con-

ſtantinum in *d. l. 1.* vbi primùm naturales nominari cœperunt, eo nomine illos etiam ſignificare, qui ex prohibitis nuptiis, non qui ex concubinatu ſint ſuſcepti. Vt vt ſit, non magis naturalibus, quam ſpuriis ex coitu quantumlibet damnato ſuſceptis relinquere quidquam licet, extra eos caſus, in quibus capere illis permiſſum eſt. Atqui nulla lege permiſſum iis eſt, vt capiant niſi à patre, vel ab auo, vel à proauo, vel à cognato, idque vno illo caſu, quo iuſta ſoboles nulla ſuperſit; adeò vt qui legitima prole ſuperſtite illos hæredes inſtituit, non tam contra leges, quam ſine lege id facere dicendus ſit. Qua ratione admitto libentiſſimè ſupradictam legem Conſtantini, ad caſum hunc noſtrum non pertinere; quia punit eum duntaxat qui contra eam conſtitutionem peccet. Peccat autem ille, non qui illegitimum & naturalem inſtituit; adeóque nec qui ſpurium ex damnato coitu natum, quod Azo, Bartolus, & alij malè crediderunt (nam cùm eorum inſtitutio nulla dum lege eo tempore permiſſa fuiſſet, nè erat cur deberet, aut poſſet prohiberi, nec proinde cur contra legis prohibitionem feciſſe dici poſſet, qui tales hæredes inſtituiſſet, aut aliter eis quid dediſſet) ſed is demùm qui poſt ſuſceptos ex prohibitis nuptiis liberos in caſibus ea lege expreſſis, id agit, vt tales liberos qui nec liberorum nomen merentur, legitimos faciat, ſiue proprio iudicio, ſiue Imperialis prærogatiua reſcripti, vt iis poſtea vel inter viuos dare, vel per vltimam voluntatem relinquere poſſit quicquid, & quantum velit. Cui conſequens eſt, ſicut eam legem hodie correctam eſſe conſtat in eo, quod inter perſonas ibi expreſſas Iuſtinianus voluit iuſtum contrahi poſſe matrimonium, *Nouell. 117. vt lic. matr. & auia, cap. 4. quia verò.* Vnde ſumpta eſt *auth. ſed nouo iure*, ita & in cæteris omnibus manere abrogatam, nec fiſco locum fieri vllo caſu quo ſit inſtitutus, ſiue naturalis, ſiue ſpurius quilibet, vt malè interpretes

Nou. 117. c. 4. vnde ſumpta eſt Auth. ſed nouo iure, C. de nat. liber.

poſt Bart. & Azonem exiſtimare ſuprà retulimus, ſed venientibus ab inteſtato agnatis, aut cognatis proximis, quemadmodum ex ratione iuris euenit in cæteris omnibus, quæ pro non ſcriptis habentur. In quorum numero ſi ponuntur ea omnia, quæ incapacibus relicta ſunt, id eſt, vt ſuprà interpretati ſumus, iis qui ſpeciali aliqua lege, vel conſtitutione prohibentur capere. Quanto magis ea poni debebunt, quæ alienigenis & peregrinis nullam cum ciuibus Romanis communionem habentibus, quales illegitimi ſunt, relicta proponuntur? *l. 1. l. nec apud 7. C. hæred. inſtituendis* Sed tamen ex ea lege quamuis abrogata, non minùs licuit nobis argumentum ſumere ad probandum, quàm ſint fauorabiles fratres legitimi, & ſorores, in comparatione illegitimorum etiam liberorum, multóque magis cognatorum, vt ſaltem in dubio prò iis contra illegitimum cognatum facienda ſit interpretatio; præſertim ſi illud quoque concurrat, vt eundem auum legitimum habeant, quem illegitimum habet cognatus à cognato inſtitutus. Sed ſunt iſta apertiora, iámque pluribus comprobata, quàm vt in iis diutiùs ſit immorandum.

Iuuat tamen addere, his omnibus, quæ diximus, mirificè conuenire conſtitutionẽ & Bullã ſummi Pontificis Pij V. in illegitimos, eorúmque non ſolum filios & deſcendentes omnes, ſed

Digitized by Google

Bulla Pij Quinti Pontificis Maximi aduerſus illegitimos.

etiam coniuges latam, qua cum facere vellet Princeps ſanctiſſimus, idémque iuris religioſiſſimus, ne huic hominum generi relinqui quicquam poſſet; nihil aliud conſtituit niſi quod diſpenſationes omnes ſuſtulit, & conceſſiones, quibus antè permiſſum erat, vt inſtitui poſſent. Sublatis enim diſpenſationibus, remanent in diſpoſitione iuris communis, ex quo ſunt illi prorſus incapaces, quaſi etiamnum alienigeni & peregrini. Quod à pleriſque ignoratum fuit, vt aduerſus eam conſtitutionem tantopere debacchati ſint, tanquam duram, irrationabilem, & à iure communi, vt loquuntur, alienam. Vnde & valde laudo, quod poſt multas varietates tandem obtinuiſſe audio, vt non tantùm in Clericis & Eccleſiaſticis perſonis locum habeat, ſed etiam in laicis, ſaltem eo caſu, quo vel minima aliqua de bonis Eccleſiaſticis diſpoſitio interueniſſe proponatur, vt totus actus corruat, non pro ea tantùm parte, quæ quoquo modo reſpiciat fauorem illegitimorum, ſed in cæteris etiam omnibus. Vtrùm ita tamen, vt non ad fiſcum Eccleſiæ bona diſponentis perueniant, ſed ad proximiores ab inteſtato vocatos. Cùm enim teſtamentum non valeat, nec alia vlla diſpoſitio ex vi & poteſtate Apoſtolicæ conſtitutionis, quonam obſecro colore ad fiſcum pertinere poſſent bona, quæ non indigno auferuntur (nemini enim auferri poteſt, quod ipſe non habeat, nec quiſquam habere quidpiam ex diſpoſitione, quæ valere prohibeatur) ſed ne ad incapacem perueniant, impediuntur. De quo tractat Bart. ad *l. 1. ff. de iur. fiſc. & conſ.* 1. 9 vbi addit, nec à fiſco vindicari poſſe illa etiam, quæ indigno auferuntur, ſi ob alienam, non ob propriam culpam indignus habeatur. Quod hic proculdubio euenit, cùm quiſquis illegitimè natus eſt, alieno vitio laboret, non ſuo, vt ait Iuſtinus in *l. legem 7. C. de natur. liber.* Quid verò deliquit frater legitimus, aut ſoror legitima, propter quod prohiberi debeant ſuccedere ab inteſtato fratri, qui non ſolùm ſine lege, vt paullò antè dicebamus, ſed etiam contra legem Pontificiam, omiſſis fratribus legitimis, maluerit inſtituere illegitimum cognatum? Sane in aliis pleriſque nouum ius facit conſtitutio Pontificia, derogátque communi diſpoſitioni iuris ciuilis in odiũ, necémque illegitimorum, quibus plus æquo fauerant Imperatores. De quo tamen plura hic ſcribere nihil attinet, quia longiorem tractatum deſiderant, & ab inſtituto noſtro ſunt alieniora.

Quod illegitimis malè relictum eſt, non fiſco applicatur, ſed venientibus ab inteſtato.

Quæ diximus mirificè confirmantur etiam ex eo, quòd ſtatuto Ferrariæ *lib.* 2. *c.* 142. cautum legimus, vt illegitimi etiam legitimati non poſſint ab inteſtato ſuccedere patri, vel alteri agnato, niſi legitimati fuerint de voluntate, aut conſenſu expreſſo patris, vel agnati de cuius hæreditate agitur ante mortem, vel poſt mortem, ſingula ſingulis congruè referendo: Extantibus filiis, vel aliis agnatis legitimis & naturalibus, qui de iure ſuccedere poſſent, & deberent perſonæ defunctæ. Sunt enim iſta verba ſtatuti, ex quibus apparet in propoſita ſpecie, in qua agebatur de bonis ſitis in territorio Ferrariæ, maiorem habendam eſſe rationem legitimorum, etiam agnatorum, & tranſuerſalium, quàm illegitimi vllius quamuis legitimati. In quo derogatur proculdubio iuri communi, ex quo legitimati liberi ab inteſtato concurrerent cum legitimis, eiuſdem lineæ & gradus, ac multò magis agnatis omnibus præferrentur. Quod cùm ita ſit, an non multò maior ratio eſt, vt quod iure communi obtinet, ne poſſit inſtitui illegitimus, ne quidem ex priuilegio, niſi legitima ſobole nulla ſubſiſtente, ſic intelligamus, vt ad retinendam illegitimi incapacitatem, ſufficiat ſubſiſtere legitimam ſobolem, licet non ſit illa niſi agnata? ſiquidem hoc caſu ius commune facit pro agnata, non contra agnatam, vt in ſuperiore. Itaque ad rem non pertinet ſi quis dicat ſtatutum non procedere niſi ab inteſtato: nam non eo minùs valet arg. à caſu minùs fauorabili, ad magis fauorabilem. Deinde facto quoque teſtamento, poteſt defendi cognatum illegitimum etiam legitimatum non debere melioris conditionis eſſe, quod ad cognatum, quam filium illegitimum & legitimatum quod ad patrem: cùm non niſi ex ſimilitudine & comparatione patris, eodémque licèt multò minore humanitatis intuitu permiſſum ſit poſt patrem, & auum, cognato inſtituere illegitimum cognatum. Atqui non poteſt pater naturalis relinquere filio illegitimo quamuis legitimato, niſi quantum ei cui ex legitimis minùs reliquerit: *l. 9. §. vltim. C. de naturalib. lib.* Ergo nec permittendum eſt cognato, vt illegitimo cognato etiam legitimato, quidquam relinquat, niſi quantum reliquerit ei ex cognatis legitimis, cui minus relictum eſt. Iuſtin. enim apertè ſcribit in *dict. l. vlt.* ſubſiſtente legitima ſobole, idem ſe ius conſtituere in nepotibus, quod in filiis naturalibus, ſiue ab auo inſtituti ſint, ſiue a proauo, ſiue à cognato. Quod vtique ſic accipiendum eſt, ſiue naturales illi filij manſerint naturales, ſiue fuerint legitimati, vt conſtitutio generaliter loquens habeat locum in omni caſu, ſaltem in quo verba patiuntur; legitimatus autem non eo minus eſt naturalis, licet factus ſit etiam legitimus. Quanto magis ergo valebit hoc argumentum in naturali, non legitimato, ne poſſit ei plus dari, quàm cui ſaltem minus ex legitimis cognatis dederit?

Vnum hoc ſubiiciendum reſtat, nec obſeruatione indignum, quòd Iuſtin. in *d. l. vlt.* iis verbis, *ſi quis ſaltem hoc vocabulum ad tam degeneres homines extendere maluerit*, non tantùm filios ipſos naturales vocat *degeneres*, id eſt, vt interpretatur *l. quiſquis 6. C. de poſtul.* viles & abiectos; ſed etiam nepotes, ſiue illegitimè, ſiue etiam legitimè ex iis procreatos. Nam cùm tria ſint, vt diximus ex *ead. l. vlt.* naturalium nepotum genera. Vnum eorum, qui ſunt naturales ex naturalibus: Alterum eorum, qui ſunt naturales ex legitimis: Tertium denique illorum, qui ſunt legitimi ex naturalibus: conſtitutio noua ſicut ad omnes pertinet, ita & de omnibus loquitur, cùm *degeneres* eos vocat? Vbi non infacetè Baldus: Nota, inquit quod naturales, eorúmque filij non ſunt de genere, ſed degeneres. Et ſanè ita eſt. Nam quemadmodum fieri naturaliter non poteſt, vt quis naſcatur ſine patre, propter quam cauſam, nec naturalium liberorum nomen iſtis olim accommodabatur: Ita neque vt quis naſcatur ſine auo, ſi Adami liberos primi gradus excipias; aut quod idem eſt, vt quis natus intelligatur ex eo, qui patrem nullum habuerit: ac proinde qui non fuerit homo. Súntque iſta omnia ſecundum leges noſtras portenta naturæ, & oſtenta potius, quàm homines appellandi. Neque verò nepos auo niſi per mediam filij perſonam

iungitur;

Digitized by Google

iungitur; *leg. dotem, ff. de collat. bonor. l. iuriſconſultus* 10. *§. ſecundo gradu, De gradib. & adfin.* Et ideo qualis filius eſt, tales eſſe neceſſe eſt omnes ex eo deſcendentes: Excluſo filio, excluſos quoque eſſe nepotes: ſublato medio, tolli etiam omnia extrema. Denique ſicut pater illegitimus inter agnatos nullomodo computatur, hoc eſt, inter eos qui ſunt de genere, ſed inter degeneres, ita nec eius liberos, quamuis legitimos, vt rectè poſt alios tractat Tiraq. *De retr. municip. §.* 1. *gloſ.* 8. *num.* 7. *ex d. l. l. vlt.* iunct. *l. ſi viua matre* 3. *C. de bon. matern.* Quod ſi nepotes ſuſcepti quantumuis legitimè ex filio naturali, degeneres verè ſunt, & dicuntur, conſequens fit, vt alia ratione corruere debeat teſtamentum, in quo talis nepos inſtitutus ſit à cognato, qui fratrem ſuum legitimum, aut legitimam ſororem omnino præterierit. Vulgatum enim eſt, fratribus & ſororibus præteritis, competere querelam inofficioſi teſtamenti, non ſolùm ſi inſtituta ſit turpis perſona, ſed etſi ea, quæ non careat aliqua maculæ nota, quomodo loquitur *l. fratres* 27. *C. de inoffic. teſtam.* Porro qui degeneres ſunt, id eſt viles, abiecti, monſtruoſi, portentoſi, poſſuntne videri carere omni maculæ nota? Nec eſt, quod hac in re nati ex natalibus illuſtrioribus, putà ex Principibus à cæteris diſtinguantur. Quo enim nobilior & illuſtrior familia eſt, tanto indigniores ſunt illegitimi, qui legitimis præferantur, & aliquo ex legitimis ſuperſtite admittantur: vt Noſtri tractant ad *d. l. ex facto* 17. *§. ſi quis rogatus* 1. *ff. ad SC. Treb.* neque eo minùs contrahunt maculæ notam, ſi Lucano credimus. *Obliquum*, inquit, *maculat qui ſanguine regnum.* Obliquum enim non alium intelligit, quàm illegitimum: vt & Cuiacius in *Nouell.* 12. rectè interpretatur. Quomodo autem poſſet illegitimus ſuo ſangoine regnum maculare, ſi non eſſet ipſe maculatus? Qua etiam ratione tanto magis in propoſita ſpecie capienda erat noſtra interpretatio, quæ legitimæ ſorori faueret contra teſtamentum, quod etiamſi ſummo iure valeret, tamen per querelam inofficioſi propter ſororis legitimæ præteritionem omnino reſcindi oporteret, cùm ſufficiat in eam rem ſola infamia facti, nec requiratur infamia iuris, vt Accurſ. notat *ad d. l. fratres.*

De illegitimis iuſtos & legitimos liberos habentibus.

Nouus tamen hic ſuboritur ſcrupulus. Quomodo fieri poſſit vt ex filio naturali nepos aliquis ſit naturalis, qui tamen legitimus ſit patri ſuo. Nam ſi legitimus filius ille eſt, quem dant leges, vnde & adoptiui legitimi appellantur, qui fieri poteſt vt leges dent filium patri, qui ipſe naturalis ſit, & conſequenter incognitus legibus? Cúmque legitimus filius iuſtúſque is demum dicatur, qui naſcitur ex iuſtis nuptiis, quæ porrò niſi inter ciues Romanos contrahi non poſſunt; quomodo fieri queat, vt legitimum filium is habeat, qui ciuis Romanus non eſt, vt toties diximus, quique ideo iuſtas nuptias contrahere nullo modo poteſt? Sed non difficilis reſponſio eſt, potuiſſe naturalem quoque ac illegitimum talem etiam manentem impetrare à Principe, vt vel ciuitate donaretur tanquam alius peregrinus quilibet, atque ita fieri particeps & contrahendi matrimonij, & cæterorum omnium quæ propria erant ciuium Romanorum, vel peregrinus manens, ius tamen haberet contrahendi matrimonij, perinde ac ſi ciues Romanus eſſet. Solebat enim ius illud ab Imperatoribus & impetrari & concedi etiam peregrinis, dummodo liberi eſſent, multóque magis ſi non tantùm liberi, ſed etiam ingenui proponerentur: *l. imperialis* 23. *§. penult. l. vlt. C. de nup.* Nec enim dubitandum erat, quin iuſtæ ac legitimæ nuptiæ eſſent, quas alioqui prohibitas Principis reſcriptum approbaſſet: *tot. tit. C. ſi nupt. ex reſcr. petantur, l. ſi Senatori* 31. *ff. de rit. nupt. l. ſi tutor* 7. *C. de interd. matrim.* Neque tamen idcirco naturalis, cui nuptias contrahere permittebatur, fiebat legitimus patri ſuo; nec ſi quod magis eſt, aut natalibus ſuis reſtitutus, aut ciuis Romanus factus eſſet; quoniam aliud eſt, legitimum filium fieri, aliud ciuem Romanum: cùm ciuitas Romana non niſi per iuſtas nuptias iuſtum patrem dare poſſit. Proinde nihil vetat filium qui patri ſuo naturalis ſit, iuſtas tamen contrahere nuptias, ex iiſque legitimos liberos ſperare, quamuis non ideo legitimus ipſe fiat, ne tùm quidem cùm ciuitate Romana ſimpliciter donatur. Non enim ſicut quiſquis filius legitimus, idem & ciuis Romanus eſt; ita è contrario neceſſe eſt legitimum patri ſuo filium eſſe, eum, qui priuilegio, & iure quæſito, non natiuitate ciuis Romanus eſt. Ciuis Romanus hoc ipſo acquiritur ſoli ciuitati, non etiam patri. Filius qui fit legitimus, acquiritur vtrique & ciuitati & patri: quod ſicut maius eſt, ita & difficilius. At nec nouum eſt, vt legitimus quis fiat quod ad aliquid, non etiã quod ad omnia: vt in eo cernere eſt qui legitimatur per oblationem Curiæ: Is enim ſoli patri legitimus fit, alij præterea nulli: *d. Nouell.* 89. *cap.* 4. De illo planè non dubiratur, quin naturales omnes etiamſi ſint ſpurij, verè tamen ingenui ſint, ſi modò ingenuam habeant matrem: *dict. l.* 3 *C. ſol. matr.* Nihil ſiquidem commune habet ius ingenuitatis, cum iure ciuitatis, quia diuiſio illa perſonarum, vt quædam ſint ingenuæ, quædam libertinæ, non ciuium Romanorum diuiſio eſt, ſed ſubdiuiſio liberorum, vt diximus ſuo loco, ad *tit. De ingen.* nec quidquam prohibet eundem hominẽ, & ingenuum eſſe, & peregrinum. Ingenui enim ſubdiuiduntur quoque in ciues Romanos, & peregrinos. Non poſſum prætermittere quod vir doctiſſimus Iac. Cuiac. obſeruauit *lib.* 5. *obſeru. cap.* 6. hodie concubinatum non tam licitæ coniunctioni, quàm ſcortationi deputari, ex conſtitutione quadam Conſtantini Porphyrogennetæ apud Harmenopulum relata, ac multò magis ex ſacroſancti iuris Pontificij autoritate. Ex quo infertur neceſſariò, vt idem ille ait, filios ex concubinatu ſuſceptos, non tam naturales, quàm ſpurios dicendos eſſe; concubinas, ſcorta, non concubinas: vt in *Nouel.* 18. dè duabus concubinis eodem tempore domi retentis, ex eiſque ſuſceptis filijs Iuſtinianus dixit. Denique nullos hodie eſſe nothos, nullos filios naturales. Quod ſi ita eſt, neque lex vlla erit, quæ iſtos capaces fecerit quidquam à patre, aut ab auo, aut à proauo, aut à cognato magis quàm à quolibet alio extraneo capiendi. Omnes enim quæ extant hac de re tam *in Codice*, quàm *in* Iuſtiniani *Nouellis* conſtitutiones, ad ſolos naturales pertinent, non etiam ad cæteros, qui vſque adeò illegitimi ſint, vt nec *naturalium* nomen mereantur, vt idem Iuſtinianus profitetur *d. Nouel.* 89. *cap.* 1. *& vlt.*

Conſtitutio Conſtantini Porphyrogenneta apud Harmenopulum. Nullos hodie eſſe nothos nullos filios naturales.

Digitized by Google

ILLATIO II

De nuptiis minùs legitimè & contra leges contractis.

SEcundò ex eodem ſupradicto Principio fit, vt non ſolùm ſi nuptiæ nullæ contractæ ſint, pater nullus eſſe dicive poſſit; ſed & ſi aliquæ contractæ quidem ſint, verùm minùs legitimè, & contra leges. Neque enim tales nuptiæ iniuſtæ & illegitimæ, nuptiarum nomen merentur, multò minùs verò ſi ſint etiam inceſtæ; *§. ſi aduerſus, hoc titul. l. qui contra 4. l. ſi quis inceſti 6. Cod. de inceſt. nupt.* Inde eſt, quod non diſtinxerunt Iureconſulti patrem iuſtum à naturali, ſed tantùm naturalem ab adoptiuo: *l. lege Iulia 44 § non diſtinguitur, ff. de rit. nuptiar. l. non poteſt 3 t. de adopt.* Naturalem enim nullum agnouerunt, niſi qui iuſtus eſſet (excepto eo qui in ſeruitute filium ſuſcepiſſet, ac poſtea manumiſſus eſſet, de quo in *l. vxorem 41. §. pater naturalis, de legat 3.* vt ſcripſimus *illat. præced.*) licèt iuſtus omnis nòn continuò ſit naturalis, ſed poſſit etiam eſſe adoptiuus. Nam & illud eſt quod ait *l. 1. ff. de adopt.* filiosfamilias fieri non tantùm à natura, ſed etiam à lege. Cui non eſt contrarium quod nunc dicimus, patrem eum eſſe, quem nuptiæ demonſtrant. Adoptio enim ſicut naturam imitatur, *l. adoptio 16 eod.* ita ex verarum nuptiarum fictione & commento proficiſcitur: *l. fideicommiſſum 16 de condit. & demonſtr.* Vnde eſt quod nec alius per adoptionem filius fieri poteſt, quàm qui ex iuſtis & veris nuptiis poſſet, *l. ſi paterfamilias 15 & ſeqq. ff. de adopt.*

ILLATIO III.

De muliere volente differre quæſtionem adulterij in tempus pubertatis filij.

l. miles 11. §. defuncto ff. ad leg. Iul. de adult.

TErtiò ex eodem Principio fit, quod Papin. ſcribit in *l. miles 11. §. defuncto, ad leg. Iul. de adult.* defuncto marito adulterij ream mulierem poſtulatam, quæ propter impuberem filium vult dilationem ab accuſatore impetrare, hoc eſt, vt prætextu Carboniani edicti differatur quæſtio in tempus pubertatis filij, quaſi ad ipſius ſtatum pertinens, audiri non debere. Non enim videri ad iuſtam defenſionem confugere mulierem, quæ filij ætatem prætendit ad eludendam legitimam accuſationem: cùm non vtique crimen adulterij quod mulieri obiicitur præiudicet infanti: Siquidem poteſt & illa adultera eſſe, & impubes defunctum patrem habuiſſe. Hoc ipſum verò cur ita? niſi quia pater ille eſt quem nuptiæ demonſtrant. Ex quo etiam rectè Interpretes noſtri inferunt, mulierem adulteram habentem liberos, præſumi ex matrimonio, non ex adultero eos habuiſſe, non ſolùm ſi à marito, aut alio probetur ipſa adultera; ſed etiamſi vltrò fateatur ſe illos ex adulterio ſuſtuliſſe. Quanquam enim quod dicimus patrem illum eſſe quem nuptiæ demonſtrant, ex præſumptione iuris ſit potiùs, quàm vt certa aliqua & mathematica demonſtratione probari poſſit: ob ipſam tamen naturæ incertitudinem tam grauis vrgénſque præſumptio eſt, vt non tantùm *iuris* eſſe dicatur, ſed etiam *de iure*, quomodo Noſtri eas appellare ſolent, contra quas non admittitur probatio in cõtrarium. Excipiendi tamen ſunt duo caſus, ab Vlpiano ex Iuliano & Scæuola propoſiti in *l. filium 6. De his qui ſui vel alie. iur ſunt.* quorum alter eſt, Si fingamus abfuiſſe maritum verbi gratia per decennium, reuerſum autem inueniſſe anniculum in domo ſua. Placet enim Iuliani ſententia hunc mariti filium non eſſe. Alter eſt, ſi conſtet maritum aliquandiu cum vxore non concubuiſſe infirmitate interueniente, vel alia cauſa; vel ſi ea valetudine fuit, vt generare non potuerit; tam & dicendum eſt, hunc qui in domo natus ſit, licèt vicinis ſcientibus, filium non eſſe.

l filium 6 ff de his qui ſui vel alie. iur. ſunt.

Præſumptio enim cedit ſemper veritati, nec in eam perſonam cadere vnquam poteſt, in quam neque ipſa veritas cadere poſſet. Planè quoties nihil prohibet filium eſſe mariti, licèt reuera nõ ſit, audiendus tamen nõ eſt maritus negãs ſuum eſſe: *d. l. filium.* Sufficit enim quod mariti eſſe poſſit, quia nec certò & concludenter probari poteſt quod ſit alterius, multò minùs verò cuius ſit. Adeo vt etiam ſi mater filium enixa abſente marito, in actis profeſſa ſit ſpurium eum eſſe, filio tamen nocere id non debeat: *l. Imperatores 29. §. vlt. ff. de proba* ſicut è contrario neque profeſſio, neque adſeueratio parentum nuncupantiũ filios eos, qui non ſunt, veritati præiudicat: *l. neque profeſſio 5. C. de teſtam.* Quis ergo pater erit in duobus illis caſibus, quibus diximus ex *d. l. filium.* eum, qui in nuptiis etiam iuſtis ſuſceptus ſit, filium mariti non eſſe? Nullus omnino. Nec ſi certò probetur quis fuerit adulter. Sic erit filius ſpurius, id eſt, ſine patre, vt probatur ex *d. l. Imperatores, §. vlt.* Nihil enim prohibet nec mariti filium eum eſſe, nec adulteri, ſed alterius qui neſciatur.

ILLATIO IV.

Eum, qui patrem nullum habet, agnatos quoque nullos habere.

QVartò ex eodem Principio fit, vt quiſquis extra iuſtas nuptias conceptus eſt, ſicut patrem nullum habet, ita nec agnatos habere poſſit, ſed tantum cognatos, quoniam agnati ſunt, & dicuntur, ij ſoli cognati, qui per patrem coniunguntur: *l. ſi ſpurius 4. ff. vnd. cognat. iunct. l. iuris conſultus 10. §. cognati, De gradib. & adfin.* Vice verſa dicimus, eum, qui in adoptionem datur, non aliis cognatum fieri, quàm quibus agnaſcitur; quibus verò non agnaſcitur, nec fieri cognatum: *l. qui in adoptionem 23. ff. de adopt.* vbi ratio redditur, quod adoptio non ſanguinis ius adferat, ſed agnationis, id eſt quod patrem iuſtum duntaxat tribuat, non etiam naturalem; ſicut nec matrem vllam tribuit, ſed patrem tantùm.

l. ſi ſpurius 4. ff. vnd. cognat. l. Iuriſconſultus 10. §. cognati, de grad. & adſin.

ILLATIO V.

De nomine Matrimonij ſumpto à Matre, non à Patre. Et Patrimonij à Patre.

QVintò ex eodem Principio fieri etiam illud videtur, vt Matrimonium nomen ſumpſerit à matre, non à pàtre; quia mater, vt iam ſæpius diximus, ſemper certa eſt, vtpote quam facit probátque natura ipſa: Pater autem etſi

certus

Digitized by Google

certus quoque eſt, cùm ex iuſtis nuptiis demonſtrari poteſt, quia tamen non naturali, ſed ciuili ratione probatur, minùs priuilegij hac in re habere debuit quàm mater, cùm ex ſpe ſobolis procreandæ matrimonia & dicantur & æſtimentur: *l. liberorum 220. in fi. De ver. ſign.* Mater enim non eſt quæ nupſit, ſed quæ liberos procreauit. E contrario Patrimonium appellatum eſt à patre, non à matre, quoniam ad familiam pertinet, quæ patris eſt, non matris: & iis artibus acquiritur, & conſeruatur, quæ virum magis quàm mulierem decent.

ILLATIO VI.

De filio ſuſcepto ex iuſtis nuptiis, ſed quæ iam ſint diſſolutæ.

SExto ex eodem Principio fit, quod *illatione prima* ſcripſimus, vt iuſtis quoque nuptiis in ciuitate contractis, poſſit quis ex iiſdem perſonis naſci, nec tamen patrem vllum habere intelligatur, id eſt ſi nuptiæ illæ medio tempore, & ante huius filij conceptionem fuerint diſſolutæ, vt in ſpecie illa ſingulari *l. 1. C. de poſtlim. reuerſ.* putà vtroque coniuge, aut alterutro ab hoſtibus capto, Nam cùm inter cæteros modos matrimonium captiuitate diſſoluatur, *l. 1. ff. de diuor.* fieri non poteſt vt pater demonſtretur ex iis nuptiis, quæ deſierunt eſſe, licèt fuerint aliquando; ſi modò deſierint eſſe ante filij conceptionem. Conceptionis enim tempus illud eſt, quod cum tempore nuptiarum concurrere oporteat, vt per nuptias pater demonſtretur.

PRINCIPIUM III.

De Nuptiarum definitione.

Nuptias conſenſus facit non concubitus.

NVptiæ ſunt coniunctio maris & fœminæ, conſortium omnis vitæ, diuini & humani iuris communicatio: *leg. 1. ff. de rit. nupt.* Dicimus coniunctionem maris & fœminæ, vt nuptiarum materiam, potiùs quàm formam & ſubſtantiam ſignificemus. Nam præter id quòd nuptias conſenſus facit, non concubitus, *l. nuptias 30. De regul. iur. l. cui fuerit 15. De condit. & demonſtr. l. cùm hic ſtatus 32. §. ſi mulier 13. De donat. inter vir. & vxor.* illud etiam conſtat, non quamlibet maris & fœminæ coniunctionem facere nuptias, ſed eam duntaxat quæ fiat cum ratione, ac ex legum præſcripto: vnde eſt quod Vlpianus in *l. 1. §. ius naturale, ff. de inſtit. & iur.* tractans de iure naturali ſic loquitur, non vt dicat quamlibet maris & fœminæ coniunctionem eſſe iuris naturalis, ſed vt eam demum, quàm nos, inquit, Matrimonium appellamus. Cæteri namque coitus omnes extra matrimonium iniuſti ſunt, & illegitimi, tanquam qui eam rationem non habeant, quæ ſola tam diuino, quàm humano iure matrimonium inducit, nimirum ad propagandam humanam ſpeciem, replendámque iuſtis liberis ciuitatem, quod bono cuique Legiſlatori ſemper curæ fuit, vt eſſe debet: *l. 1. ff. ſolut. matrim. l. hoc modo 64. ff. de cond. & demonſtr. l. 2. in fin. Cod. de indict. viduit. tollen.* Et quamuis non ſine ratione concubinatum leges ciui-

Ratio & finis nuptiarũ.

les tolerent, ſcilicet ne deterius quid contingat, non tamen tanta ratione, vt potuerit vnquam is coitus fieri legitimus, & à legibus approbatus, ita vt nullum nomen, ne quidem naturalium habeant, qui ex tali coitu ſuſcipiuntur, ſi Iuriſprudentiæ veteri plus tribuere volumus, quàm poſterioribus Imperatoribus, qui *naturalium* nomen iis dederunt, vt ad *ſuperius Principium* diſputauimus, ex Iuſtiniano in *Nouell. 89. quib. mod. natur. effic. ſui.* Quod verò additur in Definitione nuptiarum, *conſortium omnis vitæ, diuini & humani iuris communicatio*, matrimonij ſubſtantiam & poteſtatem demonſtrat. Ex eo namque potiſſimùm æſtimatur matrimonium, vt ex duabus perſonis & carnibus, velut vnam perſonam carnémque vnam efficiat, ſiue iuris diuini, quo primum fuerunt inſtituta matrimonia, præceptum illud conſideres, *Et erunt duo in carne vna*; ſiue quæ in hanc eandem rem fuerunt iure ciuili conſtituta. Idque naturali etiam ratione factum eſſe, fieríque debuiſſe videtur; quia cùm neque ſine matrimoniis Reſpublica vlla, humanáque ipſa ſocietas ſtare poſſit, neque matrimonium vllum, aut perpetuum, aut felix eſſe, quod non ſit bene concordans, vt loquitur *l. 1. §. vlt. ff. de liber. exhib.* neque rurſum bene concordans eſſe matrimonium, in quo nõ adſit mira voluntatum & animorum conſenſio, quomodo fieri obſecro poterat, vt qui diſtinctas haberent voluntates in omnibus conſentirent, aut vt vna, eadémque voluntas eſſet earum perſonarum, quæ inter ſe diuerſæ diſtinctæque eſſent? Fieri ſiquidem per rerum naturam non poteſt, quin quot ſunt capita, quot perſonæ, tot ſint etiam voluntates, & conſequenter quin diuerſæ voluntates ſint diuerſarum perſonarum. Proinde ad conſtituenda matrimonia illud à Deo Opt. Max. fieri neceſſe fuit, quod neque Legiſlator vllus ciuilis, neque natura ipſa facere vnquam potuiſſet, vti ex duobus fieret vna caro, vt quod futurum erat conſequens, vnius carnis vna ſubinde voluntas eſſet. Nam & è contrario diuortium à mentium diuerſitate dictum fuiſſe Caius ſcribit in *l. 2. ff. de diuort.* Cur verò matrimonium *nuptias* Romani appellarunt? A nubendo inquit Varro *lib. 4. De ling. latin.* ideſt, ab operiendo, quòd vetus ille mulierum nuptarum mos eſſet, vt non niſi velato & operto capite, ad demonſtrandam verecundiam, quæ pudicitiæ tuta comes, fomeſque eſt, in publico apparere ſe poſſe arbitrarentur: Veteribus enim *nubere*, idem erat quod *operire*. Vnde & *nubes* dictas vult Iſidorus quòd operiant cœlum. Ex quo intelligimus ſolas mulieres nuptas dici poſſe, non etiam viros nuptos: In eóque errare imperitiſſimè pleróſque temporum noſtrorum Doctores, qui tum etiam, cùm de viris loquuntur, non erubeſcunt verbum *nubendi* vſurpare, perinde ac ſi de fœminis loquerentur. Peſſimo ſanè, & publicè inhoneſto exemplo, ſi Martiali credimus in illo loco.

Concubinatus eſt coitus illegitimus.

Matrimonij effectus & poteſtas vt ſint duo in carne vna.

Nuptiæ vnde dictæ.

Vxorem quare locupletem ducere nolim.
Quæritis? vxori nubere nolo meæ,

Et Imperatoribus in *l. cùm vir. 31. C. ad leg. Iul. de Adult.* An enim ille mos vnquam inualuit, vt operto velatóq; capite incederent viri, qui vxorem duxiſſent? Et contrario errore pleriqne ex Doctoribus noſtri temporis ſic loquuntur de fœmina, vt ducat virum Ridicula, nubit enim mulier viro, Ducit vir vxorem. Non enim

Nubere eſt mulieris, Ducere viri.

priùs

priùs impleta matrimonij ſolemnitas dici olim poterat, quàm deducta eſſet vxor in domum mariti: *l. mulierem 5. ff. de rit. nupt. l. penult. in princip. §. 1. ff. de donat. int. vir. & vxor. l. 2. ff. de his quæ vt indign. l. ſi vxor 13. §. minor, ff. ad leg. Iul. de adult.* vt ex ea deductione appareret ex duabus familiis vnam fieri, vnámque domum. Fiebat autem deductio in domum non vxoris, ſed mariti; quia vt eleganter Pomponius ſcribit in *dict. l. 5. de rit. nupt.* non vxoris, ſed mariti domus, matrimonij domicilium eſt: Sicut & eius perſonæ, quæ per matrimonium vna ex duabus conſtituitur, maritus caput eſt, non vxor: iuxta ſententiam Diui Pauli. Adde textum elegantem in *l. cùm in te 6. C. de donat. ant. nupt.*

Deductio in domum viri eſt ex ſolennibus nuptiarum.

Mariti domus eſt domicilium matrimonij.

ILLATIO I.

De caſtratis, & ſpadonibus.

EX hoc Principio illud primùm fit, vt qui ſunt caſtrati matrimonium contrahere non poſſint: *l. ſi ſerua 39. §. 1. ff. de iu. dot.* quia cùm iis deſit ea pars corporis, quæ neceſſaria eſt ad coitum, non poſſunt fœminis coniungi; Ergo nec matrimonium contrahere, quod nihil aliud eſt, quàm iuſta legitimáque maris & fœminæ coniunctio. Nec eſt contrarium, quod ſpadones nuptias contrahere poſſunt, *d. §. 1.* Spadones enim illi dicuntur, qui non tam natura, quam corporali vitio, & vt plurimùm temporali prohibentur, ne generare poſſint: ac proinde qui fœminæ coniungi poſſunt, adeóque ſpem aliquam habent generandi, liberóſque procreandi: in eóque à caſtratis diſtinguuntur; *§. ſed & illud, infr. De adopt. l. 2. §. illud, l. adrogato 40. §. vlt. ff. eod.* vbi ex hac cauſa ſcriptum eſt, ſpadones poſſe adrogare, caſtratos verò non poſſe. Quò etiam pertinet differentia, quam inter ſpadonem & caſtratum ponit Vlpianus, quantum ad poſthumi hæredis inſtituendi facultatem: in *l. ſed eſt quæſitum 6. De lib. & poſthum.* Quamuis *ſpadonum* appellatio aliquando ſit generalis, vt etiam caſtratos comprehendat: *l. ſpadonum 128. De verbor. ſignif. l. 4. §. idem Diuus, ff. ad leg. Cornel. de ſicar.*

L. ſed eſt quæſitum 6. ff. de liber. & poſthum.

ILLATIO II.

De frigidis & maleficiatis, & de virgine nondum viripotente.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt ea quoque matrimonia, quæ ab initio conſtitiſſe videntur tanquam legitimè contracta, diſſoluantur poſteà ſi appareat frigidum eſſe virum, aut maleficiatum, aliáve ratione inhabilem ad coniunctionem illam naturalem, ſine qua matrimonium nullum eſſe poteſt: *Tot. tit. Decretal. de frigid. & maleficiatis, &c.* Idem eſt, ſi virgo vel propter ætatem, vel quia alia de cauſa non ſit viripotens, *l. pater 101. de condit. & dem. l. 13. de verb. ſign. l. 5. §. 2. ex quibus cauſ. in poſſ. §. 1. hoc tit.* Non enim poteſt videri nupta, quæ virum pati nequit: *L. pen. quand. dies legat. ced.*

ILLATIO III.

De muliere quinquagenaria.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt è contrario non poſſint eſſe nuptiæ cum ea muliere, quæ licèt viro coniungi poſſit, non tamen eiuſmodi coniunctione, ex qua liberi vnquam ſperari poſſint. Vt putà ſi ſit maior quinquagenaria, & ita inhabilis ad prolem ſuſcipiendam; quaſi nihil interſit an coniunctio iſta maris & fœminæ, quæ matrimonij materiam præbet, fieri nullo modo poſſit; an verò poſſit quidem, ſed non ad eum effectum, ad quem comparata ſunt matrimonia, id eſt, prolis habendæ cauſa. Eſt quaſi belluinus magis quàm rationabilis appetitus ille ſic nubendi in muliere, quæ liberos vnquam ſperare per ætatem prohibeatur. Sed hæc quidem iuris ciuilis & conſtitutio, & ratio eſt, teſte Vlp. *in fragm. ti. 16.* Verùm iure Pontificio aliter ſe res habet, fuitque hac parte vt in cæteris ferè omnibus abrogata lex Iulia Papia, quæ ius illud induxerat: permiſſúmque omnibus, id eſt tam ſexagenariis viris, quàm quinquagenariis mulieribus pro arbitrio contrahere matrimonium; quippe quod à Deo Opt. Max. ſit inſtitutum, non modò ad liberos procreandos, ſed etiam vice remedij aduerſus peccatum incontinentiæ. Idque Iuſtinianus etiam noſter conſtituit in *l. ſancimus nuptias 27. C. de nupt.* cui iungenda eſt *l. ſi maior. 12. C. de legit. hæred.* licèt idem Iuſtin. in tollenda lege Miſcella, quæ viduitatem indicebat, diſtinxit mulierem, quæ ſobolis tantùm procreandæ gratia velit ad ſecundas migrare nuptias; ab ea quæ liberos amplius ſperare non poſſit, in *d. l. 2. C. de indict. viduit. toll.* Planè ſi proponas nupſiſſe virginem, quæ tam arcta ſit, vt maſculi congreſſum excipere non poſſit, ne iure quidem Pontificio nuptiæ conſiſtent, non alia ratione, quàm quæ ex *hoc Principio* deſumitur, quòd matrimonium ſine maris & fœminæ coniunctione corporali nullum eſſe poſſit.

Vlp. in fragm. tit. 16.

l. ſancimus nuptias 27. C. de nupt.

ILLATIO IV.

De fauore nuptiarum, & odio cœlibatus.

QVartò ex eodem Principio fit, vt nuptiarum & matrimoniorum fauore, pleraque ſint iure ciuili fauorabiliter conſtituta, nimirum vt ad contrahendas nuptias, prolémque ſuſcipiendam, his veluti præmiis ciues inuitarentur, quòd ea res ad Reipublicæ dignitatem & amplitudinem pertinere maximè videretur, ſine qua nec diu ſtare Reſpublica ipſa poſſet. E diuerſo, leges multæ latæ ſunt in pœnam eorum, qui vel cœlibes eſſent, ideſt, à nuptiis in perpetuum abſtinerent: vel orbi; h. e. qui ex contractis nuptiis liberos nullos ſuſcepiſſent. Cœlibes enim ex teſtamento extranei capere nihil prorſus poterant: Orbi verò non niſi ſemiſſem. Sed & ſi quis vnum duntaxat filium, filiámve ſuſcepiſſet, nullas quidem pœnas patiebatur, ſed neque percipiebat, ea præmia, quæ patribus plures liberos habentibus erant parata, vt Vlp. *in Fragmentis* ſcribit, & ad Vlpian. Cuiacius in *tit. De cœlib. orb. & ſolit.* Solitarium hunc vocat Vlpianus qui ſolum filium habebat, non plures.

Indéque

Digitized by Google

Indéque etiam eſt quod lege Cornelia *de ſicariis*, & Diui Hadriani conſtitutione, capitis pœna conſtituta eſt in eum, qui aut alios, aut ſeipſum etiam caſtraſſet: *d. l. 4. §. idem Diuus, ff. ad leg. Cornel. de ſicar.* Iunge Leonis *Nouell.* 60. *in fin.*

ILLATIO V.

Eandem videri perſonam mariti & vxoris.

l. penul. ff. de vſufr. legat.

QVintò ex eodem Principio fit, quod eleganter Papinianus reſpondit in *l. penul. ff. de vſufr. legat.* ſi pater filiæ domum legauerit, eique per domus hæreditarias tranſeundi ius præſtari voluerit, ſi filia domum ſuam habitet, viro quoque ius tranſeundi præſtandum eſſe: alioquin futurum, vt nec ipſi filiæ præſtari videatur, etiamſi non legatum ſeruitutis plenum, ſed nudus tranſeundi vſus, quem planè perſonalem adeóque perſonaliſſimum eſſe conſtat, filiæ relictus proponatur. Nempe quia nō alia mariti, alia vxoris, ſed vna eadémque perſona vtriuſque eſſe intelligitur. Nec tantùm mera iuris fictione vt de hærede dici ſolet, cenſeri eum perſonam eandem cum defuncto, ſed etiam reuera. Nemo enim dixerit vſum tranſeundi poſſe ad hæredem filiæ tranſmitti, ne quod affectu filiæ datum eſt, hoc & ad ipſius exteros hæredes tranſmittatur; vt *ibidem* ſubiicit Papinianus.

ILLATIO VI.

De vſu ædium qui legatus ſit marito.

SExtò ex eodem Principio fit è diuerſo, vt ſi marito vſus ædium legatus ſit, poſſit mulier cum viro in iis ædibus habitare, ſicut & maritus cum muliere poſſet, ſi mulieri vſus relictus proponeretur: *l. 4. §. 1. ff. de vſu & habit.* vbi Vlpianus ſcribit hoc à Quinto Mucio primùm fuiſſe admiſſum, licèt aliam quàm hanc noſtram rationem adferat, nec inelegantem. Ne alioquin ei ex coniugibus cui vſus legatus eſt, carendum ſit matrimonio, dum vult vti domo. Quinimò etiamſi viduæ vſus legatus ſit, placet Vlpian. *ibidem* ex Pomponij & Papiniani ſententia, poſſe illam cum viro, cui poſtea nupſerit, in iiſdem ædibus habitare. Hoc amplius Pomponius dixit, & Vlpianus probat, cum ſocero quoque mulierem habitaturam, & ſocerum cum nuru, vtique ſi vir vnà ſit. Non ſolùm autem cum marito, ſed in conſequentiam cum liberis quoque, libertíſque, adeoque cum parentibus mulieri habitare permittendum.

ILLATIO VII.

De remittenda conditione adſcripta legato relicto mulieri ſi à viro diuerterit.

l. ſed neque 8. §. 1. eod. tit.

SEptimò ex eodem Principio fit, quod idem Vlpianus ſubiungit in *l. ſed neque* 8. §. 1. *eod. tit.* Si vſus ædium mulieri legatus ſit ſub ea conditione, *ſi à viro diuertiſſet*; remittendam ei conditionem, vt ſimul cum viro in iis ædibus habitare poſſit. Non enim poteſt non eſſe odioſa, & contra bonos mores ea conditio, quæ inuitet coniuges ad diſſoluendam huiuſmodi indiuiduam vitæ ſocietatem. Cúmque nihil fauorabilius ſit nuptiis, conſequens eſt vt è contrario diuortia ſint odioſa, per quæ vinculum nuptiarum, eáque vitæ ſocietas diſſoluatur. Itémque cætera omnia, quæ nuptiis, ſiue contractis; ſiue contrahendis, aliquod afferant impedimentum: *l. cùm tale 72. §. ſi arbitratu, de cond. & demonſtr.*

ILLATIO VIII.

De cauſa dotis perpetua.

l. 1. & 3 ff. de iur. dot.

OCtauò ex eodem Principio fit, vt dotis cauſa perpetua eſſe dicatur, quia cùm detur propter matrimonium, ita vt nec ſine matrimonio eſſe poſſit; *l. 3. ff. de iur. dot.* matrimoniū autem indiuiduam vitæ ſocietatem contineat, fieri certè nequit, vti ne dos ex voto illius qui eam dat, ita contrahatur, vt ſemper & perpetuò apud maritum ſit, quemadmodum Paulus ſcribit in *l. 1. eod. titul.* Ex quo fit etiam, vt ex ea dotis cauſa dominium rerum dotalium marito acquiratur. Nec enim cauſæ contractuum temporariæ, vt locationis, mutant dominium; ſed perpetuæ: vt eleganter tractat Cuiac. ad *tit. Cod. eod.*

ILLATIO IX.

De committenda ſtipulatione collata in perſonam viri aut vxoris.

l. ſi ſtipulatus fuero 111. De verb. obl.

NOnò ex eodem Principio fit, quod Pomponius ſcribit in *l. ſi ſtipulatus fuero* 111. *De verb. obligation.* Si ſtipulatus fuero, Per te non fieri quominùs illa domo mihi vti liceat, etiamſi me non prohibeas, tamen committi ſtipulationem, ſi vxorem meam prohibeas; vel contrà, ſi vxore mea idem ſibi ſtipulata, tu me prohibeas. Nam & multò latiùs ea ſtipulationis verba poſſunt accipi. Nimirum vt ſi ſtipulatus fuero, Per te non fieri quominùs via, itinere, actúque vti liceat; etſi non me, ſed alium nomine meo ingredi volentem prohibueris, ſtipulatio committatur, quemadmodum ſcriptum eſt in *eadem lege.* Cur verò in hoc poſteriore caſu latiùs accipiuntur verba illa ſtipulationis, quam in priore? Quia cum clauſula. *Per te non fieri quominùs mihi &c.* perſonam ipſam & promiſſoris & ſtipulatoris præcisè demonſtret, nihil fieri videtur contra rigorem & proprietatem verborum, cùm perſona vxoris accipitur pro perſona viri, aut contra, ſiquidem vtriuſque perſona vna & eadem eſſe creditur. Quod non ſimiliter dici poteſt, cùm ad alium meo nomine ingredi volentem, hæc ipſa ſtipulationis verba accommodantur; quandoquidem ille, alius reuera eſt à me; licet id quod facit, meo nomine faciat. Hic enim videtur mihi eſſe illius legis ſenſus, quamuis non ſatis benè expreſſus iis verbis, *& latius eſt hæc verba ſic accipi*: quæ potiùs ſignificare videntur latiorem illam eſſe ſignificationem, per quam fiat vt perſona mulieris pro perſona mariti, vel ex aduerſo accipiatur; cùm tamen ſequentia oſtendant eo ſenſu ita ſcriptum fuiſſe, ac ſi pluribus;

&

Digitized by Google

& apertiùs ſcriptum eſſet, melius eſſe vt ſupradicta verba non ſolùm ſic accipiantur, interpoſita per maritum ſtipulatione, vt vxoris perſonam comprehendant; ſed etiam longè latiùs ad extraneam quoque perſonam referantur, ſi quis alius nomine ſtipulatoris ingredi fundum velit. Qua de cauſa facilè in ſuſpicionem venio, tam Pomponij eſſe hanc clauſulam, cæteráque omnia quæ in *eadem lege* ſequuntur, quàm Triboniani ſuo more impropriè loquentis. *Manus Triboniani.* Cuius rei argumentum & coniecturam præbet mihi ea interrogatio, quæ præcedit reſponſionem, *an committatur ſtipulatio?* Solet enim ille huiuſmodi interrogatiunculis viam facere ſuis reſponſionibus ſub Prudentum nomine inſinuandis. Mouent etiam verba illa, *ſciendum erit*, quæ Triboniano longè familiariora ſunt, quàm Vlpiano, aut Pomponio, cuius ea lex eſt, aliive vlli ex Iureconſultis.

ILLATIO X.

De commixtione familiæ mariti & vxoris.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt ſi vir, aut vxor occiſi eſſe proponantur, de ſeruis vtriuſque quæſtio habeatur, quia licet neque ſerui mariti propriè vxori ſerui dicantur, neque vxoris propriè mariti; negari tamen non poteſt, quin vtraque familia commixta, & vna domus ſit, ac proinde ita vindicandum facinus, atque in propriis domini occiſi ſeruis vindicari ſolet, idque ſenatuſconſulto Silaniano etiam cautum fuiſſe refert Vlp. in *l. 1. §. ſi vir, ff. de SC. Silan.*

ILLATIO XI.

De patre volente abducere filiamfamilias à marito.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt quamuis per filiæfamilias matrimonium non diſſoluatur patria poteſtas, quæ facit inter cætera vt patris & liberorum vna eadémque perſona eſſe exiſtimetur: *l. ne cùm filiofamilias 16. ff. de furt.* iunct. *l. lis nulla 4. ff. de iudic. l. vlt. C. de impub. & aliis ſubſtitu.* ſi tamen pater filiam ſuam quæ mihi nupta ſit, abducere velit, vel exhiberi ſibi deſideret, danda mihi ſit aduerſus eum interdicto agentem exceptio, *l. 1. §. vlt. ff. de liber. exhib.* vbi Vlpianus elegantem adfert rationem, *ne bene concordantia matrimonia iure patriæ poteſtatis turbentur.* Tantum abeſt, vt patri licere debeat concordans matrimonium fortè & liberis ſubnixum velle diſſoluere, vt eadem lex ait. Subiungens fore tamen ciuilius perſuaderi patri, ne acerbè patriam poteſtatem exerceat. Immo quod magis eſt, de vxore exhibenda ac ducenda, pater etiamſi filiam in ſua poteſtate habeat, à me qui maritus ſum rectè conuenietur, vt ex Hermogeniano traditum eſt in *l. 2. eod. tit. l. vlt. C. eod. l. ſi inuita 11. C. de nupt.* *l. 2. eod. l. vlt. C. eod. l. ſi inuita 11. C. de nupt.* Vt intelligamus maiorem eſſe perſonarum vitæque communionem, ne dicam identitatem inter virum & vxorem, quàm ſit inter filiam & patrem. Cui conuenit quod iure diuino iubetur, quiſquis maritus eſt, relinquere patrem & matrem, & adhærere vxori ſuæ: multò magis ea quæ nupta eſt adhærere marito parentibus relictis. Quanquam iure ciuili hoc amplius eſt, quod patris conſenſus in filiæ nuptiis exigitur, vt dicemus *Princip. ſeq.*

ILLATIO XII.

De iis inter quos eſt figura & imago matrimonij.

DVodecimò ex eodem Principio fit, vt in iis quoque perſonis inter quas matrimonium nec eſt, nec eſſe poteſt; ſi tamen figura, & vt ita dicam, imago quædam ſit matrimonij, putà inter ſeruos in contubernio degentes, dura dicatur ſeparatio, ſi qua de cauſa contubernalem à contubernali ſeparari oporteat; *leg. quæſitum 12. §. vxores 7. De inſtruct. & inſtrum. legat.* *l. quæſitum 12. §. vxores, 7 De inſtruct. & inſtrum leg.* vbi Vlp. ſcribit, legatis iis ſeruis, qui fundi inſtructi legato continentur, vxores quoque & infantes eorum in eadem villa degentes, ex veriſimili teſtantis voluntate eodem legato contineri; *Neque enim*, inquit, *duram ſeparationem indixiſſe teſtator credendus eſt.* Nempe quia licèt contubernium non ſit matrimonium, tamen matrimonij figura quædam & imago eſt, eſſétque matrimonium, ſi inter ſeruos perinde ac inter liberos homines matrimonium contrahi poſſet; Propter quam cauſam contubernalis ancilla, id eſt quæ in ſerui contubernio eſt, nõ minùs, licèt minùs propriè, vxor appellatur, quàm ſi libera eſſet: *d. §. vxores*, & qui ex contubernio naſcuntur, perinde ac ſi ex matrimonio nati eſſent, liberi dicuntur, in *§. contubernales 33. ead. leg.* Facit *l. vxorem 41. §. codicillis 2. & §. contubernia. De legat. 3.*

ILLATIO XIII.

De iudicio rerum amotarum, & eius inducendi cauſa.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit, vt rerum amotarum iudicium ſingulare introduci neceſſe fuerit aduerſus eam, quæ vxor fuiſſet; quia non placuit maritum agere furti cum ea poſſe. Siue quod ne quidem furtum facere mulier intelligatur, vt Nerua & Caſſius exiſtimarunt, quia ſocietas vitæ quodammodo eam dominam faciat, nemo autem rei ſuæ furtum facere poſſit: Siue quod furtum quidem viro faciat, ſicut & filia patri: ſed tamen in honorem matrimonij, turpis actio ſit deneganda, vt Sabino & Caſſio viſum fuiſſe refert Paulus in *l. 1. ff. rer. amot.* iunct. *l. 2. eod. tit.* *leg. 1 & 2. ff. rer. amot.* Quamuis in aliis pleriſque, ea rerum amotarum actio non minùs duras habeat præſtationes, quàm ſi ei perſonæ contra quam exercetur, nullus honor haberetur. Vt putà in eo quod in ſolidum datur, non in quantum facere poſſit is, qui conuenitur: *l. ſi rerum 52. Digeſtis, de re iudic.* *l. ſi rerum 52. ff. de re iud.* vbi Tryphoninus ſcribit: Si rerum amotarum iudicio cum viro agatur, quanquam videatur ea quoque actio præcedentis ſocietatis vitæ cauſam habuiſſe, in ſolidum tamen condemnari virum debere, quoniam ex mala contrectatione & delicto proficiſcatur. Nec enim minùs delinquit maritus qui vxoris res amouet, quàm vxor quæ res mariti. Ideóque perinde datur ea actio vxori contra maritum, atque marito

rito contra vxorem: *l. 2. C. rer. amot.* Vlp. in *fragment. tit. 7. §. 2.*

ILLATIO XIV.

De nuptiis per deportationem alterutrius coniugum non diſſoluendis.

DEcimoquartò ex eodem Principio fit, vt quamuis nuptiæ non inter alios quàm inter ciues Romanos contrahi iure ciuili poſſint, vt diximus ad *Princip. 1. huius tit.* & deportatione ciuitas amittatur, redactò ad peregrinitatem eo; qui deportatur; vt loquitur Iurec. in *l. ſed ſi hac 10. §. ſed ſi per plenam, De in ius vocan. l. 1. C. de hered. inſt. l. vlt. ff. de var. & extraor. cognit. l. pen. ff. de capit. minut.* nuptiæ tamen per alterutrius coniugum deportationem minimè diſſoluantur, ſi coniugalem adfectionem retinere alius voluerit, qui non fuit deportatus: *l. 1. Cod. de repud. l. res vxoris 24. C. de donat. inter vir. & vxor. l. ſed ſi mors 13. §. 1. ff. eod. l. 5. ff. de bon. damnat.* Nam cùm deportatio non compatetur morti, quia deportatus amiſſa ciuitate retinet libertatem, quid humanius eſt, & ea vitæ indiuidua ſocietate, quæ per nuptias contrahitur, dignius, quàm vtroque viuente coniuge fortuitis caſibus mulieris maritum, vel mariti vxorem participem eſſe? vt ſub Vlpiani nomine Tribonianus ſcribit in *l. ſi cum dotem 22. §. ſi maritus, ff. ſolut. matrimon.* Nam & inde fit quod eo loco ſcriptum eſt, vt per furorem ſuperuenientem matrimonium non diſſoluatur. Quod & ſcriptum eſt in *l. patre furioſo 8. De his qui ſunt ſui vel alien. iur.* ſiue inquit ea lex alteruter coniugum furere cœperit, ſiue vterque. Et tamen ſi alter ex coniugibus, qui deportatus non eſt, nolit coniugalem adfectionem retinere, poſt alterius coniugis deportationem, matrimonium diſſoluitur: *l. ſi quis ſic ſtipuletur 56. ſolut. matr.* Sic enim locus ille neceſſariò accipiendus eſt, vt conſtat ex *d. l. 1. Cod. de repud.* Hoc verò cur ita? hoc eſt, Cur ad matrimonium diſſoluendum hoc tantùm exigimus, vt nolit is qui deportatus non eſt, matrimonij adfectionem retinere? An quòd etiam ſi deportatio non interueniſſet alterutrius coniugum voluntate diſſolui matrimonium poſſet, permiſſa ſcilicet diuortiorum licentia & libertate? Minimè. Nam eo caſu neceſſarium eſſet repudium mittere per nuncium, aut aliter animum repudiandi teſtatione ac ſignificatione aliqua inſinuare; quod hoc caſu neceſſarium non eſt, cùm deportatio interuenit. Sufficit enim ſimplex abnutiuum voluntatis, vt loquar cum Paulo in *l. inter ſtipulantem 83. in princip. De verb. obligat.* Ratio igitur illa eſt, quia deportato aqua & igni interdici ſolebat. Certè aquæ & ignis interdictio ſucceſſit in locum veteris illius deportationis, *dicta lege 1. C. de hered. inſtit.* In contrahendis verò matrimoniis ille olim mos erat, vt nupta, domi aqua & igni exciperetur, ad demonſtrandam contrahendámque indiuiduam iſtam vitæ ſocietatem, quæ ſine communi aquæ & ignis vſu conſeruari non poſſet, vt vterque coniugum intelligeret in ea vitæ ſocietate ſibi quandiu ambo viuerent perſtandum eſſe, licet aliam eius ſolennitatis rationem adferat Varro *lib. 4. de ling. latin.* ſumptam ex eo quod cauſa naſcendi duplex ſit ignis & aqua,

Cur nupta exciperetur aqua & igni in domo mariti.

quaſi mas ignis ſit, quod ibi ſemen, aqua fœmina, quod fœtus ab eius humore fiat: Cui conſequens viſum fuit, vt eam ſocietatem etiam citra repudium diſſoluere liceret, ſi contingeret alterutri coniugum aqua & igni interdici, quod in eum vſque caſum matrimonij ſolennitas progreſſa non fuiſſet. Quamuis nihil vetaret, coniugalem fidem & affectionem ſe extendere longiùs, quam ſe extenderet ipſa etiam ſolennitas nuptiarum maioremque vim eſſe veritatis, quàm ſymboli & ſignificationis. Non enim alia ratione poterat meliùs ſignificari communio rerum omnium inter coniuges, quam communicatione elementorum, ex quibus omnia conſtant. Cur ergo, inquies, duobus tantùm elementis illis aqua & igni coniuges in eam rem vtebantur, cùm ſint quatuor elementa? Nimirum quia duo reliqua, id eſt, aër, & terra, communicabantur ſatis, hoc ipſo quod in mariti domo vxor excipiebatur, cùm nec ſine terra, nec ſine aëre domus ipſa ſtare poſſet: quomodo ſine aqua & igni, ſi ingredienti vxori exhibita non fuiſſent, ſtare vtique potuiſſent. Ea igitur elementa duntaxat exhiberi debuerunt, quæ an in domo eſſent, poterat ignorari. Idque ſignificare videtur Imp. Gordianus in *l. 4. C. de crimin. expil. hered.* iis verbis, *aduerſus vxorem, quæ ſocia rei humanæ atque diuinæ, domi ſuſcipitur.* Lego namque *domi*, non vt vulgo, *domus.* Quid enim attinet eo loco de diuina domo tractare? An fortaſſis eo ſenſu quo in *tit. C. de fundis rei priuatæ, & ſaltibus diuinæ domus, lib. 11. C. tit. 65.* An non ſufficiebat dixiſſe vxorem ſociam rei diuinæ atque humanæ, id eſt vt Principium noſtrum habet, diuini atque humani iuris. Sed voluit Gordianus dicere, vxorem ſuſcipi domi, ſociam rei humanæ atque diuinæ, id eſt ideo fieri ſociam, quia domi excipitur aqua & igni. Quorum duorum vſus non ſolùm ad res humanas maximè ac neceſſariò pertinet, ſicut & cæterorum elementorum, vt diximus; ſed etiam ad res diuinas. Vix enim ſacra vlla erant in Republica Romana, quæ citra ignis, aut aquæ, aut vtriuſque vſum peragerentur. Sanè de igne extabat lex *in duodecim tabulis*, in hæc verba: *Deos abſque igne non colunto.*

l. 12. tab. de Deis abſque igne non colendis.

ILLATIO XV.

De matrimonio per captiuitatem diſſoluendo.

DEcimoquintò ex eodem Principio fit, vt matrimonium non ſolum morte diſſoluatur, ſed etiam captiuitate, id eſt ſi alteruter coniugum redactus in ſeruitutem, ſiue quòd captus ſit ab hoſtibus, ſiue quòd ſeruus pœnæ factus ſit per ſententiam, puta ſi damnatus fuerit in metallum: *l. 1 ff. de diuor. d. l. ſed ſi mors 13. §. 2. ff. de donat. int. vir. & vxor. dicta leg. res vxoris 24. C. eod. l. 5. ff. de bon. damnat.* Nam cùm ſeruitus morti adſimiletur, *l. cum hic ſtatus 32. §. ſi donator 6. ff. de donat. int. vir. & vxor. l. intercidit 59. in fin. De condit. & demonſtrat. l. ſeruitutem 209. De regul. iur.* ſocietas autem quælibet morte diſſoluatur, etiam quæ in perpetuum fuerat contracta: *l. 1. l. 4. §. 1. l. cum duobus 52. alias l. ſi fratres §. idem reſpondit 9. l. verum eſt 63. §. vltim. l. actione 65. § morte 9. ff. pro ſocio.* Conſequens eſt, matrimonium, quòd nihil aliud quàm totius vitæ, omniſque

Cur matrimonium per captiuitatem diſſoluatur.

Digitized by Google

Yuris ſocietas eſt, diſſolui per mortem, aut ſeruiuitutem alterutrius coniugum, nec ſtare poſſe, etiamſi maximè vxor captiui velit, & interim maneat in domo mariti: *l. in bello 12. §. ſed captiui uxor, ff de captiu. & poſtlim.* Niſi proponas libertam, quæ nupſerit patrono poſtea ab hoſtibus capto. Sequimur enim hoc caſu ſententiam Iuliani exiſtimantis durare huius libertæ matrimonium, etiam in captiuitate, propter reuerentiam patroni; vt Vlpianus refert in *l. in eo iure 45. §. vltimo, ff de rit. nupt.* Addens tamen, ſi in aliam quàm hoſtium ſeruitutem patronus deductus ſit, proculdubio matrimonium diſſolui.

Dices huic rationi, ſi recta eſt, conſequens fore, vt etiam deportatione ſoluatur matrimonium, contrà quàm proximè diximus. Nam nec dubitandum eſt, quin aliæ ſocietates deportatione alterutrius ex ſociis diſſoluantur: *dicta leg. verum, §. vltim.* Vbi Vlpianus apertè ſcribit interire homines, non ſolùm morte, ſed etiam maxima, mediáque capitis diminutione. Quaſi nihil interſit an maxima, an media capitis diminutio interuenerit, quantum ad effectum diſſoluendæ ſocietatis, & quod ad hoc vt quiſquis alterutram capitis diminutionem paſſus eſt, pro mortuo ſit habendus. Quod & apertius idem Vlpian. ſcripſit in *l. 1. §. penult. de bonor. poſſ. contr. tabul* & Paulus in *l. ſi necem 4. §. ſi deportatus, de bon. libert.* itémque Scæuola in *l. Gallus 29. §. & quid ſi tantum. De liber. & poſthum.* Reſpondeo, cùm de bonorum duntaxat ſocietate agitur, deportationem benè comparari morti, *dicta leg. verum.* quia deportatus ſicut amittit ciuitatem, ita & bona omnia quæ habebat dum eſſet in ciuitate. Habet. n. deportatio ſemper adnexam bonorum publicationem, quam nos *confiſcationem* appellamus. Fieri autem nequit, vt eius rei, quæ publicata ſit, ſocius quiſquam intelligatur, non magis quàm eius rei quæ iam ſit nulla, vt Vlpian. addit in *dicto §. vltim. l. verum.* Eadémque ratio facit vt in aliis etiam iuris partibus, in quibus non agitur niſi de bonis, deportatus pro mortuo habeatur: quia non magis bona vlla poteſt habere, quam ſi reuera mortuus, aut in metallum damnatus proponeretur. At ſocietas illa, ex qua matrimonium æſtimatur, non bonorum duntaxat ſocietas eſt, ſed vitæ; verum autem eſt deportatione vitam non finiri, nec pro mortuo habendum eſſe deportatum, extra cauſam bonorum. Nec ergo dici poteſt diſſolui matrimonium per deportationem. Quemadmodum nec hodie diſſoluitur per condemnationem in metallum, poſtquam placuit Iuſtin. *Nouell. 22. De nup. cap. 8. §. quod tamen prius*, neminem bene natum & ingenuum, ex pœna ſeruum fieri amplius poſſe; quamuis non minùs hodie quam olim, amittat bona ſua omnia is, qui talem patitur condemnationem.

l. verum eſt 63. §. vlt. ff. pro ſocio.

ILLATIO XVI.

De Diuortiis.

l. 1. ff. de diuort.

DEcimoſextò ex eodem Principio fit, vt per diuortium quoque nuptiæ diſſoluantur: *dict. l. 1. ff. de diuort.* quia cùm matrimonium nihil aliud ſit quàm ſocietas, vt diximus; ſocietas autem non niſi ex ſociorum voluntate conſtet, fieri certè nequit, vt non intercidat matrimonium, vt & alia quælibet ſocietas intercidente voluntate; vt Vlp. ratiocinatur in *d. l. verum eſt 63. §. vltim. ff. pro ſocio.* Hac ſola differentia, quòd in cæteris ſocietatibus diſſoluendis ſufficit adeſſe tacitam diſſoluendæ ſocietatis voluntatem, id eſt, quæ nullis verbis expreſſa ſolo ex facto colligatur, putà ſi ſocij ſeparatim agere cœperint, & vnuſquiſque eorum ſibi negotiari, vt ex Calliſtrato ſubiungitur in *l. itaque 64. eod.* At in diſſoluendo per diuortium matrimonio, expreſſa declaratione voluntatis opus eſt, miſſóque nuncio repudij in hæc verba, quæ olim ſolennia fuerunt, concepto: *Res tuas tibi habeto. Conditione tua amplius non utor. Tuas res tibi agito. l. 1. ff. de diuor.* vbi tamen Caius oſtendit aliam fuiſſe formulam ſolennem renuntiationis ſponſaliorum, aliam matrimoniorum diſſoluendorum. Illa enim verba, quæ retulimus, *Conditione tua non utor*: ſponſalibus diſſoluendis fuiſſe accommodata: Cæteras formulas, diſſoluendis matrimoniis. Cæterum in vtriſque neceſſarium extitiſſe, vt ſolennia renuntiationis verba interuenirent, & vt diuortium fieret certo modo, quemadmodum loquitur Vlp. in *l. vnic. in fin. ff. vnde vir & uxor.* Nempe quod ſocietas iſta quæ per matrimonium inducitur, adeoque per ſponſalia quodammodo inchoatur, non quælibet ſocietas ſit, ſed ſolemnis, & eiuſmodi qua præſtantior & dignior nulla contrahi poſſit, cùm ſit ſocietas vitæ ac dignitatis; non vt cæteræ, bonorum duntaxat. Vnde etiam eſt, quod licèt diuortium à mentium diuerſitate dictum ſit, aut quod in diuerſas partes eunt, qui diſtrahunt matrimonium, vt Caius ait in *d. l.* 2. non tamen diuortium eſſe intelligatur niſi verum, id eſt quod fiat animo perpetuam conſtituendi voluntatum diſſenſionem. Sicut è contrario, matrimonium non niſi quòd fiat animo perpetuam conſtituendi voluntatum conſenſionem: *l. 3. eod. tit* vbi addit Paulus quod eſt conſequens, quicquid in calore iracundiæ, vel fit, vel dicitur inter coniuges, non priùs ratum eſſe, quàm apparuerit ex perſeuerantia iudicium animi fuiſſe, ideóque miſſo etiam per calorem repudio, ſi breui vxor reuerſa ſit, nec videri diuertiſſe. Iurgium enim illud eſt, vt Papinianus vocat, in *l. quod ſi non diuortium 31. ff. de iur. dot.* aut fribuſculum, vt Vlp. in *dict. l. cùm hic ſtatus 32. §. quod ſi non diuortium 12. De don. int. vir. & vxor.* non etiam diuortium. Repudio namque opus eſt, ad hoc vt diuortium fiat. Et inter repudium ac diuortium differentia tantùm illa eſt, quod repudium non ſolis nuptiis diſſoluendis conuenit, ſed etiam ſponſalibus. Diuortium verò nuptiis tantùm: vt & Cuiacius docuit in *paratit. ad tit. ff. de diuor.* Denique duplex eſt diuortium, verum & ſimulatum. Verò diuortio nuptiæ diſſoluuntur, non etiam ſimulato: *l. vir. mulieri 64. eo. tit. De don. int. vir. & vxor.* Sed nec quicquam vetat, mulierem & maritum diu ſeorſum habitare, neque eo minùs honorem matrimonij inuicem habere, quod interdum inter Conſulares quoque perſonas eueniſſe, teſtis eſt Vlp. in *d. l. cùm hic ſtatus. §. ſi mulier 15.* vbi ait hoc caſu durare nuptias, propterea quod non coitus faciat matrimonium, ſed maritalis adfectio. Quod adeò verum eſt, vt etiam iure Canonico & diuino, quod iſtam diuortiorum licentiam non agnoſcit; interdum tamen ſeparatio tori permittatur, ipſo matrimonij vinculo remanente, & faciente, ne aliud matrimonium contrahi

Duplex diuortium verum & ſimulatum.

Digitized by Google

contrahi poſſit, vt puta ex adulrerij cauſa, quemadmodum aduerſus hæreticorum noſtri temporis impudentiam, ex ſacris Scripturis deciſum eſt à Concilio Tridentino ſanctiſſimè, vt & cætera omnia; quamuis etiamnum ex Iureconſultis noſtris, qui Theologi quoque videri volunt, plerique reluctentur.

Separatio tori interdum permiſſa, durante vinculo matrimonij.

ILLATIO XVII.

De tranſlatione domicilij mulieris in domicilium mariti.

DEcimoſeptimò ex eodem Principio fit, vt mulier quæ nubit, ſi ex alio loco trahat originem, hoc ipſo mutet domicilium, & pro ſuo domicilium mariti ſortiatur: *l. cùm quædam puella 19. ff. de iuriſdict.* quia ſcilicet domus mariti, domicilium matrimonij eſt, vt iam diximus ex *l. 5. ff. De ri. nupt. l. tùm in te. 6.* cuius non alia quàm hæc ratio eſt; *C. de donat. ant. nupt.* Ideóque in ſponſa aliud eſt. Nec enim illa ſuum domicilium mutat ante contractas nuptias, *l. ea quæ deſponſa 32. ff. ad municip.* Sicut nec ea, quæ ſe in matrimonium non legitimum dedit, vt loquitur Calliſtratus in *l. pen. §. vl. eo. ti.* vbi ſcribit, mulieres, quæ in matrimonium ſe dederint non legitimum, non ibi ſungendas muneribus, vnde mariti earum ſint, ſed vnde ipſæ ortæ ſint: Non alia vtique ratione quam quod non mutauerint domicilium per nuptias, quæ veræ nuptiæ non fuerunt. Vt intelligamus, quoties iuſtæ, ac quod idem eſt veræ ſunt nuptiæ, aliud eſſe probandum. Conſtat enim mulierem, quandiu nupta eſt, incolam eiuſdem ciuitatis videri, cuius maritus ipſe eſt; & ibi, non etiam in eo loco vnde originem trahit, muneribus publicis ſungi debere: *l. vlt. §. item reſcripſerunt, eo. tit. l. vnic. C. de mulier. in quo loco: lib. 10. tit. 62.* niſi maritus in ipſa vxoris ſuæ patria domicilium defixerit, quo caſu fit idem locus domicilij & incolatus vtriuſque: *l. ſi in patria 5. C. de incol. & vbi quis domicil. hab. videat. eod. lib. tit. 39.* Nam cùm in eo loco quiſque domicilium habere intelligatur, vbi larem, rerúmque ſuarum & fortunarum ſummam conſtituit, vnde non ſit diſceſſurus ſi nihil auocet: vnde cum profectus eſt, peregrinari videtur, quò ſi rediit, peregrinari deſierit: vt ait *l. ciues 7. eod. tit.* apparet indiuiduam illam vitæ ſocietatem, quæ per matrimonium contrahitur, pati non poſſe vt conſtante matrimonio aliud ſit domicilium vxoris, quam quod ſit mariti: *l. vlt. eod. ill. tit.*

ILLATIO XVIII.

De mulieribus ex maritorum honore erigendis, & genere nobilitandis.

d. l. vlt. C. de incol. l. mulieres 13. C. de dignit. lib. 12. tit. 1.

DEcimooctauò ex eodem Principio fit, vt mulieres maritorum & honore erigantur, & genere nobilitentur: *d. l. vlt. C. de incol.* reperita *in l. mulieres 13. C. de dignit. lib. 12. tit. 1.* Quomodo enim fieri poſſet, vt quæ vna, eadémque cum marito perſona eſſe intelligatur, non iiſdem & honoribus & priuilegiis gauderet? Addo *& priuilegiis*, quoniam ita eſt, vt priuilegia quoque marito conceſſa, quantumuis perſonalia, vxori communicentur, ſaltem quandiu matrimonium durat: *l. medicos 6.* ibi *vna cum vxoribus: C. de profeſſ. & medic. lib. 10. tit. 52.* Nec ad hunc caſum pertinet quod dici ſolet, Origini propriæ neminem voluntate ſua eximi poſſe, cùm originis ius ſit naturale: *l. pen. C. de municip. & originar. lib. 10. tit. 38.* Senſus enim eſt, non poſſe id fieri ſola cuiuſquam voluntate: Sed ſi matrimonium factum ſit, licèt non niſi ex mulieris voluntate contrahi poſſit, aliud eſt, propter vim & poteſtatem matrimonij, quæ tanta eſt, vt ipſam quoque mulieris perſonam quodammodo mutet, transformétque in perſonam mariti. Quod tamen non ita accipiendum eſt, quaſi mulier per matrimonium mutet originem, ſed ita vt in originis ſuæ loco non magis contribuere teneatur, quàm ſi originem reuera mutaſſet. Quamuis dici ſoleat, ſi eodem tempore duobus in locis aut honores, aut onera eidem perſonæ deferantur, poriorem eſſe originis cauſam; *l. libertus 17. § ſed eodem tempore 4. ff. ad municip.* iuncta *l. municeps 23. eod. tit.*

Anton. Fabr. Iuriſp. Papin. Scient.

ILLATIO XIX.

De vidua quæ defuncti quoque mariti domicilium retinet.

DEcimonono ex eodem Principio fit, vt non ſolùm nupta mulier, ſed etiam vidua domicilium amiſſi mariti retineat, exemplo clariſſimæ perſonæ per maritum factæ, inquit Paulus in *l. filij 22. §. 1. eod. tit. Ad municip.* Nam & amiſſi mariti dignitas per viduam æquè retinetur. An miſerationis duntaxat, non etiam iuris ratione? Ne miſera mulier & amiſſi mariti, & præterea dignitatis ſibi ex matrimonio quæſitæ iacturam & damnum ſentiat. Exemplo eius, quod de patre dotem profectitiam à genero poſt filiæ mortem repetente, ſcriptum eſt in *l. iure ſuc. urſum 6. de iur. dot.* Imò verò, ex ſumma meráque iuris ratione. Nempe quia mortuo quoque marito, idem nihilominùs matrimonium durare intelligitur, quandiu vidua in eodem ſtatu manet; ſicut & defuncta vxore maritus, qui nouercam filiis non ſuperinducit; vt Imp. Leo loquitur in *l. vlt. C. de bon. matern.* in iis verbis: *ſiue in priore matrimonio pater, ex quo filios habuit, permanere voluerit, ſiue nouercam filiis ſuperinduxerit.* Planè aliis interuenientibus nuptiis, non dubitatur, quin & domicilium & dignitas mulieris, ex noui mariti domicilio & dignitate permutetur: *d. l. filij, §. 1.* Eadem omnino ratione, quòd quæ ſecundo nubit, fiat vna eadémque perſona cum ſecundo marito, nec amplius poſſit vna eadémque perſona eſſe cum primo. Ex iis quæ mox dicemus.

l. filij 22. §. 1. ff. ad municip.

ILLATIO XX.

De duabus vxoribus, aut duobus maritis ſimul non habendis.

VIceſimò, ex eodem Principio fit, vt nō poſſit quis eodem tempore duas vxores habere, nec vna mulier duos maritos: *l. eũ qui duas 18. C. ad leg. Iul. de adult. l. 2. C. de inceſt. & inut. nupt.* Immò nec bina ſponſalia: *l. 1. in fin. leg. quid ergo 13. §. 1. ff. de his qui not. infam. § adfinitatis, & duob. ſeqq. infr. hoc tit.* Quomodo enim ſtare poſſet indiuidua vitæ ſocietas inter coniuges, ſi maritus ſe quodámodo diuideret in duos, vt duabus

l. 1. in fin. l. quid ergo 13. § 1. de his qui not. infa. § adfinitatis, & ſeqq. hoc tit.

Digitized by Google

vxoribus ſatisfaceret; aut vxor in duas mulieres vt duobus maritis eodem tempore? Neque verò idem ille qui dixit, *erunt duo in carne vna*, de tribus perſonis locutus eſt, ſed de duabus duntaxat. Adeo autem verum eſt, oon poſſe duos eodem tempore eiuſdem mulieris maritos eſſe, aut duas eiuſdem mariti vxores, vt nec poſſit quis iure ciuili, tempore conſtantis matrimonij habere concubinam, quam alioqui liceret ei habere, ſi in matrimonio non eſſet: *l. vnic. C. de concub.* imò nec duas concubinas, etiamſi nullam habeat vxorem: *Nouell. 18. De trient. & ſemiſſ. cap. 5. §. conſideremus, verſic. ſicut enim.* Nimirum quia vxorem à concubina non tam adfectio, quàm honor, & dignitas maritalis diſtinguit: *l. item legato 49. §. parui autem, de leg. 3. l. cùm tabulis 16 §. quoniam, ff. de his quæ vt indign. l. donationes 31. ff. de donat.* nec proinde alia ratio conſtitui poteſt concubinæ, quàm vxoris hac parte; ſaltem vt fauorabilior videri debeat concubina: *l. vlt. in fin. C. commun. de ſucceſſ.*

ILLATIO XXI.

De reuerentia quæ marito debetur, etiam vxori exhibenda.

Vicesimoprimò ex eodem Principio fit, vt eadem reuerentia quæ marito debetur, etiam ipſius vxori debeatur, ideóque non liceat liberto in ius vocare vxorem patroni ſine permiſſu Prætoris; quia nec patronum ipſum, niſi priùs impetrata venia vocare poſſet: *l. 1. C. de in ius vocand.*

l. 1. C. de in ius vocand.

ILLATIO XXII.

Iniuriam vxori factam, marito quoque factam videri.

Vicesimoſecundò ex eodem Principio fit, vt ſi qua iniuria ſit facta vxori, poſſit maritus eo nomine agere iniuriarum, tanquam qui in vxoris pudore iniuriam paſſus eſſe intelligatur, vt ait *l. 2. C. de iniur. l. 1. §. item aut per ſemetipſum. & §. vlt. l. eum qui nocentem 18. §. vltim. ff. eod. §. patitur, Inſtit. eod.* An ergo ſimiliter iniuria marito facta, vxori facta eſſe videbitur? Ita eſt, Sed non idcirco mulieri dabitur iniuriarum actio pro iniuria vindicanda, quæ marito fuit illata, quia vxores à viris, non viros ab vxoribus defendi æquum eſt, *d. § patitur, & l. 2. eod. l. 4. C. de procur.* Obſeruandum autem eſt, quod in *d. § item*, ſcribit Vlpianus, ſpectare ad nos iniuriam, quæ his fit qui vel poteſtati noſtræ, vel affectui ſubiecti ſunt. Nam eorum appellatione qui poteſtati noſtræ ſubiecti ſunt, intelligit ſeruos & filiosfamilias: Eorum verò qui affectui noſtro ſubiecti ſunt, vxorem, & nurum, & alias ſimiles perſonas. Quanquam nec nouum erat, vt vxor poteſtati viri ſubiiceretur: Scilicet ſi nubendo in manum viri conueniſſet, vt alio loco dicemus. Dicitur autem vxor ſubiecta adfectioni mariti, non etiam maritus adfectioni vxoris. Adfectio enim magis propriè videtur dici de marito erga vxorem, animus verò de vxore erga maritum: *l. 5. §. 1. de bon. damnat.* tametſi vxoris quoque adfectionem dixerit Impp. in *d. l. 1. C. de repud.* Sanè poſt poſt diuortium dicitur maritus inimicus vxoris: *l. cùm in fundo 78. § 2. in fin. ff. de iur. dot. l. Cicero 39. ff. de pœn.*

ILLATIO XXIII.

De maritis, qui vocant vxores Dominas, & contrà.

Vicesimotertiò ex eodem Principio fit, vt & vxores ſoleant maritos ſuos vocare Dominos, & illi viciſſim vxores Dominas: *l. ea quæ 57. ff. de donat. int. vir. & vxor. l. vxorem 41. in princip. de legat. 3. l. Titia 19. § qui Marco, de ann. legat. l. vlt. §. 1. de aur. & argent legat.* Etſi enim, & corpore & ſubſtantia & omni mulieris vita maritus fruitur, magis quàm mulier corpore, ſubſtantia, & omni vita mariti, ſi Iuſtiniano credimus in *l. aſſiduis 12. C. qui potior. in pignor. hab.* verum tamen eſt quod ait D. Paulus, non magis maritum ſui iuris eſſe, quàm mulierem. Vt proinde non immeritò hæc illum Dominum, ille viciſſim hanc Dominam debeat appellare. Hinc nuptiale iugũ in *l. hæc conditio, 10. de cond. & dem.*

l. aſſiduis 12. C. qui potior in pign. hab.

ILLATIO XXIV.

De prohibitis inter coniuges donationibus, & de eiuſmodi prohibitionis ratione.

Vicesimoquartò ex eodem Principio fieri voluit Plutarchus *in quæſtionibus, De Romanis rebus*: vt donationes moribus prohibitæ ſint inter virum & vxorem. Quaſi ea communio & ſocietas vitæ, quæ per iuſtas nuptias inducitur, non patiatur aliquid alterum alteri donare, ne hoc ipſo videretur donator cæterorum omnium communionem donatario denegare. Sed non tam placet hæc ratio, quàm quæ à Iureconſultis afferuntur in *l. 1. 2. & 3. D. ill. tit. De donat. int. vir. & vxor.* Nam proculdubio hæc ſocietas vitæ inter coniuges non inducit communionem bonorum. Vnde eſt quod nec vxor pro mariti debito conueniri poteſt, nec maritus pro debito vxoris: *l. 1. & tot. tit. C. ne vxor pro marit.* Item quòd nec vxor viro, nec vir vxori ſuccedit, niſi poſt cognatos omnes: *l. vnic. C. vnde vir, & vxor.* Vide Halicarn. *lib. 2.* & Iac. Cuiac. *lib. 3. obſer. cap. 12.*

ILLATIO XXV.

De adulterio.

Vicesimoquintò ex eodem Principio fit, vt quotieſcunque ab vxore, vel à marito, alia caro, aut potiùs aliena miſcetur, adulterium committi dicatur: quòd ea commixtio fieri nequeat niſi disiunctis quoquomodo duabus illis perſonis, ex quarum coniunctione matrimonium æſtimabatur: vt ait Tertullianus in *lib. De monogamia*. Quod ſi ita eſt, non minùs adulterium committere dicendus erit maritus, quàm vxor. Sed quamuis iure diuino ita eſſe non ambigatur, iure tamen ciuili aliud eſt. Nam cùm adulterium ex eo dictum ſit, quod ad alterius torum accedatur, vt Feſtus *lib. 1.* tradit, torus autem ſolius mariti ſit, non etiam mulieris; ſicut & ſolius mariti, non item mulieris domus, matrimonij domicilium eſt: *d. l. mulierem 5. ff. de*

Tertull. in lib. De monogamia.

Digitized by Google

de rit. nupt. d. l. cùm in te 6. C. de donat. ant. nupt. Conſequens fit, vt adulterium committere dici non poſſit maritus reſpectu ſuæ vxoris, hoc eſt dummodo rem habeat cum ſoluta. Nam ſi ſe cum nopta miſceat, adulterium vtique committit reſpectu eius nimirum mariti, ad cuius torum accedit. Indéque eſt, quod nec maritum de adulterio accuſare vxor poteſt, *l. 1. C. ad leg. Iul. de adult.* Nec magis nouo iure, quàm vetere, ſi ponas maritum ſe cum virgine aliqua, vel vidua coniunxiſſe. Nam ſi cum nupta, putant quidam poſſe mulierem admitti ad accuſationem, ex *Nouell.* 134. Sed non video quonam eius Nouellæ loco & capite id probari poſſit. Huc pertinet vox illa D. Hieronymi de adulterio tractantis, *Aliud Chriſtus*, inquit, *aliud Papinianus.* Illud ſanè conſtat, iudicem adulterij ante oculos habere debere, ac inquirere an maritus pudicè viuens, mulieri quoque bonos mores colendi autor fuerit. Periniquum enim videtur eſſe, vt pudicitiam vir ab vxore exigat, quam ipſe non exhibeat, vt eleganter ratiocinatur Vlpianus in *l. ſi vxor* 13. *§. iudex, ff. ad leg. Iul. de adult.* vbi tamen ſubiungit, hanc, rem facere tantum poſſe, vt maritum quoque damnari oporteat, non etiam delictum inter vtroſque coniuges communicare, ad inducendam poſtea mutui criminis compenſationem. Scilicet quantum ad pœnam publicam. Alioqui ſi citra adulterij accuſationem, quæ ex publico iudicio fit, vir & vxor mores inuicem accuſent, ſecutúmque ſit diuortium, placet cauſam repudij vtrumque dediſſe videri; & id ita accipiendum eſſe, vt ea lege, quam vterque contempſerit, neuter vindicetur, patiáque delicta mutua compenſatione diſſoluantur; vt Papin. tractat *in l. viro 39. ff. ſolut. matrim.* Planè inter adulterium & ſtuprum differentia hæc tradi ſolet, quod ſtuprum in virginem, vel viduam committitur; Adulterium verò, non niſi in nuptam: vnde adulter ille dicitur, qui alienam matremfamilias corrumpit: *l. fugitiuum 225. De verb. ſignific.* Sed tamen his verbis adulteri, & ſtupri, promiſcuè vſum fuiſſe legem Iuliam *de adulteriis*, teſtatur Modeſtinus in *l. inter ſtuprum* 101. *eod. tit.* poſt Papinianum in *l. inter liberas 6. §. 1. ff. ad leg. Iul. de adult.* quamuis idem Modeſtinus hæc ipſa verba, eo quem diximus ſenſu, diſtinguat in *l. ſtuprum 34. eod.* Cùm verò adulterium nihil aliud ſit quàm violatio matrimonij, conſentaneum eſt vt non niſi inter liberas perſonas de adulterio tractari poſſit, ſicut nec niſi inter liberas perſonas matrimonium eſt: *d. l. inter liberos, in princip.* Quod ſi adulterij nomen compoſitum velis, non ex eo quòd ad alterius torum accedatur, vt ex Feſto diximus; ſed ex eo qood partus ex altero conceptus ſit: vt vult Papin. in *d. l. inter liberas, §. 1.* illud vtique omnino fatendum eſt, quod inde Papinianus *obiter* infert. Non niſi in nuptam adulterium committi. Quamquam & ex alia Etymologia idem conſequetur, quam Feſtus probat, cum videri non poſſit ad alienum torum accedere is, qui ad virginem, vel viduam accedit. Nos verò Feſti magis, quàm Papiniani ſententiam probamos. Couſtat enim adulterium fieri ſtatim, atque ad alterius torum acceſſit; licèt nullus ex ea cooiunctione illicita partus concipiatur.

Aliud Chriſtus, aliud Papinianus.

Vnde dictum ſit nomen adulterij, ex Feſto, & Papiniano.

Anton. Fabr. Iuriſp. Papin. Scient.

PRINCIPIUM. IV.

De exigendo conſenſu illorum, in quorum poteſtate ſunt ij, qui nuptias contrahunt.

NVptias conſiſtere non poſſunt, *niſi conſentiant omnes tam qui coëunt, quàm ij in quorum ſunt poteſtate: leg. 2. ff. de rit. nupt.* Nam cùm ex coniunctione illa, quam per matrimonium induci proximè diximus, fiat vna domus, vna familia, vna perſona; & in alterius poteſtate nemo ſit, niſi qui ſit in eiuſdem familia, vnde & filiusfamilias appellatur: *l. in ſuis 11. ff. de liber. & poſthu.* nemo vtique dixerit filiofamilias permittendum eſſe, vt ignorante, vel inuito patrefamilias nouam perſonam in familiam patris inducat; Ideo namque paterfamilias appellatur, quod in domo & familia ſolus dominium habeat: *leg. pronuntiatio 195. §. familiæ, De verb. ſignific.* & conſequenter quod quæcumque in familia geruntur, aut ad familiam quoquomodo pertinentia, ipſius tantum voluntate ac imperio expediri ſit neceſſe. Hinc eſt quod Donatus *in Terentij Phormionem* notat, Patremfamilias eum eſſe, qui debeat propriè dici vxorem ducere. Filium enim familias non tam vxorem ducere, quàm à patre ſuo accipere: quippe cùm patri committeretur puella in huiuſmodi coniunctionibus potiùs quàm filio marito. Quòd ſi de filiæfamilias nuptiis agatur, ea quidem ratio locum non habebit, quia in familiam meam non tranſit is, qui filiam vxorem ducit, Sed tamen ius patriæ poteſtatis non patitur, vt filiæ magis quam filio licere debeat nuptias contrahere ſine patris conſenſu. Vel ob hoc ipſum, ne alioqui ius ſit patri filiæ à marito abducendæ, turbandique matrimonij, cui numquam ipſe conſenſiſſet. Cur enim cuiquam permittatur filiam meam inuito me, aut ignorante, à domo mea abducere in ſuam? Raptus hic eſſet, non matrimonium, nec ratio vlla eſſet, propter quā mihi ſaltem permitti non deberet hoc caſu patriam poteſtatem pro arbitrio, & quantumuis acerbè in filiam exercere; quod tamen facere non poſſem, ſi filiæ meæ nuptiis ſemel conſenſiſſem: *l. 1. §. vlt. ff. de liber. exhibendis.* Hoc tamen totum ad ius ciuile referendum eſt. Nam iure Pontificio aliud obtinet, nimirum vt non eo minùs conſiſtant nuptiæ cum filiofamilias contractæ, quod patris conſenſus non interuenerit, quaſi qui ex ritu & honeſtate magis, quàm ex neceſſitate exigatur: *27. quæſt. 5. can, ſufficiat: cap. 6. Extr. De raptor. cap. 23. Ext. de ſponſal.* Et quamuis plerique contrariam ſententiam magis probauerint tanquam rationi naturali conuenientiorem; nullus tamen hodie locus quæſtioni ſupereſt, poſt ſacroſanctam Synodum Tridentinam, quæ huiuſmodi matrimonia per filiosfamilias ſine parentum conſenſu inita, non ſolùm rata, ſed etiam legitima, iuſta, ſanctáque eſſe conſtituit: dum ne aliud quicquam deſit ex iis omnibus, quæ ad implendam matrimonij ſolennitatem, ex eiuſdem Synodi autoritate requiruntur. Ac ſanè errant egregiè, qui ex iure naturali factum, putant, vt patris conſenſus in filijſfamiliis nuptiis iure ciuili exigatur. Mera enim ciuilis ratio fuit, quæ id induxit, pendēs ex iure patriæ poteſtatis, quæ tota eſt propria ciuium Romanorum, vt diximus ad

L. in ſuis 11. De liber. & poſthum.

Differentia iuris ciuilis & Pontificij.

Digitized by Google

tit. De patr. poteſt. Indéque nimirum fit, vt quamuis non minor matri, quàm patri obſeruantia & pietas à filio debeatur *l. furioſæ 4. ff. de curat. furioſ.* matris tamen conſenſus in filiifamilias nuptiis neceſſarius non ſit, ſicut nec in filiafamilias nuptui collocanda: *l. in coniunctione 20. C. de nup.* Nempe quia fœminæ non habent liberos in poteſtate, *leg. illud 5. §. ad teſtamenta, ff. de bonor. poſſ. contr. tabul. §. cæteri, Inſtit. De hered. qualit. & differ.* Quæ ratio etiam facit, vt nec prohibeatur emancipatus vxorem ducere ſine conſenſu patris: *l. filius 25. De rit. nupt. l. 3. §. ſi emancipatus, De bonor. poſſ. contr. tabul.* quia per emancipationem patria poteſtas diſſoluitur, & exit filius de familia patris, vt propriam ſuam conſtituat: *d. §. familia, verſic. idemque eueniet.* Neque putandum eſt ideò permitti emancipato, vt ſine patris voluntate vxorem ſibi quærat, quod pater iam tum ab eo tempore quo ipſum emancipauit, futuris eius nuptiis conſenſum ſaltem tacitum accommodaſſe videatur. Niſi fortè accommodaſſe videndus eſt, hoc ipſo quod fecit, ne illum amplius exigere filius cogeretur. Alioqui dicendum eſſet, etiamſi vxorem ignominioſam filius emancipatus duxiſſet, quæ tam patri quam filio eſſet dedecori, non ideò tamen futurum in patris poteſtate, vt filium ex ea cauſa exhæredaret, quod tamen eum facere poſſe ſcribit Vlpian. in *d. §. ſi emancipatus.* Non alia de cauſa quam quod filius eas nuptias à ſe ex patris voluntate ſiue expreſſa, ſiue tacita factas eſſe dicere nullomodo poſſet, Quod ſignificant illa Vlpiani verba generalia & præciſa, *vxore non ex voluntate patris ducta.* Nec obſtat quod *huius tituli initio* Iuſtinianus ſcribit, & ciuilem & naturalem rationem ſuadere, vt patris iuſſus præcedere debeat. Senſus enim eſt ciuilem rationem quæ id induxit, patriæ ſcilicet poteſtatis, non abhorrere à ratione naturali. Ideóque nimirum de ciuili ratione loquitur Iuſtinianus, priuſquam de naturali, cùm tamen naturæ ordo alioqui poſtularet vt naturalis ratio præponeretur: ſed & longè aliud eſt fieri quid ex ratione naturali, aliud verò fieri ex iure naturali. Eſtque hoc accommodatiſſimum exemplum eius, quod diximus ad *tit. de iur. natur. gent. & ciuil.* non omnem rationem naturalem poſſe ſufficere ad conſtituendum ius naturale. Fateor ex ratione naturali eſſe, vt in liberorum nuptiis conſenſum patris interuenire oporteat: Sed nego eſſe id ex iure naturali.

ILLATIO I.

De filiofamilias, qui duxit vxorem cogente patre.

EX hoc Principio illud primum fit, vt quamuis filiusfamilias iubente patre vxorem ducere cogi non poſſit, *l. non cogitur 21. ff. de rit. nupt.* quia nuptiæ cùm æſtimentur ex conſenſu; contrahi ab eo, qui conſentire non vult, minime poſſunt; nec magis permittendum eſt patri, vt inuito filio vxorem adiiciat, quàm filio vt in patris inuiti familiam inducat vxorem. Si tamen cogente patre filius ducat vxorem, quam non duceret ſi ſui iuris eſſet, non eo minùs matrimonium contraxiſſe Intelligatur, quod inter inuitos non contrahitur, quia maluiſſe hoc videtur, inquit eleganter Celſus in *l. ſi patre cogente 22. eod. tit.* An quis, vt vulgo creditur, coacta quoque voluntas, ſit voluntas: Minimè. Id enim ſi ita eſſet, ſequeretur perinde valiturum matrimonium, quod cogente patre contraxiſſet filius, qui nullam vxorem ducere voluiſſet: quod tamen pugnat apertè cum *dict. l. non cogitur.* Sed quia cùm filiusfamilias vxorem quidem ducere vult, ſed eam quæ non placeat patri, aliam duci volenti & imperanti, multò iuſtius eſt patris quam filij voluntatem ſpectari. Ne alioquin patri fiat iniuria, ſi in familiam ſuam cogatur inuitus eam admittere fœminam, quam habere nolit. At filius non de alio quàm de ſeipſo poteſt conqueri, cur omnimodo velit ducere vxorem, cum neque hanc, quam ipſi inuito dare pater vult, eſſet habiturus, ſi nullam habere mallet. Accedit ergo ipſius quoque voluntas in hac etiam ducenda, quia mauult hanc ducere, quàm, quod facere poſſet, nullam, Idque eſt quod lex ait, *maluiſſe hoc videtur.* Quæ verba peſſimè vulgo explicant qui ſic intelligunt, vt videatur hic filius maluiſſe talem vxorem ducere, cogente patre, quam iubenti patri non parère. Potius enim faceret ea ratio, vt filij miſerendum eſſet, eique ſuccurrendum, quàm imputandum cur patri paruiſſet. Vnum ergo illud ei poſſe imputari vult Iureconſultus, cur maluerit hanc ducere, cum poſſet & patri & ſibi ſatisfacere, ſaltem patris coactionem & imperium negligere, ſi nullam ducere maluiſſet. Et hanc nouam interpretationem noſtram iuuat mirificè harum legum coniunctio, quæ & vtriuſque interpretationem coniungendam eſſe demonſtrat, Iunge *l. nec filium 12. C. de nupt.*

ILLATIO II.

De conſenſu filij exigendo in nuptiis nepotis Et quid in nuptiis neptis.

SEcundò ex eodem Principio fit, quod Paulus ſcribit in *l. oratione 16. §. 1. ff. de rit. nupt.* Nepote vxorem ducente, filium quoque conſentire debere, Neptis verò ſi nubat, voluntatem & autoritatem aui ſufficere. *L. oratione 15. §. 1. ff. hoc tit. de rit. nupt.* Nam quod ad priorem propoſitionem pertinet, quamuis nepos ex filio adhuc viuo non magis ſit in patris ſui poteſtate, quàm ſi defunctus pater eſſet, quia filius in patris ſui poteſtate conſtitutus, alium habere in ſua non poteſt: *l. ſic eueniet 21. D. ad leg. Iul. de adult.* tamen recidere aliquando poteſt in poteſtatem patris, moriente ſcilicet auo, *§. 1 infr. quib. mod. ius patr. poteſt. ſoluit.* neque habetur hæc interpretatio pro ominoſa, cùm ex ipſius aui voto illud ſit, vt credi debeat ante filium ſuum moriturus: *l. cùm tale 72. De condit. & demonſtr.* Mirum igitur non eſt, filij quoque voluntatem & conſenſum exigi in nuptiis nepotis, Ne ſi quandoque mortuo auo recidat nepos in filij poteſtatem, habiturus ſit inuitus nurum in familia ſua, & cuius tunc paterfamilias reperietur. Poſterioris verò propoſitionis ratio illa eſt, non quod neptis moriente auo minus recaſura ſit in patris ſui poteſtatem quàm nepos, ſed quia nubendo illa non adſciſcit mariti perſonam in aui familiam, futuram aliquando patris; immò è contrario tranſit in familiam mariti, ſi nubat per conuentionem in manum; ſin minùs remanet quidem in familia & poteſtate patris, ſed tamen tanto minus oneri eſt futura patri cùm ex die matrimonij incipiat eſſe ad onus mariti: *l. ſi*

ie

Digitized by Google

Cur adhibenda ſit autoritas, & conſenſus aut paterni in nuptiis neptis non etiam patris.

is qui 55.§.ibi des l.quamuis 75.in fin.ff.de iur. dot. l.actione 65.§.ult.pro ſocio l. penult.ff.de agnoſc. liber. Itaque non tam de hoc mirandum eſt quod dicimus, nubente nepte, non eſſe neceſſarium conſenſum patris: quàm de illo, Cur ipſius aui voluntas exquirenda ſit, cùm eius conditio per neptis filiæve nuptias deterior non fiat. Sed facile eſt videre, immo verò intereſſe aui, ne inuito ſe, aut ignorante neptis nubat, quam in familia & poteſtate ſua habet, propter eaſdem rationes, quas in perſona filiæ attulimus in *Principij* explicatione. Porrò cùm tota ratio exigendi conſenſus aui pendeat ex iure poteſtatis, pater autem non habeat filiam in poteſtate viuo auo, in cuius ipſe ſit poteſtate, vt diximus: apparet nullam eſſe rationem propter quam nubente nepte, neceſſe ſit conſenſum patris accedere ad conſenſum aui: meritóque aliam hac parte conſtitui cauſam neptis, aliam nepotis. Nec valde diſſimile eſt quod Iuſtin. ſcribit in §. *ſed ſi quis, inſtr. de adopt.* Si quis nepotis loco adoptet, vel quaſi ex filio quem habet iam adoptatum, vel quaſi ex illo quem naturalem in ſua poteſtate retinet: eo caſu & filium conſentire debere, ne illi inuito ſuus hæres adgnaſcatur. Sed ex contrario, ſi auus ex filio nepotem det in adoptionem, non eſſe neceſſe filium conſentire. Apparet autem ex iis quæ de nepote diximus, intelligere nos de nepote ex filio, non ex filia, & quidem ex filio in poteſtate retento, quia nepotis ex filia nati longè alia conditio eſt, cùm ille in patris ſui, non in aui materni poteſtate ſit: *dict. l. pen. ff.de liber.agnoſc.* Quo etiam pertinet quod Paulus ſcribit in *l.3.de rit.nuptiar.* vt dicemus *illat.4.*

ILLATIO III.

De nepote vxorem ducente in vita furentis aui, vel patris.

TErtiò ex eodem Principio fit, quod Vlpianus ait in *l.ſi nepos 9. eod.tit. de rit. nupt.* Si nepos vxorem velit ducere, auo furente, omnimodo patris voluntatem eſſe neceſſariam, quæ ſcilicet, etiamſi auus ſaperet, neceſſaria eſſet propter eam rationem, quam attulimus *proxima illatione.* Sed ſi pater furit, auus ſapiat, ſufficere aui voluntatem, non quòd eo caſu non non eſſet neceſſaria etiam volũtas patris, ſi ſaperet, *dicta leg.oratione 16.§ eod.* ſed quia cum non poſſit conſentire filius ille idémque pater, ob furorem; qui efficit, vt nec ſentire quidem videatur *l. ſi tibi 8.§.pen.De opt. lega.* fruſtra conſenſus ipſius requireretur, niſi fortaſſe ad nuptias impediendas, quas tamen impediri non poſſe intereſt non ſolùm nepotis, ſed etiam Reipublicæ. Neque verò ſolet lex vnquam requirere conſenſum illius, qui per ætatem, vel per valetudinem, vel per abſentiam, aliáve, qua de cauſa impediatur, ne conſentire vel diſſentire poſſit *l.ult.§.vbi autem, C.de bon. quæ liber. l.in bello 12 § medio tempore, ff.de capt. & poſtlim.* Quare & in propoſita ſpecie ſi, poneres & patrem furere, & auum, procuidubio neutrius voluntas ad contrahendas nepotis nuptias exigeretur, præſertim poſt Iuſtiniani conſtitutionem in *l. ſi furioſi 25.C. de nupt.* quæ omnem iuris veteris hac de re dubitationem ſuſtulit, & differentiam, quæ inter dementis & furioſi liberos, itémque inter filium & filiam eſſe videbatur. Nam & qui per dementiam contradicere non poteſt, conſentire potiùs credendus eſt: *l. 2. §.vlt. ff. de ſolut.matr.* id eſt conſenſurus potiùs, quàm diſſenſurus eſſe, ſi aut hoc, aut illud facere poſſet. Ergo inter patrem & auum differentia hac parte nulla eſt cùm non minùs ſit neceſſaria vnius, quàm alterius voluntas, ſi vterque ſapiat, & rurſum alterutro furente, alterius, qui ſapit conſenſus ſufficiat; (id enim vtrique caſui commune eſt, vt ſiue pater ſolus, ſiue auus ſolus furiat, alterutrius qui non furiat ſatis ſit interuenire voluntatem:) Ac proinde quod Vlpianus ita ſcribit, *Sed ſi pater &c.* licèt aliquam iuris diuerſitatem continere ac præſeferre videatur, reuera tamen facti duntaxat, non etiam iuris diſſimilitudinem continet; ac ſi apertiùs ſcriptum eſſet; *ſi nepos vxorem velit ducere, aut furente, patris volũtas ſufficiet. Item ſi pater furit, auus ſapiat ſufficit aui volũtas.* Quis nõ dubitare poſſit, quin neceſſaria ſit autoritas patris eo caſu, quo auus furiat, pater ſapiat, cùm etiamſi auus ſaperet perinde tamen autoritatem patris interuenire oportetet? Niſi fortè autoritatem diſtinguere volumus à voluntate; Quaſi vtroque patente, hoc eſt, tam auo quàm patre conſentiente, interueniat voluntas quidem vtriuſque, ſed quæ tamen in ſolius aui perſonâ ſit dicenda autoritas, quandoquidem ſolus is auus eſt, qui nepotem habet in poteſtate. Quo reſpectu poſſunt emphaſim habere verba illa, *omnimodo patris authoritas erit neceſſaria*; vt eo caſu quo auus furiat, qui propterea præſtare authoritatem non poſſit, neceſſaria ſit authoritas patris, cuius alioqui nuda voluntas ſufficeret. Ipſo autem patre furente, ſi auus ſapiat ſuffiélat aui voluntas, quippe quæ ſemper & omni caſu quo interponitur, pro autoritate eſt. Poteſt tamen inter patrem & auum alia eſſe differentia. Nempe ſi de nepte ex filio agatur non de nepote. Nam cùm verum ſit, quod *ſuperiore illatione* diximus, ſi neptis nubat, volũtatem aui ſufficere, ex *d.l.oratione,§.1* conſequens eſt, vt quamuis auus furiat in cuius ſolius illa eſt poteſtate non idcirco adhibenda neceſſariò ſit authoritas patris, quia furor aui ſicut non priuat auum patria, anitáque poteſtate, ita nec patris quidquam iuris acquirit, propter quod magis neceſſaria videri debeat voluntas, ſiue autoritas patris, quàm ſi auus ſuæ mentis eſſet.

Diſtinguenda eſt autoritas, à voluntate & conſenſu.

ILLATIO IV.

De nuptiis inter nepotem ex vno filio, & neptem ex altero.

QVartò ex eodem Principio fit, vt ſi nepotem ex filio, & neptem ex altero filio in poteſtate habeam, nuptiæ inter eos me ſolo autore contrahi poſſint, vt ex Pomponij ſententia Paulus ſcribit in *l.3.de ri.De rit.nupt.* Nam cùm nepte nubente non ſit neceſſaria voluntas & autoritas patris, conſequens eſt vt aui ſufficiat, propter eas rationes quas attulimus, & explicauimus *illat.2.ſupr.* Sed hoc tamen ita eſt accipiendum; Si præmortuus ſit filius ex quo habeo nepotem, qui meam ex altero filio neptem ducturus ſit: Alioqui ſi filius meus, idémque pater nepotis viuat, certum eſt conſentire illum debere: *dicta leg.oratione 16 §. 1. eod. tit. de rit.nupt.* Niſi ponas filium quidem viuere, ſed emancipatũ fuiſſe, ſolo nepote in familia retẽto,

V 4 tunc

tunc enim voluntas patris neceſſaria non eſt, in cuius ſcilicet poteſtatem non ſit ille recaſurus, auo moriente. Videtur autem Paulus hunc vtrumque caſum ſignificaſſe cùm de nepte loquens ita ſcripſit: *& neptem ex altero filio in poteſtate.* Expreſſit enim alterum filium ex quo neptis erat, fuiſſe in poteſtate, vt intelligeremus è diuerſo ponendum eſſe, alium filium, ex quo erat nepos, in poteſtate non fuiſſe, à qua porrò eximi non poterat, niſi vel per mortem ſuam, vel per emancipationem, cùm auus ſuperſtes proponeretur. Itaque verba illa *in poteſtate*, ſic ſunt conſtruenda, vt determinent præcedentem dictionem *filio*, non ſequentem *habeam*, debéntque virgula conſtringi, vt ambiguitas omnis tollatur.

ILLATIO V.

De nuptiis contrahendis per filium eius, qui captus ſit ab hoſtibus.

QVinrò ex eodem Principio fit, vt is cuius pater ab hoſtibus captus eſt, non priùs vxorem ducere poſſit, quam per triennium expectauerit an pater ab hoſtibus reuertatur, vt ex Vlp. ſcriptum eſt in *d. l. ſi nepos 9. §. 1. ee. tit. De ri. nupt.* Idémque obſeruari placuit, ſi pater ita abſit vt ignoretur vbi ſit, & an ſit, vt in *l. ſeq.* ſubiicitur ex Paulo; hoc addito, quod ſi triennium effluxerit poſtquàm apertiſſime fuerit pater ignotus vbi degit, & an ſuperſtes ſit, non prohibentur liberi eius vtriuſque ſexus matrimonium, vel nuptias legitimas contrahere. Viſum enim eſt poſſe in eam rem ſufficere triennium, quod & expectando ſponſo qui abſit, præſtitutum eſt in *l. 2. C. de repud.* cùm ſi præſens ſponſus eſſet, nuptiaſque contrahere ſuperſederet, non vltra biennium ſponſa ſponſum expectare cogeretur: *l. 2. C. de ſponſal.* Mihi tamen hac in re dubitationem aliquam facit, quod video captiuum æquiparari mortuo, tùm etiam cùm agitur de matrimonio libertæ cùm patrono, nec eos qui putarunt patrono ab hoſtibus capto poſſe libertam alij nubere; hanc tamen diſtinctionem adhibuiſſe, an per biennium, aut triennium mariti reditum expectaſſet, nécne: quæ tamen diſtinctio eo maximè caſu, ſi quo vnquam alio, admitti debebat, propter reuerentiam patroni: *l. in eo iure 45. §. vltim. ff. de rit. nupt.* Me illud etiam mouet quod video Tryphoninum in *l. in bello 12 §. medio tempore, de capt. & poſtlim.* non dubitare quin filius, quem in poteſtate habuit pater captiuus, vxorem medio tempore poſſit ducere, nulla prorſus facta triennij mentione. Sed & ratione illa reddita, quæ ſuadeat expectari triennium, aut aliud tempus non eſſe neceſſe, iis nimirum verbis, *quamuis conſentire nuptiis eius pater non poſſit: nam vtique*, inquit, *nec diſſentire.* Senſus eſt, nihil eſſe quod impedire debeat, ne captiui filius vxorem interim ducere poſſit, niſi quòd ante omnia exigere debeat conſenſum patris, qui tamen quandiu apud hoſtes eſt, cùm nullus ſit, & pro mortuo habendus, nullo modo conſentire poteſt. Sed non debere id filio nocere, quia nec diſſentire pater poſſit. Quaſi dicat eo demum caſu conſenſum patris in filij nuptiis exigendum eſſe, quo poſſet pater ſi vellet diſſentire. Fruſtra enim ſit requirere an conſentiat ille, qui nec diſſentire poſſet, nec diſſentire vellet. Qua de cauſa illud quoque receptum & conſtitutum eſſe videmus, vt ſiue dementis, ſiue furioſi parentis liberi cuiuſcunque ſexus nuptias contrahere poſſint, ſine patris conſenſu, & conſequenter dotem conſtituere, vel ante nuptias donare, dummodò adhibito iudice, & curatore, cum aliquo ex nobilioribus de genere, vt loquitur Iuſtin. in *l. ſi furioſi 25. C. de nupt.* Vnde ſumpta eſt *l. tam dementis 28. C. de Epiſc. audient.* Cui non omnino diſſimile eſt quod ait *l. vlt. ff. de bon. poſ.* quoties is, cui bonorum poſſeſſio ab alio poſtulata eſt, furere poſtea cœperit, magis eſſe, vt hoc ipſo ratum habuiſſe videatur. Sed illud multò magis quod Diuus Pius reſcripſit, ſi hæres inſtitutus filiusfam. qui patrem furioſum habet, hæreditatem adierit, perinde habendum eſſe, ac ſi paterfamilias factus adiiſſet, adeóque ſeruos hæreditarios manumittere illum poſſe, quamuis non ex iuris ratione, ſed ex beneuolentia ſua Imp. ita reſcripſerit, vt Marcianus refert in *l. cùm hæres 52. ff. de acq. hæred.* At quoniam obiici poterat ita futurum, vt ſuſceptus nepos ſit in tacet ſi captiui poteſtate, ſuúſque hæres ei quodammodo inuito, cùm nuptiis non conſenſerit: Reſpondet Tryphoninus hoc mirum, id eſt abſurdum videri non debere: *quia*, inquit, *illius temporis conditio neceſſitáſque faciebat, & publica nuptiarum vtilitas exigebat.* Quæ ratio, præſertim ex qua parte nititur publica nuptiarum vtilitate, an non, oſtendit ſatis nihil cauſæ eſſe, cur ea contrahendi matrimonij libertas coarctari debeat, cogíque filius, aut filia, vt reditum patrís per triennium expectet? Ita ſanè eſt. Et verò quid aliud pater hic à liberis ſuis poſſit exigere, niſi vti ne patria poteſtas, patríſque authoritas ab iis neglecta videatur? Atqui non negligit eam filius, qui ignorans vbi ſit pater, etiamſi eum conſulere maximè velit, tamen non poteſt. Loquor autem de patre ſimpliciter abſente, quia ſi ab hoſtibus captus ſit, nihil eſt quòd de patria poteſtate tractari queat, quippe quæ per captiuitatem amiſſa ſit, ſicut & cætera omnia ciuitatis, priſtinæque libertatis iura, quamuis propter fictionem poſtliminij, non tam abrupta penitus, & extincta, quàm in pendenti eſſe videantur: *§. ſi ab hoſtibus, infr. quib. mod. ius patr. poteſt. ſoluit. l. penult. ff. de ſuis & legit.* Sed etſi ius patriæ poteſtatis cum iure publicæ vtilitatis pugnaret, quomodo pugnat proculdubio, quoties eo prætextu nuptiæ impediuntur, quis neſcit potiorem vtilitatis publicæ, quàm patriæ poteſtatis cauſam eſſe debere? *l. poſtliminium 19. §. transfuga, ff. de captiu. & poſtlim. l. 1. §. & generaliter 15. ff. de ventr. in poſſ. mitt. l. honor. 14. §. plebeij, ff. de mun. & honor.* Ergo cùm nullo alio quàm patriæ poteſtatis iure fiat, vt patris conſenſus in liberorum nuptiis exigatur, omnino conſequens eſt, vt patris apud hoſtes captiui voluntas, neque exquirenda ſit, neque expectanda. Potéſtque ſufficere authoritas Prætoris, vel Præſidis ad decernendum quantum ex bonis patris ab hoſtibus capti, aut à latronibus oppreſſi filiæ in dotem dari debeat: *l. 5. §. ſed etſi proponas ff. de iur. dot.* vbi hanc quoque dotem profectitiam eſſe Vlpianus ait, quaſi vicem patris gerat Prætor, vel Præſes; qui pro abſente patre dotem conſtituit. Quod ſi ita eſt, fatendum erit exceptionem illam, *ſi non intra biennium reuertatur*, apud Vlp. in *d. l. ſi nepos, §. 1.* non tam Vlpiani eſſe, quàm Triboniani, qui æquum putauerit hoc induci temperamentum, vt

d. l. ſi nepos, §. 1.

l. in bello 12. §. medio tempore, ff. de capt. & poſtlim.

l. ſi furioſi 25. C. hoc tit. l. vlt. ff. de bon. poſſ.

l. 5. § ſed etſi proponas, ff. de iur. dot.

Digitized by Google

vt patre ſiue abſente, ſiue ab hoſtibus capto nuptiæ, neque omnino maturarentur, neque in perpetuum prohiberentur. Alioqui quanam obſecro authoritate Prudentes potuiſſent in ea re triennium potiùs, quam vel annum, vel biennium, vel quinquennium præfigere? Vtique fatendum eſt, hoc ex eorum genere eſſe, quæ *iuris conſtituti* appellantur; & quorum alia ratio reddi non poſſit, quàm quæ ex ſola conſtituentis voluntate petatur. Nam & quod diximus de ſponſo per biennium expectando ſi ſit in prouincia, aut per triennium ſi abſit, non ex iuris ratione eſt, ſed ex Impp. conſtitutionibus, in *d. l. 2. C. de ſponſ. & d. l. 2. C. de repud.* ex quibus haud dubiè argumentum & occaſionem ſumpſit Tribonianus, triennij in hac quoque ſpecie inducendi. Nam iure vetere, nullum in eam rem certum tẽpus erat præſtitutũ, ſed ex cauſa in tempus nunc longius, nũc breuius, erat ſponſus expectandus; vt apparet ex *l. penult. de ſponſal.* Me illud etiam mouet, quod cõtextus legis *ſi ita* 10. quæ ſequitur in *eo. tit. De rit. nupt.* & Paulo tribuitur, totus ſapit Tribonianum: adeo rudis eſt, & inelegans; ſiue illa quæſtionis verba conſideres, *quid faciendum eſt, meritò dubitatur.* Siue quod ſubiungitur in reſponſione, *poſtquam apertiſſimè fuerit pater ignotus vbi degit, & an ſuperſtes ſit*: pro eo quod Tribonianus dicere voluit, *poſtquam cœperit eſſe certum abeſſe patrem, dubiúmque an ſit ſuperſtes.* Sed illud multò minùs ferri poteſt, quod in eadem lege ſubiicitur, *matrimonium, vel nuptias contrahere*; quaſi ſint iſta diuerſa, quæ tamen conſtat prorſus eadem eſſe, nec minùs maritum, quam mulierem dici contrahere nuptias, quamuis mulier ſola, non etiam vir nubat. Sicut è diuerſo non minùs contrahit matrimonium mulier, quàm maritus; licèt mariti non mulieris domus, matrimonij domicilium ſit: Sunt enim matrimonij & nuptiarum nomina vtrique ſexui communia, quia nec niſi ex vtroque ſexu fieri ea coniunctio poteſt. Idque miror non fuiſſe obſeruatum à clariſſimo viro Barnaba Briſſonio, *lib. 12. De verb. ſignific.* in verb. *Nuptiæ.* Vbi tamen bene vidit ſic ſolitum loqui Tribonianum, vt in *§. ſi aduerſus ea. hoc ti. & in ti. De patr. poteſt. & in §. quibus connumerari, Inſt. De hered. quæ ab inteſt. defer.* Quæ me res etiam mouet, vt facilè mihi perſuadeam nec ſibi temperaſſe Tribonianum, quin Iuliani ſententiam corrumperet in *l. ſi filius* 11. quæ ſequitur *in eo. tit. de rit. nupt.* Nam & eadem locutio ibi repetita eſt eo loco, *puto rectè matrimonium, vel nuptias contrahi*, & eiuſdem triennij mentio fit, cuius expectandi neceſſitatem veteri Iuriſprudentiæ incognitam, & à Triboniano primùm inductam fuiſſe contendimus. Sic enim tanquam ex Iuliano lex habet, Si filius eius, qui apud hoſtes eſt, vel abſit, ante triennium captiuitatis, vel abſentiæ patris, vxorem duxerit, vel ſi filia nupſerit, puto rectè matrimonium, vel nuptias contrahi: *dummodò*, inquit, *eam filius ducat uxorem, vel filia tali nubat, cuius conditionem certum ſit patrem non repudiaturum.* Quæ tamen exceptio cuiuſdam temperamenti loco appoſita, planè non video qua ratione, aut quo caſu locum habere poſſit. Nam eo caſu quo patria poteſtas impedit, ne filius ſine conſenſu patris nuptias contrahere queat, certum eſt non eo minus nullas & iniuſtas eſſe nuptias ſine conſenſu patris contractas, quòd eius conditionis ſit vxor, vt eam non fuerit pater repudiaturus. Contrà verò, eo caſu quo non ſit neceſſaria patris voluntas, quid attinet quærere de conditione perſonæ, quam filius in vxorem duxit, aut cui filia nupſit? Quid ergo eſt? Cùm Iulianus ſcripſiſſet, vt credibile eſt, filiosfamilias non prohiberi nuptias contrahere, ſine authoritate patris, ſi vel abſens ille ſit, vel captiuus; adiecit primùm Tribonianus de ſuo clauſulam illam, *ante triennium captiuitatis, vel abſentiæ patris*, vt faceret locum ſupradicto temperamento, cui videbat non poſſe locum eſſe, illo ſaltem caſu, quo filius, aut filiafamilias abſente, ac inſcio patre, poſt triennium tamen, nuptias contraxiſſet. Deinde ſubiecit exceptionem, vt Iuliani ſententiam quam omnino delere non poterat, hoc adhibito temperamento commutaret. Quo tamen admiſſo, conſequens fit, vt parum referat an triennium expectetur nécne, cùm vtroque caſu perinde contrahatur rectè matrimonium. Hac ſola differentia, quod poſt triennium etiam ignominioſam vxorem ducere filius poteſt, filia verò nubere marito turpi, & ignominioſo, quod ante triennium non liceret. At quotuſquiſque eſt, qui cum perſona turpi ac ignominioſa nuptias contrahere velit? Ergo à communiter accidentibus etiam hodie verum eſt, & regulariter defendi poteſt, liberos patris captiui aut aliter abſentis, matrimonium ſine ipſius conſenſu contrahere poſſe. Nam ſi replices; Immo non poſſe, ſi cum perſona ignominioſa contrahere velint: ego quidem non repugnabo, ſi me Triboniani magis quam iuris authoritas moueat: Sed negabo exceptionem, quæ ſit de re tam improbabili, raróque contingente, facere debere, quin regula generalis conſtitui poſſit, Licere liberis eius, qui aut abſens ſit, aut captiuus, nuptias contrahere, non expectato per triennium integrum patris reditu & conſenſu. Nam nec nouum eſt, regulam, quantumuis veram & generalem aliquo caſu vitiari, hoc eſt aliquam habere exceptionem: *l. 1. l. omnis definitio. De regul. iur.* Cæterùm non video, cur de patris reditu per triennium expectando tractare debeamus, ſi filio qui expectauit non ad aliud proſit expectaſſe, quam vt ignominioſam vxorem ducere tandem poſſit, quam alioqui & ante triennium ducere non potuiſſet. Solétque illud exhæredationis potiùs, quàm impediendarum nuptiarum materiam præbere, ſi patre ignorante filius turpem & ignominioſam vxorem ducat: *d. l. 3. §. ſi emancipatus, ff. de bonor. poſſ. contra tabul.* Videtur autem Tribonianus ad id reſpexiſſe, aut potiùs alluſiſſe, quod aliàs dici ſolet, cùm agitur de filiæ conſenſu, quem interuenire neceſſe eſt, patre dotem repetente. Dicimus enim videri patrem ex voluntate filiæ dotem recepiſſe, ſi cauſam ei contradicendi filia non habuerit: *l. dotem 37. ff. ſolut. matrimon.* Sed tamen non eſſe bonam comparationem horum caſuum, ex eo intelligi facilè poteſt, quod quamuis pater nullam iuſtam cauſam habuerit improbandarum nuptiarum, quas inſcio ſe contrahere filius, filiáve voluerit, non eo magis tamen iuſtæ dici poſſunt, quæ ſine voluntate contractæ ſunt. Quandoqoidem vna illa eſt ex neceſſariis nuptiarum ſolemnitatibus, vt conſentire oporteat non minus eos, in quorum poteſtate ſunt qui contrahunt nuptias, quàm illos ipſos qui coëunt; ne ſcilicet alioqui ius patriæ poteſtatis violatum videatur, quod liberis ſanctum eſſe, non minùs Reipublicæ, quàm patrum intereſt. Adeò vt nec ſufficiat in prioribus nuptiis interueniſſe

l. penult. ff. de ſponſal.

l. ſi filius 11. eod.

l. 3. §. ſi emãcipatus De bonor. poſſ. contra tab.

Digitized by Google

teruenìſſe patris voluntatem, ſi de iis ſemel diſſolutis poſtea renouandis tractetur, vt *in ſequenti illatione* dicemus, ex *l. nuptia 18. ff. de rit. nuptiar.* Illud omittendum non eſt in *d. § medio tempore, l. in bello 12. ff. de captiu. & poſtlim.* de cuius ſententia ſuprà diximus, erratum fuiſſe in illis verbis, *ſuſceptus ergo nepos in reuerſi captiui poteſtate vt redierit, ſuúſque hæres ei quodammodo inuito.* Deeſt enim vt nemo non videt, verbum *erit*, quod nec ſuppleri & ſubintelligi commodè poteſt. Itaque debet addi poſt verbum illud *redierit*, nato errore ex eo quod cum librarius Florentinus eas literas quæ repetendæ eſſent, non niſi ſemel ſcribere ſoleret, ſed maiuſculis literis vt pro bis ſcriptis & repetitis haberentur, atque ita ſcripſiſſet *rediERIT*, pro *redierit; erit*, poſteriores librarij ad id non animaduertentes, ſemel tantùm eas quatuor maiuſculas literas ſcribere contenti, vltimam dictionem ſine qua nullus erat ſenſus, incautè prætermiſerunt: vnde & alios pleroſque, nec diſſimiles, nec minoris momenti errores in libris noſtris natos eſſe iam obſeruauimus *in Coniecturis.* Quod & ex recentioribus Interpretibus plerique viri magni ante nos fecerunt. Verùm de his iam plus quàm ſatis.

l. nuptia 18. ff. hoc tit.

ILLATIO VI.

De nuptiis etiam inter eaſdem perſonas non niſi ex voluntate parentum renouandis.

l. nuptia 18. ff. hoc tit.

SExtò ex eodem Principio fit, quod Iulianus ſcribit in *l. nuptia 18. De rit. nupt.* Nuptias inter eaſdem perſonas niſi volentibus parentibus renouatas, iuſtas non haberi. Quod & ſcriptum eſt in *l. ſi vt proponis 7. C. de nupt.* Nam cùm renouatæ nuptiæ ſint aliæ & ſecundæ prioribus diſſolutis, quid prodeſſe poteſt patris conſenſus, qui in primis interuenit, aut quid refert an de primis, an de ſecundis nuptiis agamus, cùm generaliter conſtitutum ſit, non aliter liberos qui in poteſtate ſunt, nuptias poſſe contrahere; quàm ſi parentum, in quorum poteſtate ſunt, adhibeant voluntatem. Nec eſt contrarium quod dici ſolet, renouatis inter eaſdem perſonas nuptiis, etiam dotem quæ in prius matrimonium data fuerat, renouatam intelligi, & in poſterius matrimonium conuerti, quaſi tacitè hoc acto, niſi probetur aliud conueniſſe: *l. dotem 40. ff. de iur. dot.* Id enim tunc obtinet, cùm dotis renouatio pendet ex voluntate ſolius mulieris, putà nullum amplius patrem habentis, quam vtique credendum non eſt indotatam redire in matrimonium voluiſſe, vt ex Diui Seueri reſcripto Vlpianus tractat in *l. Diuus Seuerus 40. eod. tit.* Facilè namque eſt, mulieris voluntatem conicere ex ipſius mulieris facto, quod interuenit cùm vltrò ipſa in matrimonium redit. At aliud eſt, ſi filiafamilias eſſe proponatur. Hæc enim non magis dotem, quàm nuptias renouare ſine patris conſenſu poteſt: *d. l. ſi vt proponis.* cùm vbi matrimonium non eſt, ibi nec dos eſſe poſſit: *l. 3. ff. de iur. dot.* Porrò ratio nulla eſt, cur ex facto filiæ ad maritum redeuntis, abſente, aut inſcio patre, coniiciamus voluntatem & conſenſum patris, cuius perſona alia eſt, & quam ponimus non interueniſſe. Præſertim cum facilè fieri poſſit, vt pater qui primis nuptiis conſenſit, ſecundis tamen cum eodem ipſo viro renouandis conſentire, nec ve-

l. Diuus Seuerus 40. eo.

lit, nec debeat; odio nimirum diuortij, quod inter has & illas nuptias interueniſſe neceſſe eſt, vt de ſecundis agi poſſit. Diuortium ſiquidem facit, vt qui maritus fuit, inimicus factus eſſe videatur: *l. cùm in fundo 78. § 2. in fi. eo. tit. De iur. dot. l. Cicero 39. ff. de pœn.* nec minùs ſoceri quondam ſui, quàm propriæ vxoris. Eſt autem perpetuum, vt ex conſenſu aliàs præſtito nihil inferri poſſit, quoties mutatus eſt rerum ſtatus, vt dubitari probabiliter poſſit, an qui aliquando conſenſit, nunc quoque ſit conſenſurus: *l. ſi cùm Cornelius 82. ad fi. l. cùm quis 38. in prin. ff. de ſolu.* Nec rurſus contrarium eſt, quod Papinianus reſpondit in *l. inter ſocerum 26. § vlt. ff. de pact. dotal.* Patre ſibi dotem reddi ſtipulato ſub ea conditione, *ſi filia nupta mortem obiiſſet*, defectaque per diuortium ſecutum conditione ſtipulationis, ſi poſtea renouatæ ſint nuptiæ, non committi ſtipulationem, quamuis filia in matrimonio deceſſerit; quoniam, inquit, ad primas nuptias duntaxat ea ſtipulatio pertinet. Non enim bona erit conſecutio, ſi quis ex eo inferre velit, ſimiliter quod legibus cautum eſt, Patrum voluntatem conſenſúmque in nuptiis liberorum, quos in poteſtate habent, interuenire debere, non niſi ad primas nuptias pertinere. In eo namque differt Legiſlator à ſtipulatore, & conſequenter lex à ſtipulatione; quod Legiſlator, & lex ſemper loquitur; ſtipulator verò qui vnicam tantùm interpoſuit ſtipulationem, non niſi ſemel. Itaque ſoluto priore matrimonio, noua ſtipulatione opus eſt, cum ſtipulatio pro nuptiis primis adhibita, extendi ad ſecundas non poſſit. At noua lege opus non eſt, vt patris conſenſus, quem in primis nuptiis interuenire oportuit, interuenire debeat etiam in ſecundis. Semper enim eadem lex ſubſiſtit, quæ clamat, In liberorum nuptiis omnibus contrahendis adhibendum eſſe conſenſum parentum, qui eos habeant in poteſtate. Illud verò ex eo Papiniani reſponſo inferre multò meliùs poſſis, Patris conſenſum qui in primis filij, filiæve nuptiis interuenerit, ad ſecundas extendi non poſſe; ideóque nouo conſenſu opus eſſe. Neque hac in re quidquam intereſſe putandum eſt, an inter eaſdem perſonas nuptiæ renouentur, an cum alia perſona ſecundæ contrahantur, quandoquidem vtroque caſu aliæ, ac nouæ nuptiæ ſunt, cùm ponamus verum, non ſimulatum diuortium interceſſiſſe, vt & in *d. § vlt. d. l. inter.* alioqui prius matrimonium continuatum, non renouatum diceretur: *l. quod ſi non diuortium 31. ff. de iur. do.* Nec enim diuortium dici poteſt, quod fuit ſimulatum: *l. ſi liberis 26. ff. de pact. dotal.* ſicut nec pro nuptiis habentur illæ, quæ fuerunt ſimulatæ: *l. ſimulata 30. ff. de ri. nupt.* Dicuntur autem renouatæ nuptiæ, non quaſi eædem ſint cum prioribus, ſed quaſi bis nouæ inter eaſdem perſonas: etſi fieri etiam poteſt, vt idem numero matrimonium eſſe videatur, nempe ſi non multo interpoſito tempore reconciliati fuerint, nec inter moras, aut illa alij nupſerit, aut hic vxorē duxerit, maximè ſi nec vir dotē reddiderit: *l. pleríque 33. De rit. nup.* Sed hoc ita, niſi alterius & tertiæ perſonæ, putà patris, cōſenſum interuenire oporteat. Tūc enim non poſſunt recōciliari ſine cōſenſu patris cōiuges, qui verè diuerterūt, etiāſi dotem nondū reddiderit maritus: *d. l. ſi vt proponis. 7. C. de nup.* Planè quod ſcriptū eſt in *d. l. nuptiæ, Volētibus parentibus*, non de vtriuſq; ſexus parentibus intelligendū eſt, vt in *l. 4. § parentem. De in ius voc.* ſed de vtriuſque cōiugis parentibus, quorum

l. cùm in fundo 78. § 2. in fin. eo.

l. quod ſi non diuortiū 31. ff. de iur. dot.

quorum alius maritum, alius vxorem habeat in ſua poteſtate. Tam enim filiꝯfamilias, quàm filiꝯfamilias pater nuptiis conſentire debet.

ILLATIO VII.

De emancipato filio vxorem ducente ſine conſenſu patris.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt filius emancipatus etiam ſine conſenſu patris vxorem iuſtam ducere poſſit, ſuſceptúſque ex iis nuptiis filius, & filius & hæres auo ſuo ſit futurus, vt Modeſtinus ait in *l. filius emancipat. 25. De rit. nupt.* quia licèt emancipatio non diſſoluat vinculum pietatis & obſeruantiæ, quam à natura filius patri debet, *l. 3. C. de in ius vocan.* diſſoluit tamen ius patriæ poteſtatis, cuius ſolius intuitu ſic comparatum eſt, vt ſine patris conſenſu & autoritate iuſtas nuptias contrahere filius non poſſit: *§. preterea, infr. quib. mod. ius patr. poteſt. ſoluit.* Vnde etiam eſt, quod in Principij explicatione diximus, non perinde matris ac patris conſenſum in nuptiis requiri, *l. in coniunctione 20. C. de nupt.* quia non habent fœminę liberos in poteſtate, *§. cæteri, Inſt. De hered. qualit. & differ. l. mulierem 5. C. de adopt.* Filiam tamen quamuis emancipatam dummodo minorem annis 25. abſque patris conſenſu, ne viduam quidem, poſſe ſecundò nubere, placuit Impp. in *leg. viduæ 18. C. de nupt.* De quo dicemus *infrà, illat. 55.*

ILLATIO VIII.

De adulta nubente ſine curatoris autoritate.

OCtauò ex eodem Principio fit, vt adulta curatorem habens, nubere pro arbitrio poſſit, nec curatoris voluntatem & autoritatem exigere cogatur, ad iuſtas nuptias contrahendas: quia curator cùm rebus detur, non perſonæ, non habet perſonam minoris in ſua poteſtate, quomodo tutor habet; ſed officium eius in adminiſtratione totum verſatur: *l. ſciendum 20. eod. tit. ff. de rit. nupt. l. ſi copulandis 8. C. de nupt. iunct. l. cùm in vna 17. §. tutor, ff. de appellat.* Aliud ergo eſſet in tutore, ſi nuptiæ non eo tempore contrahi poſſe inciperent, quo finitur tutela; quia tutor perſonæ, non rebus datur, partémque aliquam habet patriæ poteſtatis, ex qua ſcilicet fit, vt tutorem dare pater poſſit, quemadmodum diceмus ad *tit. De tutel.* Planè in conſtituenda dote, curatoris conſenſum & autoritatem interuenire oportet, quoniam ea res ad patrimonij adminiſtrationem, & conſequenter ad curatoris officium pertinet: *l. quæro 6o. cum ſeq. ff. de iur. dot. l. 7. De tut. & cur. dat.* Sed neque in ſponſalibus contrahendis neceſſaria eſt autoritas curatoris, eadem ratione, quod in ſponſalibus quoque contrahendis non aliorum conſenſus exigatur, quàm quorum in nuptiis exigeretur; *l. in ſponſalibus 7. §. 1. ff. de ſponſal.* Eadem enim hic ratio eſt, vt & in aliis ferè omnibus eſſe ſolet, nuptiarum & ſponſaliorum; quandoquidem nihil aliud ſunt ſponſalia, quàm ſpes nuptiarum, futurique matrimonij: *l. ſi puella 6. eod. l. ſi vxor. 13. §. Diui, ff. ad leg. Iul. de adult.* At è contrario tutoris autoritas in ſponſalibus contrahendis neceſſaria eſt, *d. l. ſi puella*, quia, vt diximus, tutor pupillam ſuam quaſi alter pater in poteſtate habet. Nec obſtat, quod nō ſit neceſſarius tutoris conſenſus in nuptiis, alioquo autem voluntas neceſſaria non ſit in ſponſalibus, quàm quorum neceſſaria eſſet ad nuptias contrahendas. Nam dixi iam, non poſſe locum eſſe quæſtioni, An tutoris autoritas neceſſaria ſit in nuptiis pupillæ, quia nec nuptias contrahere pupilla, pupilláue poteſt, cùm tempus nuptiarum incipiat à pubertate: *l. in ſponſalibus contrahendis 14. ff. de ſponſal.* iunct. *l. 4. ff. de rit. nupt. & princip. huius tit. De nupt.* quo demum tempore pubertatis incipientis finitur tutela, *§. 1. inf. quib. mod. tutel. finit.* Proinde quod tutoris autoritas neceſſaria non eſt in nuptiis, non fit ex defectu poteſtatis & iuris in tutore, ſed ex defectu ſubiecti & materiæ. Itaque ſi qua de cauſa, vel aliquo caſu fieri poſſet, vt nuptiæ fierent in pupillari ætate, nec dubitandum eſſet quin tutoris autoritatem neceſſariò adhiberi oporteret.

ILLATIO IX.

De poteſtate patris ad filiafamilias ſponſalia diſſoluenda.

NOnò ex eodem Principio fit, vt filiæ in poteſtate manentis pater, ſponſo nuntium remittere poſſit, & ſponſalia diſſoluere: *l. in poteſtate 10. ff. de rit. nup. l. 12. in fi. ff. de diuor.* Nam cùm patris conſenſus ille, qui fuit neceſſarius ad ſponſalia contrahenda, non faciat nuptias, ideóque alio & nouo eiuſdem patris conſenſu opus ſit ad contrahendas nuptias, nec rurſus cogi pater poſſit, vt ob conſenſum à ſe ſponſalibus præſtitum, nuptiis quoque conſentiat; Apparet in poteſtate patris eſſe facere, vt ne vnquam nuptiæ ſequantur, & conſequenter in eius arbitrio eſſe debere, vt ſponſalia inuita quoque filia diſſoluat; ſicut nec ipſa filia contractis iam ſponſalibus, nubere tamen poſtea cogeretur, ſi nollet, quamuis pater vellet: *l. non cogitur 21. ff. de rit. nupt.* In eóque notandum eſt, plus iuris habere patrem quàm tutorem, qui vtique inuita pupilla diſſoluere ſponſalia, quibus ſemel conſenſerit, non poteſt: *d. l. ſi puella.* An quia minùs iuris habeat in perſonam pupillæ, quàm haberet pater ſi viueret? Minimè. Sed quia non quemadmodum pater impedire poſſet nuptias, ſi voluntatem & autoritatem ſuam iis accommodare nollet: Ita & tutor impedire poteſt, ne ex contractis ſe volente ſponſalibus nuptiæ quandoque ſequantur, cùm eo tempore quo de nuptiis quæri poterit, id eſt poſt finitos pupillares annos, nihil ille iuris habiturus ſit in perſonam eius, cuius nunc tutor eſt. Proinde nulla ratio eſt, propter quam ei licere debeat diſſoluere ſponſalia, quorum effectum pohibere non poſſit, aut vt Vlpiani verbis vtar, diſſoluere ſpem nuptiarum, quibus nec conſentire poſſit, nec diſſentire. Quod in patre, vt diximus, diuerſum eſt; qui ſi nuptiis conſentire nolit, hoc ipſo impedit ne ſequi poſſint. Vt proinde futurum ſit ſine effectu, ſi ſponſalia diſſoluere inuita filia, prohibeatur, cùm non eo magis futurum ſit, vt ex iis ſponſalibus nuptiæ ſequantur. Illud certè conſtat, non poſſe filiam ipſam diſſoluere ſponſalia ſine tutoris autoritate, ſicuti nec ea contrahere ſine tutore poteſt, quia in iis omnibus quæ durante pupillari ætate fiunt, id eſt

l. ſciendum 20. ff. hoc tit. l. ſi copulandis 8. C. eod.

Ratio differētiæ inter patrem & tutorem in diſſoluendis puellæ ſponſalibus.

eſt durante tutela, nihil omnino facere poteſt impubes ſine tutore, ex iis ſcilicet rebus in quibus ius verſatur, & quæ ſine iudicio animi & conſilio expediri non poſſunt. Denique tantundem iuris habet tutor quandiù tutor eſt, quantum habet pater ipſe dum viuit. Vtpote qui in omnibus, quæ ad pupilli commodum & vtilitatem pertinent, ſucceſſor ſit patris in iure patriæ poteſtatis.

ILLATIO X.

De patre conſentiente filij nuptiis ex interuallo.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt ſi nuptiis filij, aut filiæfamilias pater ab initio non conſenſerit, quamuis poſtea conſentiat, non ideò tamen conualeſcant adeò nuptiæ, vt ex quo die contractæ ſunt, valuiſſe exiſtimentur; ſed hactenus duntaxat, vt ex die conſenſus à patre præſtiti nuptiæ factæ intelligantur: *leg. dotis promiſſio 68. ff. de iur. dot.* vbi Papin. ait, promiſſionem dotis non ideo minùs valere, quod ignorante initio patre nuptiæ non fuerint, ſi poſteà conſenſerit, cùm omnis dotis promiſſio tacitam futuri matrimonij conditionem accipiat. Quemadmodum, inquit, & ſi minor annis duodecim deducta ſit in domum viri tanquam maior, tunc primùm dos petetur, cùm puella maior annis apud maritum eſſe cœperit, quippe quæ tunc demum incipiat eſſe vxor, *leg. minorem 4. ff. de rit. nupt.* Nec eſt contrarium, immò conſentaneum, quod Iuſtinianus in *prin. huius tit.* ſcribit: In tantum eſſe neceſſarium iuſſum patris, in nuptiis liberorum, quos in poteſtate habet, vt eum præcedere ſit neceſſe. Satisfit enim huic ſolemnitati, hoc ipſo quod dicimus, nuptias ab initio ſine eiuſmodi conſenſu iuſſuque contractas, non priùs incipere eſſe nuptias, quàm conſenſus ille interuenerit, ita vt conſenſus ille patris ad diem conſenſus à filio, aut à filia præſtiti minimè retrotrahatur. Proinde ſi quis medio tempore ex ea coniunctione nati ſint liberi, neque liberi, neque heredes erunt patri ſuo, quia nec patrem habere videntur, cùm pater ſolus ille ſit, quem nuptiæ demonſtrant: vt diximus *Princ. 2.* Quod tamen ait Iuſtinianus, iuſſum patris præcedere debere; minùs propriè dictum videri debet. Certum enim eſt, qualemcumque patris conſenſum ſufficere, id eſt etiam tacitum, qui ex eo colligatur, quòd pater nuptiis, quas contrahi ſciuit, non contradixerit: *l. ſi vt proponis pater 5 C. de nupt. d. l. 7. §. 1. ff. de ſponſal.* ſicut & obſeruari ſolet, cùm ex patris voluntate filius decurio creatus eſſe dicitur: *l. 2. ff. ad municip. l. honores 7. in fin ff. de decur.* Quemadmodum viciſſim filius, aut filiafamilias patri conſentire intelligitur, ſi eius voluntati non repugnet; quamuis non minùs filij, aut filiæ conſenſus neceſſarius ſit, quàm patris: *l. ſponſalia 11. cum ſeq. eo. tit.* Iuſſum ergo dixit hîc Iuſtinianus, ad excludendam duntaxat ratihabitionem, quæ iuſſui & mandato æquiparari ſolet; *l. vero 12 in fi ff de ſolut l. vlt. C. ad SC. Maced.* & quæ nonnullis caſibus ſufficit in iis etiam, quæ filius ſine conſenſu patris facere non poteſt: Vt putà ſi agatur de agnoſcenda bonorum poſſeſſione, quamuis non item ſi agatur de adeunda hæreditate: *l. qui in a ... 6. leg. ſi quis mihi bona 25. §. iuſſum. ff. de acquir. hær. l. 3. §. adquirere, l. vlt. ff. de bonor. poſſ l. vlt: C. qui admitt ad bonor. poſſeſſ.*

leg. dotis promiſſio 68 ff. de iur. dot.

An igitur non ſufficiet ratihabitio, ſi verum eſt, quod iam diximus, ſufficere qualemcunque conſenſum? Res ita ſe habet. Non ſufficit ratihabitio, vt iuſſui & mandato comparetur, hoc eſt vt iam inde ab initio pater nuptiis conſenſiſſe retro fingatur. Sed tamen ſufficit, vt alio conſenſu nullo ſit opus. Quare nec probare poſſum, quod à nonnullis video magis probatum, vt ſi ſponſalia contracta ſint, vel nuptiæ ſine conſenſu patris, qui tamen poſtea ratum habuerit, ea ſponſalia, eáſve nuptias diſſolui oporteat, & nouo patris conſenſu noua ſponſalia, vel nouas nuptias inchoari. Poteſt ne enim ratihabitio eſſe ſine conſenſu? aut minoris eſſe momenti, quàm ſit nudus ſimpléxque conſenſus? Et ſane pugnat apertè ſententia illa cum *d. leg. dotis promiſſio*, quæ non dubitat quin eæ ipſæ nuptiæ, quæ ab initio non valuerant propter defectum conſenſus paterni, conualeſcant ex eo ipſo die, quo conſenſus ille interuenit.

ILLATIO XI.

De patris conſenſu exigendo etiam in filiifamilias militis nuptiis contrahendis.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt non magis filiusfamilias miles, quàm paganus, ſine patris conſenſu nuptias contrahere poſſit: *l. filiusfamilias miles 35. ff. de rit. nupt.* An quia etiam militibus ratio pietatis in parentes conſtare debeat? vt ait Vlp. in *l. 1. De obſeq. parent. & patr. præſt.* Verum id quidem eſt; vt conſtat etiam ex *l. 5. §. à milite, ff. de agnoſ. & alend. liber.* Sed ratio non eſt bona. Non enim ratio pietatis facit vt patris conſenſum in liberorum nuptiis interuenire oporteat, ſed ius poteſtatis. Alioqui matris quoque conſenſum interuenire oporteret, cùm ei non minor quàm patri pietas & reuerentia debeatur: *l. 4. ff. de curat. furioſ.* nec plus iuris hac in re haberet filius emancipatus, quàm qui in familia retentus eſſet: quæ tamen omnia ſe aliter habere, ſuprà probauimus. Vera igitur ratio eſt, quia cùm ius hoc deſcendat ex patria poteſtate, conſtat non ſolui per militiam ius patriæ poteſtatis: *§. filiusfamilias, infr. quib. mod. ius patr. poteſt. ſolut. d. l. ſi filiusfamilias 33. ff de teſtam. milit. l. 2. ff. de caſtrenſ. pecul.* proinde non debere in hoc melioris conditionis eſſe filiumfamilias militem, quàm paganum.

l. filiusfamilias miles 135 ff hoc tit.

ILLATIO XII.

De conſenſu liberorum nuptias contrahentium.

DVodecimò ex eodem Principio fit, vt ſicuti ſponſalibus, ita & nuptiis non minùs filiũ, aut filiam, patri in cuius poteſtate eſt, quàm patrem filio, aut filiæ conſentire oporteat: *d. l. ſponſalia 11. De ſponſal.* Nam filiofamilias, aut filiafamilias diſſentiente, ſponſalia eius nomine non magis per patrem, quàm per tutorem, aliúmve quemlibet fieri poſſunt: *d. l. ſi puella 6. l. filiofamilias 13. eo.* ſicut nec inuitus filius, aut filiafamilias vxorem ducere cogitur: *l. non cogitur 21. De rit. nuptiarum.* Sed & quemadmodum

l. ſponſalia 11 ff. de ſponſal.

patet

Digitized by Google

pater filio, aut filiæ, nuptias ineunti conſentire intelligitur, ſi nun euidenter diſſentiat; *l. in ſponſalibus nihil intereſt 7. in fin. ff. de ſponſal. l. 5. C. de nuptiis.* ita & liberi qui voluntati patris non repugnant, hoc ipſo conſentire exiſtimantur: *l. ſed quæ patris 12. ff de ſponſal.* Hæc ſola inter patrem & liberos differentia eſt, quod vt *ibidem* Vlpianus ſubiungit, hinc ſolùm diſſentiendi à patre licentia filiæ conceditur, ſi indignum moribus, vel turpem ſponſum ei pater eligat. Contrà verò quamuis filia honeſtum virum ſibi velit eligere, aut filius honeſtam vxorem, non ideo tamen pater iis contradicere prohibetur. Quanquam ſi per iniuriam contradixerit, & liberos ſuos prohibuerit vxores ducere, vel nubere, ex conſtitutione Diuorum Seueri & Antonini, per Proconſules, Præſideſque prouinciarum coguntur eos in matrimonium collocare, ac dotare: *l. capite 19. ff. de rit. nupt.* Illud ſanè conſtat, filiam, neptémve, quæ in poteſtate ſit, ſi pater, vel auus nullam ei ante viceſimum quintum annum conditionem quæſierit, impune poſſe nubere, adeóque quod magis eſt in corpus ſuum peccare; Hoc eſt, vt non ſolùm iuſtæ ſint nuptiæ, ſi ſine patris, vel aui voluntate nupſerit, ſed etiam libera ſit à metu exhæredationis, quam alioqui ex ea cauſa timere deberet, non tantùm à patre, ſed etiam à matre, ſi iam orbata patre nuptias ſine conſenſu matris contraxiſſet: *Nouell. 115. Vt cùm de appellat. cogn. cap. 3 §. aliud quoque capitulum, verſ. ſi alicui ex prædictis*, iunct. *l. filia 20. C. de inoff. teſtam. l. in coniunctione 20. C. de nupt.* Probo tamen & valde laudo quod vir clariſſimus Dionyſius Gothofr. notat ad *d. l. verſ ſi alicui*, Iuſtinianum qui eo loco permittit filiæfamilias, neptive, vt poſt viceſimumquintum annum, ſi innupta ſit, peccare in corpus ſuum impune poſſit, non de ea filia intelligendum eſſe, quæ turpiter & cum flagirioſa fœditate viuat, vt loquitur *l. ſi filiam 19. C. de inoffic. teſtam.* id eſt, quæ ſe palam & publicè proſtituat, ſed de illa quæ clam & ſemel aut bis ſtupro ſe inquinauerit. Ne alioqui tam larga interpretatio laxiorem ſexui iam ſatis lubrico & infirmo præbeat licentiam delinquendi, ex qua non ſolùm paternæ familiæ dignitas (parum enim hoc eſſet, cùm patri ſua culpa imputari poſſet) ſed etiam publica honeſtas, cuius præcipua ſemper ratio habenda eſt, labefactetur. Ad hanc rem pertinet etiam Imperatorum conſtitutio in *l. viduæ 18. C. de nupt.* quæ cùm vult viduas intra quintum & viceſimum annum degentes, in ſecundas nuptias ſine patria conſenſu non conuenire; hoc ipſo permittit, vt poſt eam ætatem patris conſenſum requirere non cogantur. Mirum tamen illud eſt, quod addit conſtitutio; *etiamſi emancipationis libertate gaudeant.* Videtur enim id pugnare cum eo, quod ſuprà diximus *illat. 7.* Filium emancipatum ſine patris conſenſu nuptias contrahere non prohiberi. Niſi dicamus, id quod res eſt, eam conſtitutionem facere hac parte ius nouum, vt oſtendunt verba illa, *non conueniant*; quæ ſunt imperatiua verba, & legis nouum ius conſtituentis, itémque quod Vlp. ſcribit in *l. in poteſtate 10. De ſponſal. verſ. enimuerò ſi emancipata eſt.* Poſt quam conſtitutionem fatendum eſt aliam eſſe rationem filij, aliam filiæ. Nullo enim caſu filius emancipatus cogitur expectare, aut requirere conſenſum patris, nec hodie magis quàm olim. Neque verò mirum videri debet maiore obſeruantiæ vinculo conſtringi filiam, quàm filium, cùm minùs iudicij habeat & conſilij ad ſibi proſpiciendum. Quo exemplo poſſit quis etiam fortaſſis non malè dicere, in eo iam olim aliud iuris fuiſſe in filiofamilias, quàm in filia, quod filia non aliter poterat à patre diſſentire, quàm ſi turpem vel indignum maritum ei pater deſtinaret, vt iam diximus ex *d. l. ſed quæ patris.* Filius verò nec ſi honeſtam vxorem ei pater quæſiſſet, conſentire tamen patri cogebatur. Id enim eſt quod Terentius Clemens ſcribit in *d. l. non cogitur*, filiumfamilias vxorem ducere non cogi. Et quod Celſus in *l ſeq. maluiſſe hoc videtur.* Cur namque, aut quomodo maluiſſe diceretur, quod aliter velle non potuiſſet? Sed & hoc ipſum videtur ſignificare coniunctio *l. filiofamilias 13. De ſponſal.* cum *l. præced.* Nam cùm *in præcedenti* ſcriptum eſſet tunc ſolùm à patre diſſentiendi licentiam filiæ concedi, ſi indignum moribus vel turpem ſponſum ei pater eligat; ſtatim ſubiungitur in *l ſeq.* filiofamilias diſſentiente, ſponſalia eius nomine fieri non poſſe; vt intelligamus non eandem hac in re filij & filiæ rationem eſſe. Poteſt autem ratio diuerſitatis ex eo ſumi, quod ita quoque conſtituto iure, vt liceat filiofamilias recuſare honeſti matrimonij conditionem, quam pater ei offerat, nihil tamen ex eo ſequi poſſit incommodi, niſi quod fortaſſis vel tardius, vel numquam viuo patre hic filiusfamilias vxorem ducturus ſit. At ſi filiæ hoc ipſum liceret, verendum eſſet, ne tamdiu innupta manens filia, per muliebrem impotentiam eò tandem dilaberetur, vt in corpus ſuum peccaret. Quomodo hæc ipſa ratio è contrario faciebat, vt faciliùs olim Iureconſulti permitterent filiæ, quàm filio furioſi contrahere matrimonium ſine conſenſu patria, vt Iuſtinianus refert in *l. ſi furioſi 25. C. de nupt.* Præter id quod cùm fœminæ multò minore conſilio ac iudicio polleant quàm maſculi, æquum videri debet, filiæ magis quàm filij iudicium & voluntatem ex patris iudicio & voluntate pendere. Ideo autem fœminarum pudicitia maiori curæ fuit Legiſlatori quàm maſculorum, non ſolùm quòd muliebris ſexus ſit longè proclinior, magiſque lubricus ad libidinem, ſed etiam quia fœminarum pudicitia pertinet maximè ad Reipublicæ dignitatem, cùm certitudo familiarum tota pendeat ex certitudine patrum. Pater verò quis ſit neſciri queat niſi ex nuptiarum demonſtratione; quæ tamen nihil eſſet fallacius, ſi matris, quæ ſemper certa eſt, pudicitia & caſtitas non etiam certa eſſet.

l. capite 19. ff. hoc tit.

Differentia filij emancipati, & filiæ emancipatæ, in nuptiis ſine conſenſu patris contrahendis.

ILLATIO XIII.

De conſenſu patris in nuptiis filij expoſiti à patre.

DEcimotertiò ex eodem Princip. fit, vt nec à patre expoſitus filius poſſit vxorem ducere ſine conſenſu patris: *l. patrem 16. C. de nupt.* Quod tamen hodie correctum videtur, cùm expoſitione amittatur omne ius poteſtatis: *l. 2. & 3. C. de infant. expoſ. & Nouell. 153. de infant. expoſ. cap. vnic. Extr. eod.*

l. patrem 16. C. hoc tit.

Digitized by Google

ILLATIO XIV.

De conſenſu Patris furioſi non expectando.

DEcimoquartò, & poſtremò ex eodem Principio fit, vt patris furioſi vel dementis conſenſus quoniam interuenire non poteſt, nec neceſſarius ſit, ſiue de filio, ſiue de filia agatur, etſi erat olim aliqua inter eos differentia, vt innuit Iuſtin. qui eam ſuſtulit in *l. ſi furioſi* 25. *C. de nupt.*

PRINCIPIVM V.

De nuptiis ex ſolo conſenſu æſtimandis.

NVptias ſolus conſenſus facit, *l. nuptias* 30. *De regul. iur.* Nam cùm nuptias non tantùm vtilitatis, ſed etiam honeſtatis publicæ ratio induxerit, æquiſſimum ſanè, ac conuenientiſſimum fuit æſtimari nuptias ex animorum magis & voluntatum, quam ex corporum coniunctione: quippe cùm ea corporum coniunctio nihil niſi turpitudinem in ſe habeat, (quas coitionis ſordes non minùs eleganter, quàm honeſtè vocant Impp. in *l. penult. in fin. C. de ſpectac. & ſcenic. & lenon. lib.* 11. *tit.* 40.) nihilque dignum homine, ſed id duntaxat, quod homini cum belluis ſit commune. Vnde & matrimonium reſpectu materiæ, potiùs quàm formæ ſuæ, iuris naturalis appellatur; in *l. 1. §. ius naturale, ff. de iuſtit. & iur.* Animorum autem coniunctio quid aliud eſt quàm conſenſus? Conſenſum tamen intelligere debemus contrahendarum nuptiarum. Nam & ſponſalia nudo conſenſu contrahuntur, ſicut & nuptiæ: *l. 4. l. ſponſalia* 11. *ff. de ſponſal.* Et tamen ſponſalia eſſe nuptias nemo benè dixerit. Alius enim animus eſt contrahendorum ſponſaliorum, alius contrahendarum nuptiarum: Nihil ſiquidem aliud ſunt ſponſalia, quàm mentio & repromiſſio futurarum nuptiarum, dictáque ſunt à ſpondendo, quod Veteribus moris fuerit ſtipulari & ſpondere ſibi vxores futuras, vnde & ſponſi ſponſæque appellatio nata eſt: *l. 1. 2. & 3. eo.* At nuptias contrahi cùm dicimus, præſentes, non futuras nuptias ſignificamus. Denique conſenſus, quem in ſponſalibus interuenire neceſſe eſt, ſpem duntaxat nuptiarum conſtituit: *l. ſi puella 6 eod. l. ſi vxor* 13. *§. Diui ff. ad leg. Iul. de adult.* Non ergo nuptias ipſas. Tantum namque inter ſpem nuptiarum, & nuptias intereſt, quantum inter id quod nondum eſt, & id quod iam eſt. Adeo autem differt conſenſus ſponſaliorum à conſenſu nuptiarum, vt quæſitum fuerit apud Iulianum, an ſponſalia ſint ſi ante duodecimum annum fuerint nuptiæ collocatæ, id eſt contractæ? Sic enim Cuiac. legit, & interpretatur rectè, *lib.* 11. *obſer cap.* 15. *in l. quæſitum* 9 *ff. de ſponſal.* vbi Vlp. ad eam quæſtionem reſpondens, refert ſententiam Labeonis, quam & à Papiniano & à ſe probatam ſemper fuiſſe dicit, vt ſiquidem præceſſerint ſponſalia, non eo minùs durent quòd ſponſa in domo loco nuptæ eſſe cœperit; ſi verò non præceſſerint, hoc ipſo quod in domum mariti futuri deducta eſt, ſponſalia facta non videantur: quia non eo animo in domum deducta eſt, vt ſponſa fieret, ſed vt nupta, quod diuerſum eſt. Sic dicimus, non omnem qui dicit *ſpondeo*, ex ſponſo obligari, ſed eum duntaxat qui ſtipulanti animo ſtipulandi ſic reſpondet: quemadmodum Varro ſcribit *lib. 4. De ling. latin.* quoniam nimirum fieri poteſt, vt paciſcendi duntaxat animo illud ipſum vſurpetur, ſolo enim animo paciſcendi, aut ſtipulandi, differt pactum à ſtipulatione, cùm ea verba, quæ ad contrahendam ſtipulationem eſſent neceſſaria, in pacto interuenerunt: *leg. iuris gentium 7. §. quod ferè, ff. de pact. §. de conſtituta, Inſt. de action.*

Differentia ſponſaliorũ, & nuptiarum.

ILLATIO I.

De nuptiis ex concubitu non æſtimandis.

EX hoc Principio illud primùm fit, vt ad nuptias contrahendas non ſit neceſſarius concubitus, *d. l. nuptias* 30. *De regul. iur.* quia concubitus ſequi nuptias iam contractas debet, non præcedere contrahendas; licèt inter eas perſonas, quæ naturali aliquo impedimento prohibentur ne coire poſſint, nuptiæ non ſubſiſtant; quia nec conſenſus ille, qui nuptias facit, alius conſenſus eſt quàm legitimè coëundi, vt ſcripſimus ad *Princip. 3. illat. 1. & 2.*

d. l. nuptias 30. de regul. iur.

ILLATIO II.

De legato relicto ſub conditione nuptiarum.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt ſi cui fuerit ſub conditione legatum, *Si in familia nupſiſſet*, videatur impleta conditio ſtatim atque ducta eſt vxor; quamuis nondum in cubiculum mariti venerit: vt Vlp. ſcribit in *leg. cui fuerit* 15. *ff. De condit. & demonſtr.* vbi hanc ipſam rationem reddit, quod nuptias non concubitus faciat, ſed conſenſus. Ex qua lege illa etiam ratio colligi poteſt, propter quam nuptiæ ex concubitu æſtimari non poſſunt, quod non niſi in cubiculo, & in toro mariti primùm is concubitus fieri & ſoleret, & deberet; cùm domus mariti, non vxoris, ſit domicilium matrimonij: *l. 5. ff. de ri. nupt.* & torus quoque ſolius mariti ſit, non etiam vxoris. Porrò non poterat honeſtè vxor in domum viri deduci, quin conſenſus præceſſiſſet, atque ita nuptiæ iam eſſent contractæ. Nec igitur poterant nuptiæ à concubitu incipere, aut ex concubitu æſtimari.

l. cui fuerit 15. ff. de cond. & demonſt.

ILLATIO III.

De concubina, & in quo differat ab vxore.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt concubina ſeparetur paſſim ab vxore, tanquam quæ à concubitu nomen ſuum acceperit. Nulla enim differentia eſſet inter concubinam & vxorem, ſi non conſenſus, ſed concubitus nuptias faceret. Concubinam facit ſola deſtinatio eius, qui domi eam habet: *leg. penult. ff. de concub.* Vxorem verò mutuus conſenſus. Concubinam actio duntaxat, Vxorem verò maritalis honor, & dignitas: *l. vnum ex familia 67. §. vlt.*

leg. pen ff. de concub.

Digitized by Google

vlt. De legat. 2. *l. item legato* 49. §. *parui autem refert*, *De legat.* 3. *leg. donationes in concubinam* 31. *ff. de donat.* quem plenum honorem vocat Papinianus, in *l. cum tabulis* 16. §. *quoniam*, *De his qua vt indign.* vbi addit quidem ſtuprum cum ea non contrahi, quæ ſe alterius quam patroni concubinam eſſe patitur : Sed tamen non facit ea res, quominus verum ſit non habere illam matrisfamilias honeſtatem : *l. probrum* 41. *in fin. de rit. nupt. l.* 3. *in fin. ff. de liber. exhib. l. pronunciatum* 46. §. 1. *De verb. ſign.* Denique vxor nomen eſt dignitatis, Concubina voluptatis; vt tractat Cuiac. *lib.* 3. *obſer. cap.* 18. Ergo cùm nec concubinam quidem faciat ſolus concubitus, multò minùs faciet vxorem.

l. cùm tabulis 16 § quoniam de his qua vt ind.

ILLATIO IV.

Tabulas non facere matrimonium.

QVartò ex eodem Principio fit, quod Papinianus ſcribit in *d. l. donationes* 31. *De donation.* tabulas non facere matrimonium. Quod & ſcriptum eſt in *l. ſi vicinis* 9. & *l. neque ſine nuptiis* 13. *C. de nupt.* Id enim generale & perpetuum eſt in omnibus contractibus, qui nudo conſenſu perficiuntur, vt ſcriptura nullo modo indigeant, niſi ad futuram rei geſtæ memoriam, & probationem, vt Caius ſcribit in *l.* 4. *ff. de pignor.* vbi de nuptiis nominatim ſcribit eſſe nuptias, licèt teſtationes in ſcriptis habitæ non ſint : Iunge *l.* 4 *ff. de fid. inſtrum.*

l. donationes 31. ff. de donat.

ILLATIO V.

De patre conſentiente nuptiis filij citra ſubſcriptionem.

QVintò ex eodem Principio fit, vt ſi pater nuptiis filij, aut filiæ conſenſerit, non eo minus ſubſiſtant nuptiæ, quòd inſtrumento ad matrimonium pertinenti pater non ſubſcripſerit, inquiunt Impp. in *l.* 2. *C. de nupt.* Nempe quia licèt conſenſus patris ſit de ſubſtantia nuptiarum filij, vt diximus *Principio ſuperiore*, nihil tamen commune habet conſenſus ille cum ſubſcriptione patris, ſi modò aliunde probari poſſit : *l. pactum quod bona fide* 17. *C. de pact. l. cùm te* 5. *C. de tranſact. l.* 4. *ff. de fid. inſtrum.*

l. 2. C. hoc tit.

ILLATIO VI.

De nuptiis inter abſentes quoque contrahendis.

SExtò ex eodem Principio fit, vt inter abſentes quoque contrahi nuptiæ poſſint, ſicut & ſponſalia, & cætera omnia quæ nudo conſenſu expediuntur. Quid enim vetat conſenſum illum præſtari per nuncium, aut per literas, *d. l. mulierem* 5. *ff. de rit. nupt. l.* 4 *l. vlt. ff de ſponſalib.* vbi Vlp. ſcribit parui referre per ſe & coram, an per internuncium vel per epiſtolam, an per alium facta ſint ſponſalia : Plerumque enim conditiones (Gallicè dicimus *les partiee*) interpoſitis perſonis expediri. Quamquam fatendum eſt, non idem iuris in ſponſalibus ab initio obtinuiſſe. Nam cùm dicta ſint à ſpondendo, propterea quòd moris eſſet veteribus ſtipulari, & ſpondere ſibi vxores futuras, vt monuimus ex *l.* 2. & 3 *eo. tit.* certum eſt nunquam ita ius fuiſſe, vt ſtipulatio inter abſentes & per nuncium, aut per epiſtolam contraheretur. Sed ab eo more poſtea receſſum eſt, & inductum, vt nudo quoque conſenſu, & conſequenter citra ſtipulationem per pactum contrahi ſponſalia poſſent. Pactum autem, quin per epiſtolam, aut nuncium etiam inter abſentes fieri poſſit, non ambigitur : *l.* 2. *ff. de pact. l. qui autem* 14. §. *vlt. ff. de conſt. pecu. l.* 1 §. *vlt. ff. de contr. empt.* Non tamen ſimiliter potuit olim vxor per nuncium, aut per literas in mariti domum deduci. Sic enim euocari potiùs, quàm duci videretur. Atqui deductione, non euocatione opus erat, vt matrimonij ſolemnitas impleta dici poſſet; quamuis ad executionem matrimonij potiùs, quàm ad contrahendas nuptias ea res pertinere videretur : *d. l. mulierem.*

l. mulierem 5. ff. hoc tit.

De vxore in mariti domum deducenda.

ILLATIO VII.

De lugendo marito qui abſentem vxorem accepit.

SEptimò ex eodem Principio fit, quod Vlpian. ex Cinna iureconſulto ſcribit in *l. denique* 6 *eod. tit De rit. nupt.* Eum, qui abſentem accepiſſet vxorem, deinde rediens à cœna iuxta Tyberim periſſet, ab vxore lugendum eſſe. Nempe quia verus maritus fuit, non ſponſus; nuptiis ſcilicet per conſenſum, quamuis inter abſentes præſtitum, conſtitutis. Sponſi enim nullus luctus eſſet : *l. vxores* 9. §. 1. *ff. de his qui notant. infam.* quamuis in aliis pleriſque, ratio eadem ſit ſponſi & mariti, ſcilicet vbi iuris ratio eadem in vtroque locum habet, vt in ſpecie *l. tutor* 15. *in fin. cum l. ſeq. ff. de ſponſal. l.* 4. *ff. de fund. dotal. l. ſi vxor* 13. §. *Diui* 3. & §. *ſi vxor* 8 *ad leg. Iul. de adult. l.* 1 *in fin. de his qui not. infam. l.* 5. *ff. de teſtib. l. quæſitum* 17. *in fin. de reb. author. iud. poſſid.*

ILLATIO VIII.

De virgine habente dotem, & de dote actionem.

OCtauò ex eodem Principio fit, quod ex Paulo ſubiungitur in *l. ſequenti* 7. *De rit. nupt.* poſſe fieri, vt virgo aliqua & dotem habeat, & de dote actionem. Nempe ſi vt in eo ipſo caſu, de quo proximè diximus, nuptiæ contractæ ſint per nuncium, aut per epiſtolam inter abſentes, nec tamen coitus & concubitus vllus ſecutus ſit. Sicut enim non eo minùs veræ nuptiæ ſunt, quod vxor in viri cubiculum numquam venerit, cùm nuptias conſenſus faciat, non concubitus; *d. l. cui fuerit* 15. *De condit. & demonſt.* Ita nec illa eo minùs virgo, quod virum habeat & maritum, quandiu eius congreſſum paſſa non eſt. Porrò vt habeat illa & dotem, & de dote actionem, ſufficit quòd verum matrimonium interceſſerit : *l.* 3. *ff. de iur. dot.*

Digitized by Google

ILLATIO IX.

De ſponſalibus contractis per verba præſentis temporis.

NOnò ex eodem Principio fit, vt ſponſalia per verba de præſenti, vt aiunt, contracta, non tam ſponſaliorum, quàm nuptiarum iure cenſeantur, non ſolùm ex iuris Pontificij authoritate, ſed etiam ſi iuris ciuilis ratio inſpiciatur. Ideo enim aliud nomen Sponſalibus datum eſt, aliud Nuptiis; quod ita contrahi ſponſalia ſolerent, vt non niſi futurarum nuptiarum repromiſſionem continerent; *l. 1. & 2. ff. de ſponſal.* Atqui cùm de ſponſalibus per præſentis temporis verba contractis agimus, ponimus id inter contrahentes actum eſſe, vt ex eo tempore adeſſet conſenſus viri ad præſentem vxorem accipiendam; & viciſſim conſenſus mulieris ad nubendum marito, nihilque in futurum tempus collatum præter coitum & concubitum, quem iam toties diximus ad matrimonij formam & ſubſtantiam minimè pertinere. Denique cùm & ſponſalibus & nuptiis commune illud ſit, vt nudo conſenſu contrahantur, ea ſola inter ſponſalia, & nuptias differentia eſſe poteſt, quod conſenſus, qui in ſponſalibus interuenit, futuras nuptias reſpicit, non etiam ille qui præſentes nuptias conſtituit: Optima ergo ratione Pontificio iure cautum eſt, vt ſponſalia contracta verbis de præſenti, non magis quàm nuptiæ diſſolui poſſint: item vt perinde impediant, ne aliæ nuptiæ contrahi poſſint, quandiu viuit ea quæ per verba de præſenti deſponſa fuit: Immo nec poſt ipſius obitum cum alia muliere, quæ ipſius conſanguinea ſit intra gradus prohibitos. Rurſum vt ſi eadem mulier duobus deſponſa ſit, vni primùm per verba de futuro, alteri verò poſtea quidem, ſed per verba de præſenti; præferendus ſit hic qui tempore poſterior eſt, tanquam qui non tam ſponſus, quam maritus dicendus ſit; dummodo ſponſalia de futuro confirmata non fuerint per copulam medio tempore ſubſecutam. De quibus omnibus, & aliis huiuſmodi tractatur paſſim in *Decretal. tit. De ſponſal. & matrim.*

ILLATIO X.

De nuptiis aduerſus leges, & Principum mandata contractis, etiam coitu ſecuto.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt nuptiæ dici non poſſint, quæ contractæ ſunt aduerſus leges, aut mandata Principum, quamuis & coitus ſecutus fuerit, & ſuſcepti ex eo coitu liberi: *§. ſi aduerſus ea, infr. hoc tit. l. 3. ff. de iur. dot.* quia ſcilicet nullus hoc caſu conſenſus interueniſſe videatur, ſiquidem conſenſus contra legum authoritatem præſtitus, pro non præſtito habendus eſt; ſicut & pro infectis, omnia cætera quæ contra leges facta proponuntur. Nempe quæ eiuſmodi ſunt, vt in iis effectus iuris conſiderandus ſit potiùs, quàm ſola deſtinatio animi; vt loquuntur Impp. in *l. eum qui duas 18. C. ad leg. Iul. de adul.* iunct. *l. non dubium 5. C. de legib.* Nam ſicut nuptias non quælibet maris & fœminæ coniunctio facit, ſed ea tantùm quæ ſit iuſta & legitima, ita nec conſenſus quilibet, ſed iis demum qui ſit iuſtus & legitimus id eſt qui nec iure, nec legibus improbetur, licèt habuerint contrahentes animum matrimonij contrahendi; hoc eſt quamuis vxoris animo habeatur ea, quæ tamen vxor eſſe non poteſt, vt ſcriptum eſt in *d. l. ſi vxor 13. §. ſed et ſi ea ſit, ff. ad leg. Iul. de adult.*

§. ſi aduerſus, hoc tit. l. 3. ff. de iur. dot.

ILLATIO XI.

De conditione nuptiarum.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt ſi cui legatum fuerit ſub conditione *ſi nupſerit*, aut quod effectu idem eſt, *cùm nupſerit*; non priùs impleta conditio dici poſſit, quàm mulier ritè nupſerit. Nec enim omnes coniunctiones implent conditionem, inquit Vlpian. in *l. hac conditio 10. ff. de condit. & demonſtrat.* Finge nondum nubilis ætatis puellam in domum mariti deductam eſſe; Non paruit conditioni, quia non poteſt videri nupta, quæ virum pati non poteſt: *l. pen. ff. quand. dies legat. ced.* Finge coniunctam ei eſſe cuius nuptiis ſit interdictum; Idem dicendum erit, vt conditioni non paruiſſe videatur. Planè ſi cùm nubere poſſet, nupſerit poſt factum teſtamentum, quamuis viuo adhuc teſtatore, non dubitatur quin conditionem impleuerit: quia conditio hæc talis eſt, quæ ſemel impleri debeat, id eſt quæ vnico, eóque primo actu impleatur. De illo tantùm dubitari in *d. l. hac conditio*, An hæc puella legataria, quæ vel priuſquàm viripotens eſſet, nupſit; vel ei cui per leges nubere non licebat, poſtea parere conditioni poſſit, quaſi non nupſerit. Sic enim legis verba habent, *An tamen nubendo poſtea parere conditioni poſſit, quaſi non nupſerit, dubitari poteſt?* Ad quam dubitationem ſtatim reſpondetur cum diſtinctione, his verbis: *Et ſi teſtator de primo nuptiali iugo ſenſit, puto defectam conditionem.* Quod tamen quomodo, aut qua ratione verum eſſe poſſit, ego non intelligo. Quantumuis enim de primo nuptiali iugo teſtator ſenſerit, cur dicemus ſecuta ea coniunctione, quæ nuptias facere non potuerit, defectam eſſe conditionem, ac non potius id quod res eſt, nondum impletam fuiſſe: Neque verò eadem ipſa lex hoc negat. Statim namque ſequitur, *benignè tamen dicendum eſt, nondum impletam conditionem eſſe, non defectam:* quomodo legendum eſſe, iampridem vir doctiſſimus Iacob. Cuiac. *lib. 13. Obſer. ca. 40.* ſubtiliter ac feliciter, vt alia pleraque emendauit. Sed ego quæro, quod ille non vidit, Cur hoc ipſum quod admittimus, non tam defectam eſſe conditionem, quàm non impletam, benignè tantùm, id eſt ex humanitate & æquitate, ac non etiam ex ipſiſſima meráque iuris ratione admittendum eſſe dicamus? Siquidem fieri nullo modo poteſt, dicam amplius, nec ſi teſtator velit, vt conditio illa *ſi nupſerit*, nullis temporis anguſtiis coarctata, priùs deficiat quàm certum eſſe incipiat, legatariam nubere amplius numquam poſſe: quod tamen non priùs certum eſſe poteſt quàm vel deceſſerit, vel eam impleuerit ætatem, in qua nubere per legem Iuliam Papiam prohibeatur. Quod enim vel antequàm viripotens eſſet, vel ei cuius nuptiis interdictum erat, nupſiſſe proponitur, præbet materiam de illo duntaxat dubitandi. An hoc ipſo conditio-

l. hac conditio 10. ff. de cond. & demonſtr.

d. l. hac conditio.

nem

nem impleuiſſe videri debeat; non etiam de illo. An videamr conditio defeciſſe. Cùm duo iſta, *impletam conditionem eſſe, & defectam*, non contradictoria ſint, ſed contraria. Inter quæ medium illud eſt, *nec impletam conditionem eſſe, nec defectam*. Et conſeqenter etiam admiſſo eo, quod per inutiles iniuſtaſque nuptias, quæ nuptiæ non fuerunt; conditio impleta non ſit, minimè bona erit conſecutio, ſi quis ex eo inferat. Eſſe igitur defectam. Potiùs enim debeat è contrario inferre; Immò verò implendam adhuc eſſe, quę nondum impleta fuerit, ac proinde impleri poſſe. Nec quod ponimus, teſtatorem de primo nuptiali iugo ſenſiſſe, ad rem facit. Tantò magis enim ex eo appaiet non fuiſſe conditionem huiuſmodi defectam per nuptias inutiliter contractas: ſiquidem neque iugum vllum eſſe poteſt ſine vinculo, neque vinculum contrahi ex ea coniunctione, quę iuris vinculo & poteſtate ſit deſtituta. Iugum enim cùm dicimus, effectum iuris, non ſolam animi deſtinationem cōſideramus: *arg. d. l. cum qui duas 18. C. ad leg. Iul. de adult.* Planè ſi poneres teſtatorem ſenſiſſe non de primo nuptiali iugo, ſed de prima coniunctione, relata non tam ad ius, quam ad factum, *coniunctionis* ſignificatione defendi probabiliùs poſſet verba, quæ in prima coniunctione verificari non potuiſſent, ad aliam coniunctionem extendi contra teſtatoris voluntatem non oportere. Quamquam eſſet etiam is caſus alienus ab eo, qui tractatur in *dicta leg. hac conditio*, vbi non proponitur ſic cōcepta eſſe conditio, vt de coniūctione quidquā teſtator dixerit; ſed hoc modo, *Filia mea cum nupſeris*, aut quod idem eſt *ſi nupſerit*, quo verbo certum eſt ſignificari quidem cōiunctionem, ſed non quamlibet, at eam ſolá quę nuptias conſtituat, & per cōſequens quæ non ad factū, ſed ad ius refertur; cùm quiſquis *nuptias* facit, non tantùm coniunctionem illam exprimat, quę tota eſt facti; ſed etiam ius, adeóque vinculum iuris omnis diuini & humani. Nec eſt contrarium quod Papinianus in *l. dotis promiſſio 68. De iur. dot.* nuptias vocare videtur illas etiā quæ nullum iuris vinculum habuerunt, puta quæ à filiafamilias ſine conſenſu patris initæ fuerunt, cùm fatetur dotis promiſſionem, quam filiafamilias tunc feciſſet, non facilè extenſum iri ad nuptias, quibus inter eaſdem perſonas pater poſtea conſenſiſſet, ſi medio tempore alij filia nupſiſſet, quaſi dotis promiſſione conſumpta in primis nuptiis, quibus fuerat deſtinata. Non enim is Papiniani ſenſus eſt, vt primæ nuptiæ dici poſſint, quæ ignorante ab initio patre inutiliter contractæ ſunt: quaſi hoc ipſo ſecundæ ſint illæ, quibus poſtea conſenſus patris accedit. Sed è contrario, vt dotis promiſſio in nuptiis inutilibus facta, non aliter extinguatur iis nuptiis vtiliter poſteà contractis, quàm ſi aliæ nuptiæ interceſſerint. Quo vtique caſu nuptiæ, quæ ex patris conſenſu inter eaſdem perſonas poſtea contractæ eſſent, non niſi ſecundæ dici poſſent: quippe quæ non primas illas inutiles, ſed medias, quæ potiùs primæ dici debent, ſequerentur. Alioqui fatendū eſſet, nullis quoque nuptiis aliis intercedentibus, irritam fore dotis promiſſionem, quam filiafamilias ignorante patre feciſſet, tanquam primis illis nuptiis inutilibus, ſi nuptiæ dici poſſent, conſumptam. Quod tamen Pap. apertè negat. Non alia proculdubio ratione, quàm quòd nec primæ nuptiæ, nec ſimpliciter nuptiæ dici poſſint, quæ inutiles & iniuſtæ fuerunt. Quomodo dicimus, Tabulas nullas in edicto *De bon. poſ.* tabularum nomen non mereri. Quæ cùm ita ſint, vix puto dubitari amplius poſſe, quin tota illa quæſtio poſita in *d. l. hac conditio*, ab illis verbis, *an tamen nubendo*, tota ſit Triboniani, cùm ſit inepta: & quæ ad eam adfertur reſponſio, non ſolùm ineptior, ſed etiā prorſus falſa, vt oſtendimus. Et verò Tribonian. moris illud eſt, vt in ſuis ad nouas quæſtiones reſpōſionibus hæſitet plerumq; & ignarus quid ex iuris ratione, quidve ex æquitate conſtituere debeat, ſummum ius ab æquitate diſtinguat, nonnunquam verò, vt hic contingit, erret in vtroq; benignitati tribuens, quod ſit ex ſummo iure. Sicut & alias perſæpe ſentētias falſas, pro ęquis amplectitur, tametſi reuera ſint iniquiſſimæ. Nec ſanè alio Pandectarum loco reperias *iugum nuptiale*, pro *nuptiis* dici à Iureconſultis, ſed à Triboniano duntaxat in pleriſque Codicis conſtitutionibus. At neq; præcedentia ſatis conuenīūt elegantiæ Vlpiani. Quæſtio enim illa, An conditio huiuſmodi, *ſi filia nupſerit*, impleri poſſit poſt factum teſtamentū. & viuo adhuc teſtatore, ridicula eſt; cùm dubitandi cauſa nulla ſit, quin poſſit quandocunque impleri, vbi certum tēpus ei implendæ nullum præfinitum eſt. Habet enim tempus infinitum, vt Mæcianus loquitur in *l. conditionum 19. eo. tit.* id eſt nullo certo tempore finitum. Ex quo lex ait non ſatis egiſſe teſtatorē hoc caſu quando vellet impleri conditionē, facit potiùs vt poſſit impleri quādocunque, quam vt de illo dubitari debeat, An impleri quandocunque poſſit. Sed & ratio iis verbis expreſſa, *præſertim cùm cōditio hac talis eſt, vt ſemel impleri debeat*. valde impropriè ac inconcinnè concepta eſt. Debuerat enim ſic potiùs concipi, *præſertim cùm hac conditio talis ſit, vt vnico, non reiterabili actu impleatur*; licèt ipſe nuptiarum actus ſit reiterabilis. Denique quod ſequitur, *puta enim nondum nubilis ætatis in domum mariti deducta*, pro eo quod dicere Tribonianus voluit, *Puta enim nondum nubilis ætatis puellam in domum mariti deductam eſſe*, videtur mihi ſatis noua inſulſáque loquendi ratione, expreſſum fuiſſe. Sed & ea quæ in eadem lege ſequuntur, licet ſint vera, minùs tamen elegantia ſunt, quàm vt facilè poſſim credere eſſe Vlpiani, præſertim vltima illa, *ſimili modo hoc erit dicendum*.

l. cū qui duas 18. C. de leg. Iul. de adult.

Manus Triboniani in d. l. hac conditio

ILLATIO XII.

De nuptiis ex ſola nubili ætate non æſtimandis.

DVodecimò, ex eodem Principio fieri videtur, quod Iuſtinianus non tam veteris iuris corrigendi, quàm dubitationis antiquæ tollendæ gratia conſtituit, in *l. ſancimus 24. C. de nupt.* vt ſi quis fecerit nuptiarum mentionem in qualicunque pacto quod ad dandum, vel faciendum, vel non dandum, vel non faciendum concipiatur; & ſiue nuptiarum tempus dixerit, ſiue nuptias nominauerit, non aliter conditio intelligatur eſſe adimplenda, vel extenuanda, vti ipſe loquitur, niſi ipſa nuptiarum accedat feſtiuitas: Ita vt non inſpiciatur tempus, in quo nuptiarum ætas, vel fœminis poſt duodecimum annum exceſſerit, vel maribus poſt quartumdecimum annum completum; ſed ex quo vota nuptiarum re ipſa proceſſerint, id eſt ex quo is conſenſus interuenerit, qui nuptias conſtituit. Non enim ætas nubilis

facit nuptias, ſed conſenſus ille, ex quo nuptiæ æſtimantur.

ILLATIO XIII.

De donatione facta uxori antequam in domum mariti deduceretur.

DEcimo tertiò, ex eodem Principio fit, quod Scæuola reſpondit in *l. Seia Sempronio* 66. *D. donat. int. vir. & vxor.* Nam cùm Seia certo die nuptura Sempronio, proponeretur ei donaſſe tot aureos, antequam domum deduceretur, tabulæque dotis ſignarentur; & quæreretur an ea donatio rata eſſet. Scæuola reſpondet non attinuiſſe tempus exprimi in proponenda quæſtione, an priuſquàm domum deduceretur donatio facta eſſet, aut tabularum conſignatarum, quippe quæ & poſt contractum matrimonium plerumque fierent. Itaque niſi ante contractum matrimonium, quod conſenſu ſolo fieri intelligitur, donatio facta eſſet, eam non valere. Nec obſtat quod *in §. 1. eiuſdem legis*, idem Scæuola ſic loquitur, quaſi non priùs dici poſſent nuptiæ quam virgo in mariti domo, aqua & igni acciperetur; cùm ita ſcribit, *priùs quam ad eum tranſiret, & priùs quam aqua & igni acciperetur, id eſt, nuptiæ celebrarentur.* Quò etiam pertinet illud Ouidij. *Quos faciunt iuſtos ignis & vnda viros.* Itémque quod Verrius Flaccus, *ignem Pollux, vndamque iugalem Prætulit.* Nam reſpondeo non ita id accipiendum eſſe, quaſi Scæuola, vel alius quiſquam æſtimauerit nuptias ea tantùm ſolemnitate, non etiam ſolo conſenſu perfici: Sed quoniam vt plurimùm ita eueniebat, vt in contrahendis matrimoniis præcederent ſponſalia, nec alius mutuus coniugum conſenſus requireretur, quàm qui in ſponſalibus, interueniſſet, in eum vſque diem, quo tranſiret mulier in domum mariti; quod cùm fiebat, hoc ipſo interuenire dicebatur nouus cõſenſus ille, qui neceſſarius eſſet ad nuptias conſtituendas. Non enim poterat magis, aut apertiùs declarari voluntas vtriuſque coniugis, quam ipſo marito vxorem in domum ſuam deducente: præſertim cùm id fieret in executionem, & conſequentiam prioris conſenſus adhibiti in ſponſalibus contrahendis, quæ iam diximus nihil aliud fuiſſe, quam ſpem futurarum nuptiarum. Cæterùm, ſiue ſponſalia aliqua præceſſiſſent, ſiue nulla, ſi tamen nuptiarum conſenſus interueniſſet, dubitandum non eſt, quin nuptiæ citra vllam aliam ſolemnitatem nudo conſenſu contractæ dicerentur, quod cùm ex tot aliis ſupradictis noſtri iuris locis, tum ex primo huius legis reſponſo apertiſſimè conſtat.

Conſenſus qui in ſponſalibus cõtrahendis interuenit, ſufficit ad nuptias, ſi ſecuta ſit deductio in domum viri

ILLATIO XIV.

Per furorem impediri matrimonium contrahendum, non diſſolui contractum.

DEcimoquartò ex eodem Principio fit, vt furor contrahi matrimonium non patiatur, quia conſenſu opus eſt, inquit Paulus in *l. oratione* 16. *§. vlt. de rit. nup.* furioſus autem non poteſt conſentire, qui nec ſentire videtur: *leg. ſi tibi* 8. *§. vnus hominis, De option. legat.* Et tamen bene ante furorem contractum matrimonium ex ſuperueniente furore non diſſoluitur, vt *ibidem* Paulus addit: quod & ſcriptum eſt in *l. patre furioſo* 8. *De his qui ſunt ſui vel alien. iur.* Eadem nimirum ratione, quod matrimonium non niſi diſſenſu, aut aliquo alio ex legitimis modis diſſoluatur. Diſſentire autem non poſſit, qui nec conſentire poteſt: *l.* 2. *§. vlt. ff. ſolut. matrim. l. in bello* 12. *§. medio tempore, De captiu. & poſtlim.* Inde fit, vt qui naſcuntur ex eo matrimonio liberi, non eo minùs ſint iuſti, quod in perſona alterius parentis furor ſuperuenerit, & conſequenter, vt perinde ſint in ſui patris licèt furioſi poteſtate, ſiue ante furorem concepti, editique ſint; ſiue in ipſo furore: & ſiue alteruter duntaxat parentum furere cœperit, ſiue vterque: vt Vlp. ſcribit in *d. l. patre*, vbi rationem illam adfert, quod cùm ius patriæ poteſtatis moribus receptum ſit; nõ poſſit quis deſinere habere in poteſtate, niſi exierint liberi de poteſtate iis modis & caſibus, quibus ſolent; hoc eſt qui iure ciuili in eam rem ſunt comparati, inter quos non eſt furor. Proinde nec illud mirum eſt, acquiri huic patri commodum eorum omnium, quæ filius acquirit; vt *in eiuſdem legis fine* ſcriptum eſt. Id enim fit iure poteſtatis: *l. placet* 79. *ff. de acq. her. l.* 1. *in prin. ff. ſi à parent. quis manum.* Neque pugnat quod Scæuola reſpondit in *l. hæredibus* 77. *§.* 1. *ff. ad SC. Treb.* filios ſuſceptos ex eo matrimonio, quod cum furioſa contractum fuit, facere vt deficiat conditio fideicommiſſi, quod ab ea pater reliquerat, *Si ſine liberis moreretur.* Non enim id rationem illam habet, quòd filios ex ea coniunctione ſuſceptus poſſit dici iuſtus patri ſuo, quaſi matrimonium cum furioſo conſtare potuerit, ſed quia in conditionibus nihil niſi factum verſatur; negari autem non poteſt, quin facto ipſo matrimoniũ in ea ſpecie aliquod fuerit, præſertim cum pater ipſe qui conditionẽ eiuſmodi adſcripſerat, filiam ſuam in matrimonio collocaſſe proponeretur. Idque eſt quod ad Scæuolam Claudius *ibidem* notat iis verbis: *nam etſi matrimonium cum furioſa non fuit, ſatis tamen factum eſt eiuſmodi conditioni.* Puto tamen obſeruandum, quod neſcio an adhuc quiſquam obſeruauerit, non idem iudicio meo reſponſurum fuiſſe Scæuolam, ſi tale fideicommiſſum non filiæ iniunctum fuiſſet, ſed filio, qui poſteà furioſus iam factus, aut cum muliere furioſa matrimonium facto magis quàm iure contraxiſſet. Quantumuis enim verum ſit quod diximus, in conditionibus non tam ius inſpici, quàm factũ; fieri tamen nequit, vt conditio illa, *ſi ſine liberis deceſſerit*, defeciſſe videri debeat, ſi non aliquis ex rogato hærede filius, filiáve ſuperſit: *l. filiusfamilias* 114. *§. cum erit rogatus, De leg.* 1. Atqui nullum patrem habere intelligitur, quiſquis non ex iuſtis nuptiis ſuſceptus eſt, cùm pater ille demum ſit, quem nuptiæ demonſtrant: *l. quia ſemper* 5. *ff. De in ius voc.* Non ergo dici poteſt filium reliquiſſe is, qui filium ſuſcepit ex eo matrimonio, quod ſiue iam furioſus ille, ſiue compos mentis cum furioſa contraxerit, quia reuera matrimonium non fuit, cùm matrimonij nomen ſit iuris, non facti. Ex quo apparet quænam ſit ratio huius diuerſitatis, quam nos inducimus inter eum caſum, quo fideicommiſſum à filio, & illum quo à filia relictum ſit. Nimirum quia mater ſemper certa eſt, etiamſi extra iuſtas nuptias adeóque vulgo filium quæſiuerit, *d. l. quia ſemper.* Itaque quod ad matrem pertinet, non ſunt iſta paria, quæ tamen paria ſunt quod ad patrem;

Differentia elegans, & differentia ratio inter filium & filiã, in ſpecie dict. §. 1. l. hæredib.

Non

Non habere filium, & iuſtum filium non habere. Poteſt namque mater habere filium verum, etiam qui non magis matri ſuæ quam patri iuſtus ſit,(neque enim alterutri iuſtus eſſe filius poteſt,quin ſit vtrique)pater verò non poteſt. Rurſus quod diximus matrimonium bene ab initio contractum ex ſuperueniente alterutrius, aut etiam vtriuſque coniugum furore non diſſolui: *dict. l. oratione, §. vltim. De ri. nupt. d l. patre 8. ff. de his qui ſui vel alie. iur. ſunt: l. ſi eam dotem 22. §. ſi maritus, ff. ſolu. matr.* non repugnat cum eo quod dici ſolet, intercidere illa, quæ peruenerunt ad eum caſum, à quo incipere non potuerunt: *l. pro parte 11. ff. de ſeruit. l. quia in eum caſum 16. ff. ad leg. Aqu.* Non enim perpetua eſt illa regula, neque placuit Prudentibus omnibus, ſed quibuſdam duntaxat, vt colligi poteſt ex *l. exiſtimo 98. De verb. obl. l. in ambiguis 85. §. 1. De reg. iur.* Nempe quod perſæpè vitiari eam ſit neceſſe, in iis præſertim, quæ ſemel bene non ſolùm inchoata, ſed etiam perfecta ſunt & conſummata; qualia ſunt quæ momentanea, & quæ vnico inſtanti expediuntur, cuiuſmodi eſt matrimonium, teſtamentum, *l. is cui lege 18. ff. qui teſta. fac. poſſ. l. 1. §. ſemel autem, ff. de bon poſſ. ſec. tabul.* & alia huiuſmodi.

Non ſemper intercidunt illa, quæ peruenerunt ad eum caſum, à quo incipere non potuerint.

Quemadmodum enim quod ab initio vitioſum eſt, non facilè ex poſt facto conualeſcit: *l. quod ab initio 29. De regul. iur.* ita è contrario quæ ab initio conſtiterunt, non facile ex cauſa ſuperueniente irrita fieri debent: *l. verum 11. §. item non reſtituitur, ff. de mino. l. 5. in fi. ff. ad leg. falc. l. ſanctimus 25. C. de adm. tut.* Planè monendum illud eſt, hoc ipſum quod diximus, furorem impedire ne matrimonium contrahatur, tunc verè dici, cùm alteruter eorum qui coire volunt, in furore eſt; non etiam ſi furioſus ſit ille, in cuius alteruter coniugum ſit poteſtate. Quamuis enim diximus iuſtas nuptias contrahi non poſſe, quin conſentiant non ij ſolùm qui coëunt, ſed illi etiam qui coëuntes in poteſtate habent, *l. 2. ff. de rit. nup.* Differentia tamen ea eſt inter horum & illorum cõſenſum; quod matrimonium nullo modo contrahi poteſt ſine expreſſo coëuntium conſenſu, ſiue verbis, ſiue facto, & ipſa vxoris in mariti domum deductione conſenſus ille declaratur. Eorum verò, qui coëuntes in poteſtate habent, conſenſus plerumque hoc ipſo interuenire intelligitur; quod non diſſentiunt: quemadmodum pluribus docuimus, & demonſtrauimus *ad præcedens Prin. illa. 5. & vl.* vbi inter cæteros caſus, in quibus id euenit, hunc quoque addidimus, ſi filij, aut filiæ nuptias contrahentis pater furioſus ſit: ex *l. ſi furioſi 25. C. de nupt.* iunct. *l. tam dementis 28. C. de Epiſc. audient.* quibus etiam ex locis apparet, quæcunque de furioſis diximus, etiam de dementibus dicta intelligi oportere. Facit *l. 4. ff. de diuor.*

Quæ ab initio conſtiterint, non facilè ex cauſa ſuperueniente irrita fieri debent.

ILLATIO XV.

De matrimonio conualeſcente, ob amiſſam mariti dignitatem, quia impedimento erat.

DEcimoquintò ex eodem Principio fit, quod Vlp. ſcribit in *l. ſi qui ſenatorio 27. De rit. nupt.* Si quis in Senatorio agens ordine libertinam vxorem habuerit, quamuis interim vxor illa non ſit, tamen in ea eſſe conditione, vt ſi amiſerit maritus dignitatem, ipſa vxor eſſe incipiat. Nempe quod conſenſus ille, qui ab initio ad contrahendas nuptias interuenit, licèt nullam eo tempore vim & poteſtatem habuerit tanquam præſtitus contra leges, nunc tamen ceſſante impedimento, remoueri intelligitur hoc ipſo, quod eadem mulier ſub nomine & dignitate vxoris in domo retinetur. Nam quemadmodum ſufficeret deductam eſſe vxorem à marito ipſo in mariti domum, ad hoc vt dubitari non poſſet quin mutuo conſenſu, de quo aliter non conſtaret, matrimonium contractum videretur; ita & ad eundem conſenſum exprimendum ſufficit, eam, quæ ab initio malè ac contra leges in mariti domum deducta fuit, in eadem domo permittentibus legibus retineri. Quemadmodum etiam euenit, cùm minor annis duodecim ducta in domum viri, poſtea in eadem domo annum duodecimum compleuit. Conſtat enim ex eo tempore fieri eam vxorem legitimam: *l. minorem 4. ff. eod. tit. De rit. nupt. leg. ſi vxor 13. § ſi minor. ff. ad leg. Iul. de adul.* Quæ omnia procul dubio ſe aliter haberent, ſi præter conſenſum aliud quidpiam neceſſarium eſſet ad iuſtas nuptias contrahendas. Indéque petenda etiam eſt ratio dubitandi apud Papinianum in *leg. generali 34. §. vlt. De rit. nupt.* vbi ſcribit ille, filiam Senatoris nuptias libertini ſecutam, non ex eo fieri vxorem, quod parte dignitate ſua cecidit, id eſt à Senatu motus ſit. Is enim eſt, quem patris caſum Papinianus vocat, vt & in *l. filiam 9. ff. de Senator.* & Vlp. in *l emancipatum 7. §. vltim. eo.* Videbatur autem patris caſum nocere filiæ debere, id eſt quemadmodum Senator vbi à Senatu remotus eſt, Senator eſſe deſinit, ob ídque ex eo tempore incipit libertinam vxorem habere poſſe, ita & filiam Senatoris à Senatu remoti deſinere filiam eſſe Senatoris, vt proinde ſaltem ex eo inſtanti nuptias libertini non reluctantibus legibus ſequi poſſit. Sed aliud Papiniani iudicium eſt, ratione illa pereleganti ſubnixum, quod quæſita dignitas liberis ex dignitate patris, non idcirco liberis auferenda ſit, quod eam pater ipſe amiſerit. Quam rationem non perceperunt, qui negationem à Papiniano poſitam in illis verbis *auferenda non eſt*, delendam putauerunt. Nam ſi liberis quæſita dignitas propter crimen patris eſſet auferenda, inciperet vtique Senatoris filia vxor iuſta eſſe libertini, ex quo tempore pater Senator eſſe deſiiſſet, cùm oratione Diui Marci, ad quam ſenatuſconſultum quoque factum eſt, ea demum mulier libertino nubere prohibeatur, quæ ſit filia Senatoris: *d. l. oratione 16. in princ. eod. tit. De rit. nupt.* aut etiam neptis, proneptíſve: *l. ſemper 42. §. 1. eod.*

l. filiam 9. ff. de Senat. l eman. ipatum 7. § vlt. eod.

ILLATIO XVI.

De validandis nuptiis contractis aduerſus mandata Principum.

DEcimoſextò, ex eodem Principio fit, vt etſi contra mandata Principum contractum ſit matrimonium in prouincia, tamen poſt depoſitum officium ſi in eadem voluntate perſeueratum fuerit, iuſtæ nuptiæ efficiantur, poſteáque nati ex eo matrimonio liberi iuſti ſint, & legitimi, vt Paulus ſcribit in *l. eos qui 66. §. 1. ff. eo. tit. De ri. nup.* Nempe quia nouus conſenſus qui in-

Digitized by Google

ueruenit eo tempore, quo tollitur impedimentum, quod antea faciebat ne iuſtæ eſſent nuptiæ, nouas nuptias facit, cùm ad eas contrahendas nihil niſi nudus conſenſus requiratur. Nouas autem nuptias effici dicimus, non veteres, quæ iniuſtæ fuerant, confirmari; quia non poteſt nouus ille conſenſus retrotrahi ad nuptias conualidandas, quãdoquidem ea ratione fieret, vt ad tempus inhabile retrotraheretur. Ideóque nõ ſic Paulus loquitur, vt dicat liberos omnes ex ea coniunctione ſuſceptos iuſtos effici, ſed eos duntaxat qui poſtea nati ſint, id eſt poſt ſublatum impedimentum, quo ſubſiſtente, nec iuſtæ nuptiæ, nec iuſti liberi eſſe potuerunt.

ILLATIO XVII.

De filiofamilias ducente vxorem cogente patre.

DEcimoſeptimò ex eodem Principio fit, vt filiusfamilias vxorem ducere non cogatur: *l.non cogitur 21.eod.tit. De rit. nupt.* quia ſcilicet nuptiæ ſine conſenſu eſſe non poſſunt. Et tamen ſi filius patre cogente duxerit vxorem, quam non duceret ſi ſui arbitrij eſſet, non eo minus matrimonium contraxiſſe intelligatur, quod inter inuitos non contrahitur, quia maluiſſe hoc videtur, inquit Celſus in *l.ſi patre 22. eo.* id eſt, quia non poteſt dici non conſenſiſſe filium, qui maluit eam vxorem ducere cogente patre, quàm nullam: vt explicauimus *ad Princ.4.illat.1.* Cæterùm ſi filiusfamilias, cùm nullam vxorem ducere vellet, tandem aliquam duxerit cogente patre, matrimonium non erit, quia hoc caſu verè dici poteſt velle non videri eum, qui obſequitur patris imperio: *l.4.De regul.iur.*

ILLATIO XVIII.

De nuptiis præſumendis potius quam concubinatus.

DEcimoctauò ex eodem Principio fit, vt in liberæ mulieris conſuetudine, non concubinatus, ſed nuptiæ intelligendæ ſint, ſi non corpore quæſtum fecerit, quemadmodum Modeſtinus ſcribit in *l.in libera 24.ff.eod. tit. De rit. nup.* Etenim cùm nuptiæ ſolo conſenſu contrahantur, videtur is conſenſus colligi ſatis, & probari ex ipſa conſuetudine, quoties ingenua & honeſtæ vitæ mulier ea eſſe proponitur, cuius conſuetudinẽ vir habuit: Non ſolùm vt vitetur præſumptio delicti, quæ ſemper vitanda eſt, *vulg. l.meritò 51.ff.pro ſocio* Siquidem ingenuam, & honeſtæ vitæ mulierem in concubinatu habere, ſine teſtatione hoc manifeſtum faciente non conceditur, quin ſtuprum committatur: *l.3.ff.de concubin.* Sed etiam quia Reipublicæ vtilior eſt ea interpretatio, quæ & iuſtam vxorem facit, & iuſtos liberos ex ea coniunctione tanquam ex iuſto matrimonio ſuſceptos. Vt quemadmodum faueri ſolet nuptiis tam contractis, quàm contrahendis, vt ad eas facilius homines inuitentur; Ita & in eo faueatur, vt in dubio & obſcuro pro contractis habeantur; vt nihil repugnet quominùs ſalua vtriuſque coniugis honeſtate ac dignitate, ea interpretatio capi poſſit. Quod addere neceſſe eſt, vt ea exceptio comprehendatur, quàm Modeſtinus non prætermiſit, *ſi non corpore quæſtum fecerit.* Nam neque honeſtum eſſet honeſto viro eam vxorem habere, quæ corpore quæſtum feciſſet, neque honorificum Reipublicæ tam vilem perſonam, ſola iuris interpretatione, admitti ad conſortium iuris diuini & humani: *arg. l. quæ adulterium 26.C.ad leg.Iul.de adulter.* ne honeſta interpretatio non honeſtæ perſonæ lucrum adferat: *ar.l.ſi poſſeſſor.52.ff.de hered.petit.* nec deníque periculum eſt, ne alioqui ſi hæc non ſumatur interpretatio, ſtupri præſumptio capiatur, quandoquidem ſtuprum non committit, qui mulierem quamuis ingenuam accipit in concubinam ſine teſtatione, ſi modò ea corpore quæſtum fecerit: *l.cùm tabulis 16.§. quoniam ſtuprum ff. de his quæ vt indig.* de cuius loci ſententia, quia corruptus, & quod neceſſariò conſequens fit, obſcurus eſt; videnda ſunt, quæ ſcripſi pluribus in *lib.Coniectur.*

Hodie post Concilii Tridentinum non ſufficit nudus conſenſus ad iuſtas nuptias contrahendas

Superioribus igitur conſentaneum videtur, vt hodie ſit abrogata ſupradicta Modeſtini ſentẽtia, poſtquam ſacroſancti Concilij Tridentini autoritate ſancitum eſt, vt non nudo conſenſu, quemadmodum antea, nuptiæ contrahantur, ſed accedentibus præterea iis ſolennitatibus quas in eam rem concurrere placuit, authoritate ſcilicet Eccleſiæ, præſentiáque Parochi. Cùm enim omnia illa ſint facti, neque ex ſola conſuetudinis probatione probari poſſint, quomodo conſenſus ipſe ſi ſufficeret probaretur; fatendum eſt nuptias hodie non præſumi, ſed probari oportere. Niſi vel antiquitas temporis, vel quid aliud faciat vt præſumi debeant omnia ſolenniter acta fuiſſe: *ar.l.ſciendum 30. De verb.obligat. l.1.§. vlt. De aqua & aquæ pluu.arc.l.3.§.ductus aquæ, ff. de aqua quot.& æſt.* Hanc ipſam autem Modeſtini ſententiam videtur iam olim abrogaſſe Iuſtin. *Nouell.74.quib.mod.natur. filii effic.legit.cap. 5. §. quoniam*, vbi conſtituit, vt mulier, quæ in viri domo per multos annos ſtetit, non aliter legitima vxor fuiſſe intelligatur, nec legitimi ex ea ſuſcepti liberi, quàm ſi probet legitimis modis acceptam ſe domi ſub ea figura & promiſſione, quod eam vir habiturus eſſet in legitimam vxorem. Idque ita conſtitui æquum ſanè fuit, abrogata iam Chriſtianis legibus & moribus diuortiorum licentia, quæ faciebat olim vt nuptiarum præſumptio minus damnoſa eſſet, quæ nimirum non obſtabat, quominus diuortium fieri quandoque poſſet, ſi alterutrum ex coniugibus eiuſmodi conſuetudinis pœniteret, aut tæderet. Hodie verò, ſicut longè maioris momenti eſt matrimonium, quippe cuius vinculum vix alio vllo modo, quam alterutrius coniugum mortè diſſoluatur: Ita difficilius, nec niſi certiſſimis probationibus illud induci conueniens eſt. Maximè verò, ſi viuo adhuc vtroque coniuge diſputetur, an matrimonium contractum ſit, nécne. Soluto iam enim alterutrius morte matrimonio, facilius ferri, admittíque poteſt, vt coniuges iuſti ac legitimi fuiſſe videantur, qui quandiu ambo vixerunt, & pro talibus ſe inuicem habuerunt, & ab aliis haberi voluerunt, habitique fuerunt; licet matrimonij ſolennitatúmque probationes deficiant: dummodo vel temporis antiquitas, vel locorum diſtantia, vel aliud tale adminiculum adſit, quod probationum difficultatem & inducat, & benigna præſumptione ſubleuandam eſſe ſuadeat. De quo tamen alibi & commodiùs & fuſiùs ſcribendum nobis erit.

Matrimonia hodie probanda ſunt, non præſumenda.

Digitized by Google

ILLATIO XIX.

De adulterij rea nuptias contrahente ante damnationem.

DEcimononò ex eodem Principio fit, vt adulterij rea facta, nec ante damnationem viuente marito, vxor duci ab alio poſſit: *l. reas adulterij 26. cod. tit. de rit. nup.* quia cùm adulterij rea in eo ſit, vt ſiue iure, ſiue iniuria iudicis de adulterio damnari poſſit (quis enim iudicij euentum ſemper dubium certò ſcire queat? *l. quod debetur 51. ff. de pecul.*) conſequenter in ea quoque conditione eſt, vt nuptiis conſentire non ſit ei integrum, quia ſi adulterij quandoque damnata eſſet, vtique per legem Iuliam *de adulteriis*, alij vnquam nubere prohiberetur; adeò vt nec à marito ipſo retineri poſſet: *l. miles 11. §. vlt. ff. ad leg. Iul. de adult.* Idque ſignificat Modeſtinus in *d. l. reas*, iis verbis: *nec ante damnationem.* Nam poſt damationem ratio dubitandi nulla eſſet, quin legitimæ nuptiæ cum muliere adulterij damnata eſſe non poſſent. Subiunxit autem, *viuente marito.* Duplici ratione; Et quia viuente marito liberum eſt ab accuſatione diſcedere, aut etiam abolitionem criminis impetrare, quandiu non eſt vxor condemnata; & ita in matrimonio eam retinere, quaſi vana indignatione ad accuſationem incitatus fuerit; niſi iam certò, & apertè adulteram ſciat, vt ignorantiam ſimulare non poſſit: vt ait *l. ſine metu 17. C. eo. l. generali 34. §. ream adulterij, ff. de rit. nupt.* Et quia ſi maritus ante ſententiam decederet, nihil prohiberet quominùs mulier alij nubere poſſet, quippè quæ nec damnata eſſet, nec in eo vt damnari vnquam poſſet, nemine ſuperſtite, qui ius haberet accuſationis perſequendæ, præſertim quam maritus iure mariti inſtituiſſet: *l. 3. §. vlt. ff. de accuſat.* Nec enim obſtaret mulieri, quod etiam defuncto marito, adulterij rea ab alio quolibet poſtulari poteſt intra triginta dies vtiles. *d. §. vlt. d. l. miles 11. §. defuncto, ff. ad leg. Iul. de adult.* quia numquam ob id ſolùm impediri poſſunt nuptiæ, quod accuſari mulier poſſit, quandiu nemo accuſat, cùm non facilè ſperandum ſit futurum, vt velit quis ad eam accuſationem proſilire, quæ non propriæ, ſed alienæ iniuriæ vindictam contineat: *arg. d. l. miles. §. ſecer*, nec rurſum de mulieris, quæ à nemine accuſetur, pudicitia & moribus temerè ſuſpicandum. Iuxta illud verbum Domini; *Quis te accuſat.*

l. miles 11. §. vlt. ad leg. Iul. de adult.

ILLATIO XX.

De ſolennitate repudij & diuortij.

VIceſimò ex eodem Principio fit, vt mulier quæ ſemel conſenſit nuptiis viri, vſque adeò nupta ſit, vt nec repudiare, nec repudiari poſſit, niſi miſſo ſolemniter & ex lege repudio, id eſt vſurpata formula, quæ in diuortiis erat vſurpanda. De qua in *l. 2. ff. de diuort.* Lex enim Iulia *de adulteriis*, credens eſſe ex Reipublicæ dignitate & vtilitate, vt benè contracta matrimonia retineantur, voluit pro infecto haberi diuortium, quod non certo modo factum eſſet: *l. vnic. in fi. ff. vnd. vir & vxor.* Itaque perinde nupta eſſe intelligitur mulier, ac ſi diuortium nullum interceſſiſſet, ob idque nec alij nubere poteſt ea perſona, quæ non ex lege repudium miſit: *l. pen. ff. ad leg. Iul. de adul.* in cuius tamen fine quod ſcribitur, *quamquam dicendum, ne is qui ſciret eam ex lege repudiatam non eſſe, dolo malo committat*, mendoſum videtur, & ſuppletione aliqua indigere, niſi quis malit pro *dicendum*, reponere, *videndum*, vt & facilis & bonus ſenſus ille ſit; Vix credendum eſſe dolo carere illum, qui vxorem eam ducat, quam ſciat ex lege ritéque repudiatam non eſſe.

l. 2. ff. de diuort.

ILLATIO XXI.

De nuptiis ſimulatis.

VIceſimoſeptimò ex eodem Principio fit, vt ſimulatæ nuptiæ nullo modo nuptiæ dici poſſint, nec pro nuptiis haberi: *l. ſimulata 30. ff. de rit. nupt.* Nimirum quod careant conſenſu iſto, ex quo nuptiæ æſtimantur. Quid enim tam contrarium eſt conſenſui quàm ſimulatio? Quid tam diuerſum, & planè aliud ab eo quod reuera agitur, quàm id quod ſimulatè concipitur? *l. 1. & tot. tit. C. plus valer. quod agitur, quàm quod ſimulat. concip.* Vt non ſine cauſa Baldus ad eum locum ſcripſerit, id quod ſimulatum eſt, habere imaginem quandam falſi, cùm non contineat medullam veritatis. Itaque non abs re, toto iure noſtro ita comparatum eſt, vt ſimulata pro infectis habeantur: *l. ſi ex pretio 6. C. ſi cert. pet. l. cum ea 21. C. de tranſact.* tanquam eo conſenſu deſtituta, ex quo facta dictáque omnia ſunt æſtimanda. Inde namque contractus omnes iure gentium cœperunt originem: *l. iuris gentium 7. ff. de pact. l. ex hoc iure 5. De iuſt. & iur.* inde publica etiam fides, quæ & bona appellatur. Pendet enim tota ex eo, vt quod promiſſum eſt, fiat: *l. bona fides 31. ff. depoſit.* facit *l. 1. ff. de pact. l. 1. ff. de conſt. pecu. l. 1. ff. locat.* Non autem promiſſum intelligitur, niſi quod re vera actum eſt vt præſtaretur. Vnde illud etiam eſt quod habet iuris regula, Semper in ſtipulationibus, cæteriſque contractibus, ſequi nos debere id quod actum eſt, ſi de illo appareat: *l. ſemper in ſtipulationibus 34. De reg. iur.* Item quod Modeſtin. ſcribit in *l. contractus 54. De obligat. & action.* contractus imaginarios etiam in emptionibus, quæ tamen omnium facillimè contrahuntur, ſicut & cæteræ obligationes, quæ conſenſu ſolo conſtant, iuris vinculum non obtinere. Imaginarios enim contractus, non alios Modeſtinus intelligit quàm ſimulatos, vt ſequentia illa verba oſtendunt, *cùm fides facti ſimulatur non intercedente veritate.* Quo etiam ſenſu, imaginaria iſta venditio, & ſimulata, dicitur nuda, in *l. nuda 55. ff. de contr. empt.* quippe quæ deſtituta ſit eo cōſenſu, ex quo vim, & vt ita dixerim, calorem accipere deberet, ad producendam obligationem. Eodémque pertinet quod dici ſolet, imaginariā & ſimulatam venditionem non eſſe quæ fiat pretio accedente: *l. imaginaria 16. De reg. iur.* quoniam nimirum conſenſus ille, qui ad contrahendam emptionem neceſſarius eſt, circa pretium potiſſimùm verſatur: *l. 1. d. l. 2. §. 1. l. pacta conuenta 72. ff. de contr. emp.* Hoc ita tamen, niſi ſimulatè quoque, ac dicis cauſa pretium interuenerit, vt in ſpecie *leg. cùm in venditione 36. l. ſi quis donaturus 38. eo. tit. l. ſi quis conduxerit 36. ff. locat. l. ſi quis ante 10. §. vlt. ff. de acqu. poſſ.* Sic & imaginarius emptor dicitur, qui ſuppoſitus eſt

leg. ſimulata 30. ff. hoc titu. De rit. nupt.

l. imaginaria 16. De reg. iur.

Digitized by Google

eſt & ſimulatus: *l. & qui ſub imagine* 10. *C. de diſtract. pign.* & apud Paulum *lib.* 2. *ſenten. tit.* 13. §. 4. Sic & locatio ſimulata dicitur, quæ fit donationis cauſa, puta vno nummo: *d. l. ſi quis conduxerit* 46. *ff. loca.* itémque ſimulata tranſactio, in *d. l. cum ea* 21. *C. de tranſact.* & ſimulata donatio, quæ donandi animum non habet: *l. ſi præſes* 8. *C. de donat.* qui tamen locus vereor ne ſit mancus, & ita ſupplendus, vt in legis fine legamus, *quod fides veri ſuggeſſerit, id exequetur*: alioqui nihil erit quod referri poſſit ad Præſidem, de quo tamen præcedentia omnia ſunt, & ad quem procul dubio referendum eſt verbum illud *ſuggeſſerit*, quod immediatè præcedit. Supplendum enim eſt *religiom præſidis*, vt nemo non videt. Potuitque facilè naſci error ex eo, quod paucioribus litteris, vt plerúmque fit, ſcriptum eſſet, *exs'*, pro *exſequetur*. Tanta verò vis eſt veritatis rei geſtæ, vt non ſolum iis præualeat quæ ſimulate dicta ſunt, ſed iis etiam quæ ſimulatè ſcripta probentur, vt ſi quis ſibi rem emens, non alteri, tamen alterius nomen pro ſuo in tabulis emptionis inſcribi voluerit; non enim eo minùs ſibi acquiſiuiſſe videbitur: *l. cùm propriâ* 5. *& ſeq. C ſi quis alter. vel ſib.* Nec valde diſſimile eſt quod Iauolenus ſcribit in *l. in omnibus rebus* 55. *De obl. & act.* In omnibus rebus quæ dominium transferunt, concurrere oportere adfectum ex vtraque parte contrahentium. Nam ſiue ea venditio, ſiue donatio, ſiue conductio, ſiue quælibet alia cauſa contrahendi fuit, niſi animus vtriuſque conſentiat, perduci ad effectum id quod inchoatur non poſſe: quod & à Pomponio, licèt aliis verbis, proditum eſt *in l. in omnibus negotiis* 37. *eod.* Quænam autem differentia ſit inter ſimulationem, & diſſimulationem, quam vtique non ignorant qui in Latina lingua ſunt verſati, oſtendit verſiculus ille non inelegans:

Quod non eſt, ſimulo; diſſimuloque quod eſt.

l. & qui ſub imagine 10. de diſtract. pign.

ILLATIO XXII.

De patrono inuitam libertam vxorem ducere volente.

Viceſimoſecundò ex eodem Principio fit, vt inuitam libertam vxorem ducere patronus non poſſit: *l. inuitam* 28. *ff. de rit. nupt.* Nam cùm patronatus non faciat quominùs liberta ſit libera, quippe quæ à libertate ipſa nomen acceperit, illud etiam conſequens eſt vt non poſſit patronus libertam cogere, vt vel ſibi, vel alij inuita nubat, quia liberæ perſonæ libera quoque voluntas eſt, & eſſe debet, præſertim verò cùm de contrahendo matrimonio agitur: *l. neque ab initio* 14. *C. de nupt. l. ſi cogente* 22. in illis verbis, *matrimonium quod inter inuitos non contrahitur*, *ff. eod.* Coacta enim voluntas conſenſum non habet ſaltem liberum. Ex quo illud etiam fit, vt quæcunque metus cauſa geſta ſunt, ea nullo tempore rata per Prætorem habeantur: *l. ſi mulier* 21. *§. quod metus cauſa, ff. de eo quod met.*

l. inuitam 28. ff hoc tit. De rit. nup.

ILLATIO XXIII.

De Senatore ducente libertinam ex indulgentia Principis.

Viceſimotertiò, ex eodem Principio fit quod Vlp. ſcribit in *leg. ſi Senatori* 31. *eod. tit. De rit. nupt.* ſi Senatori ex Principis indulgentia permiſſum ſit libertinam vxorem iuſtam habere, poſſe illam eſſe iuſtam vxorem: quia cùm nihil aliud impediret ne vxor iuſta eſſe poſſet, niſi quod Senator talibus nuptiis conſentire prohiberetur, apparet ſublato impedimento per indulgentiam Principis, conſenſum interuenire, & conſequenter iuſtas nuptias contrahi poſſe.

l. ſi Senatori 4 ff hoc tit. De rit. nupt.

ILLATIO XXIV.

De muliere reuerſa ad eundem virum, à quo priùs diſceſſerat.

Viceſimoquartò ex eodem Principio fit, vt verum ſit quod plerique opinantur, & Marcellus probat in *l. plerique* 33. *eod. tit.* cùm eadem mulier ad eundem virum reuertitur, idem eſſe matrimonium quod priùs fuit, ſi non multo tempore interpoſito reconciliati fuerint, nec inter moras aut illa alij nupſerit, aut hic aliam vxorem duxerit; maximè ſi nec dotem vir reddiderit. Nimirum quia hoc caſu priſtinus conſenſus, qui nuptias fecerat, durare adhuc videtur, cùm ea quæ fiunt incontinenti, ineſſe videantur: *l. 7. §. quinimò, ff. de pact. l. lecta* 40 *ff. de reb. credit.* Nec tam diuortium hoc caſu interceſſiſſe videtur, quàm iurgium & fribuſculum: *l. quod ſi* 31. *ff. de iur. dot. l. cùm his ſtatus* 32. *§. quod ſi diuortium* 12. *ff. de don. int. vir. & vxor.* quia ſcilicet non adfuit animus conſtituendi perpetuam diſſenſionem, ſine quo tamen animo verum diuortium eſſe non poteſt: *l.* 3. *ff. de diuort.* ſicut è contrario, non contrahitur matrimonium, niſi adſit animus perpetuam conſtituendi voluntatum conſenſionem, id eſt ad mortem vſque, cùm hac de cauſa definiantur nuptiæ, Conſortium omnis vitæ: *l. 1. ff. de rit. nup.* iunct. *l. 1.* in illis verbis, *in perpetuum, id eſt, dum viuunt: ff. pro ſocio.* Qua etiam ratione dicimus dotis cauſam eſſe perpetuam, daríque dotem ab vxore animo illo & voto, vt perpetuò ſit penes virum: *l. 1. ff. de iur. dot.* Eſt verò naturale hoc, vt matrimonium diſſoluatur eo modo quo eſt colligatum: *arg. l. nihil tam naturale* 35. *De reg. iur. l. prout* 80. *ff. de ſolut.* Niſi quod ſolus diſſenſus non diſſoluit matrimonium, quod ſolo conſenſu fuerat contractum, ſed certis conceptíſque in eam rem verbis opus olim quoque fuit, certóque modo ex legibus præſcripto mittendum repudium, vt vxor legitimè repudiata, verúmque diuortium interceſſiſſe videretur, vt ſuprà diximus ex *l. 2. ff. de diuort. l. vnic. in fi. ff. vnd. vir & vxor; l. pen. ff. ad leg. Iul. de adult.* Videlicet quod publicè intereſſet matrimonia ſicut facilè contrahi, ita & contracta retineri, nec periode facilè diſſolui.

l. 1 ff. hoc tit. De rit. nupt. l. 1. ff. de iur dot.

ILLA

ILLATIO XXV.

De nuptiis contractis poſt generale patris mandatum de marito filiæfam. quærendo.

> *leg. generali 34. hoc tit. De rit. nup.*

Vicesimoquintò, ex eodem Principio fit quod Papin. reſpondit in *l. generaliter 34. eod. tit. De rit. nupt.* Generali mandato quætendi matiti filiæfamilias, non fieri nuptias, ſed eſſe ptætetea neceſſe mariti perſonam demonſtrati patri, qni nupriis conſenſerit, ad hoc vt nuptiæ contrahantur. Siquidem fieri facilè poteſt, vt patet qui filiæ nuptiis generaliter conſentiat, nolit tamen huius, vel illius matiti conditionem filiæ quætere: cùm ex moribus, facultatibus, & dignitate matiti, aliter id conſtitnendum ſit, & de dotis quantitate decetnendum: *l. quæro 60. cum ſeq. l. cùm poſt 69. §. gener, & ſeq. ff. de iur. dot.* Itaque cùm ita comparatum ſit, vt non alitet nuptias contrahere poſſit filia in poteſtate pattis conſtituta, quàm ſi pattis quoque conſenſus & autoritas accedat, vt diximus *Princip. 4.* conſequens eſt, vt non poſſint valere nuptiæ, quas filia ſine patte contraxetit, quamuis generale ptæceſſerit mandatum quætendi mariti, quaſi non interuenetit conſenſus ille, qui in contrahendis nuptiis neceſſatius fuit, cùm ad hanc rem non minùs neceſſe ſit pattis, quàm ipſius filiæ nubentis conſenſum interuenire. Quod enim dicimus nuptias fieri ex ſolo conſenſu, non de illorum duntaxat, qui coëunt, conſenſu accipiendum eſt, ſed ad eos quoque teferendum, in quotum poteſtate ſunt illi qui coëunt: *l. 2. eod. tit. De rit. nupt.*

ILLATIO XXVI.

De liberta patrono nupta, quæ inuito eo, alij nubere velit.

Vicesimoſextò ex eodem Principio fit, vt liberta patrono napta, inuito eo alij nubere non poſſit: *l. in eo iure 45. in princip. eod. tit. De rit. nup.* quia cum ſemel nupriis pattoni conſenſerit, nec ei liberum ſit ab eo conſenſu reſilire, niſi patronus prior diſſentiat, aut vt meliùs dicam volenti diſſentire libertæ conſentiat; in reuerentiam ſcilicet iutis pattonatus, tantique accepti beneficij; neceſſe eſt, manente priore conſenſu, manere quoque nuptias ex eo conſenſu contractas, atque ita prohiberi libertam alij nubere: cùm eodem tempore duobus nupta eſſe non poſſit, vt diximus ad *Princip. 3. illat. 20. ſup. eo.* Inuitum autem patronum hic eum intelligimus, non ſolùm qui diſſentit, ſed & qui non conſentit ad diuortium, vt interpretatur Vlp. in *d. l. in eo. §. deinde*, vbi ex hoc infert, libertam nec ſi à furioſo diuertat, ſoluere tamen ſe poſſe legis neceſſitate, id eſt aſſequi vt cum alio connubium habere poſſit. Nec ſi ab ignorante inquit, ſupple *furioſo*, diuerterit. Rectiùs enim hic inuitus dicitur, quàm qui diſſentit. Hic ſcilicet, non qui ignorat, vt vulgò interpretantur; ſed qui eſt furioſus, quantumuis præterea ignorans. De illo enim ſolo Vlp. loquitur, non de alio patrono minimè furioſo, quo ignorante liberta diuerterit. Falſum ſiquidem eſt, inuito me fieri, quod

> *Aliud eſt inuitum quem eſſe. Aliud eſſe ignorantem: Aliud nolle. Aliud non velle. Aliud velle, aliud non nolle.*

fiat me ignorante; cùm penitus iſta differant, *eſſe inuitum*, & *eſſe ignorantem*: *l. 4. §. 3. ff. de fideic. libert. l. qui poteſt 26. De regul. iur.* ſicut & aliud eſt, *nolle*, aliud *non velle*: *l. 3. eod.* itémque aliud *velle*, aliud *non nolle*: *l. 1. §. ſed etiam, ff. de tribut. act.* Cui verò dicitur rectius inuitus furioſus, qui diſſentire non poteſt, quàm qui expreſſim diſſentit? Hoc enim ſanè mirum videtur. Sed ratio eſt, quia qui diſſentit, licèt non conſentiat, (nam & plus eſt *diſſentire*, quàm *non conſentire*) tamen conſentire poſſet, ſi vellet; At furioſus nec conſentit, nec conſentire poteſt etiam ſi vellet, quia neque velle poteſt. Quare nec eo minùs pro inuito habendus eſt, quod ignorauerit; cùm nihil planè referat, an ſciat ille, an ignoret, vt diximus *illat 14.* Obſeruandum tamen eſt aliam hac parte rationem eſſe ſponſæ, aliam nuptæ: vt Vlp. monet in *d. l. 45. §. hoc caput*, quia lex odioſa, & iuri communi contraria, non fuit adiuuanda interpretatione: *arg. l. hoc modo 64. De cond. & demonſtr.*

ILLATIO XXVII.

De liberta quæ patroni ſui filio nupſit, & poſtea vult alij nubere.

Vicesimoſeptimò ex eodem Principio fit, vt non aliud iutis ſit in ea liberta, quæ patroni ſui filio nupſerit, id eſt vt perinde inuito eo, nubere alij prohibeatur; quia lex Iulia quæ prohibet ne inuito pattono poſſit diuertere, licèt non niſi de pattono locuta ſit, ſic tamen accepta eſt vt quod iutis daretur patrono, idem pattoni filio ex ſententia legis accommodetur: *l. filio patroni 48. in princ. ff. de rit. nup.* ac proinde cùm per legem cogatur liberta in eo conſenſu perſtare, quem tunc præſtitit cùm nupſit filio pattoni: relinquitur, vt alij nubere non poſſit. E contrario autem ſi ignominioſam libertam ſuam vxorem pattonus duxerit, placet non habere illum hoc legis beneficium, quia contra legem ſit maritus, vt *in ead. lege* ſubiicit Iuriſconſultus. Ceſſante namque beneficio legis, liberum eſt mulieri huic, ſicut & cæteris omnibus, diuortium facere? atque ita conſequi vt matrimonium diſſoluatur, deficiente conſenſu, quo primùm fuerat conſtitutum.

> *l. filius patroni 48. in princip. ff. hoc tit.*

Cauendum tamen eſt, ne nos decipiant verba illa Iureconſulti, *quia contra legem maritus ſit.* Videntur enim contradictionem implicare; cùm fieri nequeat, vt matrimonium, quod nihil aliud quàm legitima coniunctio eſt, contra legem ineatur, nec proinde vt ſit maritus quiſquam contra legem, & ipſis legibus inuitis. Et ſanè fatendum eſt, maritum hunc non eſſe, qui talem vxorem duxerit, quamuis libertam ſuam, qualem ducere per legem prohibebatur, *§. ſi aduerſus ea, infr. hoc tit.* ac proinde minùs propriè locutum Iureconſultum, cùm ita dixit, *maritus ſit*; pro eo quod voluit ſignificare matrimonium de facto magis, quàm de iure contractum fuiſſe.

> *Maritus contra leges nemo eſſe poteſt.*

Dices fortaſſe beneficium legis in eo elucere, vt non poſſit liberta diuertere ab inuito patrono, filióve patroni, vt *proxima illatione* diximus, ex *l. in eo iure 45. §. deinde, eo. tit.* nihil autem eſſe quod de diuortio & repudio poſſit tractari, niſi ſubſit matrimonium, adeoque quod non facti tantùm ſit, ſed etiam iuris: *l. 4. in fi. ff.*

de

Digitized by Google

de diuor. Reſp. legis verba non ea fuiſſe, vt liberta diuertere prohiberetur, ſed vt inuito patrono cui nupſiſſet, alij nubere non poſſet; vt refert Vlp. in *d. l. in eo iure.* Igitur cùm dicimus, patronum, qui contra legem Iuliam ignominioſæ libertæ ſe coniunxerit, ad hoc legis beneficium admitti non debere, non illud volumus poſſe illam diuertere (cur enim diuortio egeat diſſoluendi matrimonij gratia quod numquam conſtiterit?) ſed hoc ſignificamus poſſe hanc inuito quoque patrono alij nubere, quia cùm nec ipſi patrono nupta ſit, nec nupta eſſe contra leges poſſit; verendum non eſt, quod alioqui fuiſſe euenturum ſuprà diximus, ne duobus nupta eſſe videatur, nec quicquam cauſæ eſt, cur cogi debeat in eo perſtare conſenſu, qui nuptias facere & conſtituere numquam potuerit, propter legis prohibitionem.

ILLATIO XXVIII.

De nuptiis ancillæ, quæ matrimonij cauſa fuerit manumiſſa.

Viceſimooctauò ex hoc eodem Principio fit, vt ancilla matrimonij cauſa manumiſſa à nullo alio vxor duci poſſit, quàm à quo manumiſſa eſt, niſi patronus matrimonio eius renunciauerit: *l matrimonij 51. eod. tit. De rit. nup.* Nempe quia cùm niſi conſenſu interueniente nuptias contrahere non poſſit, nec rurſus conſentire niſi beneficio acceptæ libertatis, quam tamen patronus ei daturus non fuerat, ſi non de illa ſibi ipſi per matrimonium coniungenda cogitaſſet; æquum ſanè eſt, iuríque conſentaneum, vt ipſius patroni voluntas ante omnia exquiratur: id eſt priuſquàm de illo quæri oporteat, an alterius nuptiis conſentire liberta, non dicam velit, ſed poſſit; ne alioqui fraudetur patronus eo fine, ſine quo non fuit ancillam manumiſſurus: *arg. l. vltim. §. vltim. ff. quar. rer. act. non dat. l. vltim. Cod. de pact. int. empt. & vendit. l. 5. §. penult. ff. de doli except.* Nec de eo conqueri poteſt, liberta, quæ ſcilicet libertatem hac lege acceperit, ſine qua nec alterius nuptiis conſentiendi, nec à patrono diſſentiendi, aut de ipſo conquerendi facultatem nunc haberet, quippe ſerua manſiſſet, atque ita de nuptiis tractandum nihil habuiſſet: *ar. d. l. 4. Cod. de obſeq. patron. præſt.* in illis verbis, *ei qui te beneficio ſuo ex ſeruitute liberando, vt aduerſarium tune haberet, fecit: l filio*. ibi, *an imputare ſibi debeant qui dederunt ei poſtulandi aduerſum ſe facultatem: ff. vt legat. ſeu fideicommiſſ. nomin. caueatur.* Indéque eſt vt ſi ea liberta proponatur, quæ ex cauſa fideicommiſſi manumiſſa ſit, quamuis eidem patrono nupta, non eo minùs ab eo diuertere poſſit, aliique nubere, inuito etiam patrono; quia nimirum ferendus non ſit is, qui ex neceſſitate manumiſit, non ſuo arbitrio, ſi tantundem iuris hac parte in libertam habere velit, quantum haberet ſi eam vltrò manumiſiſſet, cùm libertatem debitam ei præſtitiſſe magis, quàm beneficium vllum in eam contuliſſe videatur: *l. proximè 50. de rit. nuptiar.*

l. matrimonij 51. eod. ti.

l. 4. C. de obſeq. patron.

***

PRINCIPIVM VI.

De naturali iure, ac pudore in matrimoniis inſpiciendo.

IN *contrahendis matrimoniis naturale ius & pudor inſpici debet: l. adoptiuus 14. §. ſeruiles, in fin. ff. de rit. nupt.* Nam cùm matrimonium ſit iuris naturalis, *l. 1. §. ius naturale, de iuſtit. & iur.* nec niſi iure, ratione, & pudore, differat ab ea coniunctione quæ inter belluas eſt maris & fœminæ; omnino conſequens eſt, vt naturalem pudorem per matrimonium violari nunquam oporteat, nec publicam honeſtatem.

l. adoptiuus 14. §. ſeruiles, in fi. ff. h. tit. De ritu nup.

ILLATIO I.

De ſeruilibus cognationibus matrimonium impedientibus.

EX hoc Principio illud primum fit, quod Paulus ſcribit in *d. l. ſeruiles*, ſeruiles quoque cognationes in matrimonio inſpici, vt perinde ac ſi inter perſonas liberas contractæ eſſent, impediant ne matrimonium contrahatur: quod & ſcriptum eſt in *§. illud certum eſt, Inſtit. hoc tit.* Igitur ſeruus manumiſſus matrem ſuam etiam manumiſſam vxorem ducere non poterit, nec proinde ſororem, nec ſororis filiam, quia & inter liberas perſonas huiuſmodi nuptiæ impediuntur. Idem è contrario dicendum eſt, vt pater filiam non poſſit ducere, ſi ex ſeruitute manumiſſi ſint, etſi dubitetur patrem eſſe, inquit Paulus *ibidem*; id eſt quamuis non poſſit certò ſciri an hic ſit pater, cùm certus pater nullus ſit, niſi quem nuptiæ demonſtrant, *l. quia ſemper 5. ff. de in ius vocand.* nuptiæ autem inter ſeruos eſſe non poſſint. In quo ſuprà monuimus aliam eſſe rationem patris, aliam verò matris, quæ ſemper certa eſt. Nam & inde eſt quod qui in ſeruitute ſuſcepti ſunt, licèt in figura matrimonij, putà ex iis qui vulgò falſoquè liberi putabantur, *ἀπάτορες* appellantur, id eſt ſine patre, *l. 3. C. ſolut. matr.* Sane quod ſequitur apud Paulum, *Vnde nec vulgo quæſitam filiam pater naturalis vxorem ducere poteſt*; quàm malè & ineptè dictum ſit, oſtendimus apertiſſimè ad *Princip. 1. huius tituli*, & monuimus ob eam cauſam imperito alicui interpreti, potiùs quàm Paulo tribui oportere. Niſi fortè malumus adſcribere Triboniano, quẽ video de ſuo adiecisse quod ſequitur in *§. idem tamen*, Scilicet in ſeruilibus quoque adfinitatibus, idem ſeruandum eſſe quod in ſeruilibus cognationibus conſtitutum eſt: Veluti, inquit, vt eam quæ in contubernio patris fuerit, quaſi nouercam non poſſim ducere. Et contra, eam quæ in contubernio filij fuit; patrem quaſi nurum non ducere. Aequè nec matrem eius, quàm quis in ſeruitute habuit, quaſi ſocrum: *Cùm enim ſeruilis*, inquit, *cognatio intelligitur, quare non & adfinitas intelligatur? Sed in re dubia certius & modeſtius eſt, huiuſmodi nuptiis abſtinere.* Hæc verò verba ſunt, quæ Tribonianum prodere mihi videntur. Non enim bona ratiocinatio eſt à cognatione ad affinitatem. Cognatio etiam inter ſeruos aliqua eſt, quia cognationis nomen naturale eſt: *l. 4. §. cognationis, l. iuriſconſultus 10. §. inter*

d. §. ſeruiles, in princ.

Triboniani manus.

Digitized by Google

§. *inter agnatos ff. de gradib. & adfinib.* Adfinitatis verò nomen eſt ciuile, cùm adfines non alij ſint, quàm viri & vxoris cognati, dicti ab eo quod duæ cognationes, quæ diuerſæ inter ſe ſunt, per nuptias copulantur, & altera ad alterius cognationis finem accedit: namque coniungendæ adfinitatis cauſa fit ex nuptiis, inquit Modeſtinus in *d. l. 4. § ſed quoniam, eo tit.* Atqui nuptiarum nomen eſt ciuile, vt nemo neſcit; Ergo & adfinitatis. Cui conuenit quod idem Modeſt. addit in *d. l. 4 §. ſciendum*, adfinitatem eſſe non poſſe, niſi nuptiæ interdictæ non ſint, ex quibus ſcilicet ſolis adfinitas coniungitur. Atqui inter ſeruos nuptiæ eſſe nullo modo poſſũt: Ergo nec adfinitas. At quia cognationis nomen naturale eſt, non parcimus his nominibus, id eſt *cognatorum*, etiam in ſeruis. Itaque parentes, filios, fratreſque, & denique cognatos ſeruorum dicimus vt ait Paulus in *d. l. 10. §. non parcimus, eod. tit.* Nec eſt contrarium, quod adfinitatis & cognationis ratio eadem conſtitui videtur in *d. §. ſciendum*, vt ſcilicet neque hæc, neque illa eſſe poſſit, niſi nuptiæ non ſint interdictæ. Id enim ad cognationem paternam duntaxat pertinet, quæ magis ſpeciali nomine *agnatio* appellatur, non ad maternam, vt conſtat ex *d. §. cognationis*; id eſt ad ciuilem cognationem, non ad naturalem, vt eiuſdem Modeſtini verbis vtar. Quod & probatur apertiſſimè ex *l. 2. & l. 4. ff. vnd. cogn.* Et hoc eſt quod Tribonianum coëgit, vt poſt malam ratiocinationem illam à ſe factam à cognatione ad affinitatem, ſubiecerit verba illa, *Sed in re dubia certius & modeſtius eſt.* Quid enim hic erat dubij? Niſi quod contra veterem omnem Iuriſprudentiam Tribonianus ex ſuo ingenio inducebat, vt inter ſeruos cognationis exemplo adfinitas quoque aliqua eſſe intelligeretur, quod tamen videbat ille tam nouum & alienum eſſe à iuris ratione, vt non facilè ſperare poſſet futurum, vt ea ſententia vnquam reciperetur: cùm nec facilè à Prudentibus illud recipi potuerit, vt ſeruilis cognatio aliqua eſſe videatur: *l. 1. §. pertinet, ff. vnd. cogn.* quamuis ipſum cognationis nomen naturale ſit, vt diximus, non ciuile. Adeò ſerui pro nullis habentur, non tantùm iure ciuili, *l. quod attinet 32. De regul. iur.* ſed etiam prætorio, *l. qui teſtamento 20. §. ſeruus quoque, ff. qui teſta. fac. poſſ. l. nullo modo 7. ff. ad leg. Corn. de falſ.* Ex quo illud etiam eſt, quod Paulus ait in *d. §. non parcimus*, ſeruiles cognationes ad leges non pertinere, id eſt, neque ad ius ciuile, ad quod pertinent cognationes per maſculos conſtitutæ, quas diximus vocari agnationes; neque ad ius prætorium, cuius ſolius indulgentia cognationes mere naturales cœperunt habere ius ſuccedendi ex nouo edicti capite, Vnde cognati: *d. l. 1. in prin. ff. vnd. cogn.* Quod apertiùs expreſſit Iuſtin. in *tit. De ſeruil. cognat. in princip. & in l. 3. C. de bon. libert. §. illud. 10.* vbi non illud ſolum ſcribit, quod modò diximus, ad ſeruiles cognationes non pertinere illam partem edicti, qua proximitatis, id eſt cognationis nomine bonorum poſſeſſio promittitur, ſed addit etiam rationem, *nam nec vlla antiqua lege talis cognatio computabatur.* Quibus verbis vtrumque oſtendit, & cognationem aliquam inter ſeruos quoque fuiſſe, & tamen nullam ipſius, non magis quàm ſeruorum rationem haberi potuiſſe. An ergo volumus licuiſſe vnquam patri vxorem eam ducere, quæ in filij contubernio fuiſſet; aut matrem eius quam in contubernio habuiſſet? Minimè verò; non magis quàm vt ſeruus manumiſſus matrem ſuam, aut ſororem, ſororiſve filiam ducere poſſet. At non ratione illa, quòd ſeruilis aliqua cognatio, aut adfinitas eſſet, quæ huiuſmodi nuptias iure impediret: ſi quis enim ita diceret, fateretur ſeruiles cognationes aliquo caſu ad leges etiam ciuiles pertinuiſſe; quod falſum eſt:) ſed quia non omne quod licet, honeſtum eſt: *l. non omne 144. De reg. iur.* ſemper autem in coniunctionibus non tam quid liceat, quam quid honeſtum ſit, inſpiciendum eſt, vt *ſequenti illatione* dicemus ex *l. ſemper 197. eod. l. ſemper 41. De rit. nup.* Nemo autem dixerit honeſtum eſſe, vt poſſit quis matrem ſuam vxorem ducere, ob id ſolum quod in ſeruitute ſuſceptus ſit; aut eam, quæ in filij ſui contubernio fuerit, aut cuius matrem in contubernio ipſe habuerit. Neque putò id vnquam apud Prudentes dubium fuiſſe: ſicut nec illud quod dicimus, inter ſeruos adfinitatem nullam eſſe potuiſſe. In eóque apertè ac dupliciter errauit Tribonianus, cùm ſcripſit, *in re dubia certius & modeſtius eſſe, ab eiuſmodi nuptiis abſtinere.* Rem enim dubiam intellexit, non an ab huiuſmodi nuptiis abſtinendum eſſet, de quo nunquam apud Prudentes dubitatum fuiſſe legimus; ſed an ſicut cognatio naturalis, ita & adfinitas aliqua etiam inter ſeruos eſſe intelligeretur: de quo tamen nec vllus vnquam dubitauit. Incongruè igitur & ineptè ſubiicit, *certius eſſe & modeſtius ab huiuſmodi nuptiis abſtinere.* Debuit enim dictionem illam *certius*, referre ad id quod antè dixerat eſſe dubium, non ad id quod ſemper fuit certiſſimum: Nec erat neceſſe, ad huiuſmodi nuptias prohibendas, inducere adfinitatem inter ſeruos inuita Iuriſprudentia, cùm nulla quoque adfinitate interueniente, non eo minus naturalis pudor ſufficere potuiſſet, & debuiſſet, vti ne tales nuptiæ permitterentur, quas pudoris ac modeſtiæ ratio ſola prohiberet. Eandem Triboniani manum etiam iudicio meo detegit coniunctio huius §. cum præcedente; facta ſcilicet per aduerſatiuam, *tamen*; quaſi ſubiiceretur aliquid, quod iuris rationem diuerſam haberet à ſuperioribus; cùm è contrario, idipſum quod in ſeruilibus cognationibus conſtitutum erat, protrahatur ad ſeruiles adfinitates, inducto nouo nomine quod Prudentibus certè cognitum nunquam fuit, adfinitatis ſeruilis.

i. Iuriſconſultus 10. §. non parcimus eod. tit.

Tit. De ſeruil. cognat. leg. 3. §. illud 10. C. de bon. libert.

l. non omne 144. De reg. iur.

ILLATIO II.

De publica honeſtate in nuptiis præcipuè conſideranda.

SEcundò ex eodem Principio fit quod iam attigimus, vt in contrahendis matrimoniis ſemper conſiderãdum ſit non ſolùm quid liceat, ſed etiam quid honeſtum ſit: *l. ſemper in coniunctionibus 41. ff. de rit. nupt.* repetita in *l. ſemper 197. De reg. iur.* Eſt enim vtraque lex iiſdem verbis expreſſa, & ex eodem Modeſtini libro ſumpta. Ratio autem huius illationis eſt, quia non omne quod licet, honeſtum eſt: *l. non omne 144. De reg. iur.* Licent omnia quæ nec legibus prohibita ſunt, nec legibus vindicantur. Honeſta verò ſunt ea duntaxat, quorum contraria licet non puniantur legibus, tamen onerant pudorem naturalem; id eſt qui omnibus à natura inſitus eſt, vt ſecretò quoque pudeat,

l. non omnia 114 eod.

Digitized by Google

ea facere, quæ conſcientia cuiuſque ſolo naturali lumine illuſtrata videat cauenda eſſe, & fugienda. Tantum abeſt, vt vnquam admittenda ſit, præſertim verò in coniunctionibus impia, & perdita vox illa Iuliæ nouercæ Baſſiani, *ſi libet, licet.* Ac ſanè cùm inter tria illa iuris noſtri præcepta, circa quæ verſatur tota non ſolùm Iuriſprudentia noſtra, ſed etiam Philoſophia moralis, primùm illud ſit, vt honeſtè viuamus; nihilque ſit quod ciuilis Legiſlator magis curet, curareque debeat, quàm vt publicæ honeſtatis ratio per omnia, & in omnibus habeatur, vt ſcripſimus ad *tit. De iuſt. & iur.* mirum non eſt in ea potiſſimum re, quæ tanti momenti ſit, quantæ ſunt legitimæ coniunctiones, quarum duntaxat beneficio Reſpublica & conſeruari, & perpetuari queat, ius naturale inſpici, & naturalem pudorem potiùs, quàm ius ciuile: tametſi nuptiæ ipſæ nomen habeant ciuile, vt diximus, non naturale. Non quaſi hac in re ius ciuile pugnet cum naturali, ex quo è contrario ſumit, æſtimátque præcepta honeſtatis; ſed quia euenit aliquando, vt ius ciuile mancum ſit, putà cùm de ſeruili cognatione agitur, quamuis ius ciuile nullam agnoſcit; ſicut nec ſeruos ipſos: neque tamen mancum ſit ius naturale ad prohibendas nuptias, quæ alioqui iure ciuili non impedirentur. Latiùs ſiquidem patet ius naturale, quàm ciuile, cùm ſit omnibus commune, inter quos nulla diſtinctio eſt, cùm liberi omnes ſint à natura, non etiam ſerui vlli.

ILLATIO III.

De nuptiis prohibitis inter perſonas, quæ in parentum & liberorum numero ſunt.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt nuptiæ conſiſtere non poſſint inter eas perſonas, quæ in numero parentum, liberorúmve ſunt, ſiue proximi, ſiue vlterioris gradus ſint vſque ad infinitum: *l. nuptiæ 53. ff. de rit. nupt.* Nam vt apertiùs Paulus exprimit in *l. vlt. eod. tit.* iure gentium inceſtum committunt, quoties quis vxorem ducit ex gradu aſcendentium, vel deſcendentium; quia ſcilicet eam coniunctionem abhorret ratio naturalis, ex qua tam naturale, quàm gentium ius æſtimatur; & quæ facit vt quantum ad homines attinet, ius naturale non differat à iure gentium quod ad formam, ſed quod ad materiam duntaxat, vt explicauimus ad *tit. De iur. nat. gen. & ciuil.* Naturalis autem ratio coniunctiones iſtas nefandas ideo abhorret, quia in omni maris & fœminæ coniunctione turpitudo ineſt. quæ vt à lege tam naturali, quàm ciuili non tantùm tolerari, ſed etiam laudari poſſit, illud ſolum facit, quod alia ratio nulla ſit Reipublicæ, humanæque ſpeciei perpetuandæ. Neceſſitas porrò nulla eſt eius turpitudinis exercendæ cum iis ipſis perſonis, quibus naturalis honor pudórque debeatur; cùm aliæ perſonæ non deſint, cum quibus ſine culpa & reprehenſione liceat coire. Pudorem ergo illum violare nefas, nefandumque eſt. Cùm & à publica quoque honeſtate alienum eſſet, palam & publicè rem veneream exercere, quamuis cum ea, quæ iuſta & legitima vxor proponeretur, vnde Diogeni olim exprobratū, Cinicique nomen datum, quod eum non puderet in publico, canum more, hominem, vt dicebat ille, plantare. Inde etiam eſt, quod eam corporis partem, quæ tam

l. nuptiæ 53. hoc tit. l. vlt. eod.

neceſſaria eſt, vt Paulus loquitur in *l. ſin autem 7. ff. de ædil. edict.* ſcilicet ad rempub. humanámque ſpeciem propagandam, *pudenda* appellamus; vt ſignificemus coitum venereum fieri non poſſe, quin pudor oneretur; niſi quatenus matrimonij ſanctitas, honeſtum ſanctúmque facit quicquid neceſſarium eſt, & propter neceſſitatem à Deo Opt. Max. inſtitutum. Quò etiam pertinet quod à Thalete Mileſio, ni fallor, ſapienter dici ſolitum fuiſſe Plutarchus refert, honeſtam matronam, cum in lectum torúmque nuptialem decumbit, tunc pudorem induere magis debere, cùm ſe marito nudat; vt quæ reuera in actu ipſo venereo ineſt turpitudo, perſonarum pudore ac honeſtate corrigatur. Quod & D. Paulus ſenſiſſe videtur, cùm præcepit vt vas ſuum vnuſquiſque poſſideat in ſanctificatione.

l. ſin autem. 7. De ædilit. edict.

ILLATIO IV.

De nuptiis prohibitis inter perſonas, quæ parentum & liberorum locum obtinent.

QVartò ex eodem Principio fit, vt non ſolùm eas perſonas ſibi per matrimonium coniungere non liceat, quæ ſunt ex gradu aſcendentium, vel deſcendentium, id eſt parentum aut liberorum: ſed nec eas quæ parentum, vel liberorum locum obtinent. Nam & hæ licèt non in gradu, tamen in numero ſunt & aſcendentium & deſcendentium, vt nouerca priuigno, nurus ſoccro; & contrà, priuignus nouercæ, ſocer nurui: *l. vlt. §. 1. ff. de cond. ſin. cauſ.* iunct. *l. quia parentis 16 ff. ſolu. matr. l. 5 ff. de vſu. & habit. l. vlt. ff. de his quæ vt indign.* Quod ita accipiendum eſt, etiamſi vel morte, vel diuortio, vel qua alia ratione ſolutum matrimonium proponatur. Alioqui matrimonium non ex hac tantùm ratione impedietur; ſed ex illa etiam quod eodem tempore, neque duas vxores vir habere, neque duobus viris eadem mulier nupta eſſe poteſt. vt Iuſt. ſcribit in *§. adfinitatis, Inſtit. hoc tit. de nupt.* Eadem ratio facit, vt nec cum patruo, nec cum auunculo, nec cum amita, vel matertera, ſiue prima ſiue ſecunda, quam *magnam* vocant, nuptiæ contrahi poſſint: quoniam & hæ perſonæ omnes parentum loco habentur: *§. item amitam 5. eo. tit. l. per adoptionem 17. §. amitam, De ri. nupt. d. l. vlt. in princip. ff. de cond. ſin. cauſ.*

ILLATIO V.

De non ducenda vxore ea, quæ per adoptionem filia, neptiſve eſſe cœperit, licèt deſierit.

QVintò ex eodem Principio fit, vt nefas etiam exiſtimetur, eam quoque vxorem ducere, quæ per adoptionem filia, neptiſve, aut parentis loco eſſe cœperit, in tantum vt etiamſi per emancipationem adoptio diſſoluta ſit, idem iuris maneat: *l. quinetiam 55. De ri. nup. §. 1. verſ. & hac adeò, Inſt. hoc tit.* Etſi enim cum filium adoptaui, vxor mea illi loco matris non eſt, cùm adoptio non ius ſanguinis adferat, ſed ius agnationis, ob idque non aliis cognatus fit is, qui adoptatur, quàm quibus agnaſcitur, id eſt qui ſūt in familia patris adoptiui, vt elegāter Paulus ratiocinatur in *l. qui in adoptionem 23 ff. de adopt.* ſufficit tamē ad impediēdas nuptias quod ſit ei loco

l. quinetiam 55. ff hoc tit. §. 1. verſ. & hac adeò Inſt. eod.

nouercæ,

nouercæ, vt idem Paulus ait in *l. adoptiuus 14. in pri. & §. 1. De rit. nup.* cùm à nouercæ quoque nuptiis abſtinendum ſit, vt ſuprà diximus, ſicut & à nuptiis eius, quæ aliquando nurus fuit: *d.* §. 1. non cognationis & ſanguinis, ſed adfinitatis & honeſtatis veneratione; quoniam & adfinitas perinde ac cognatio facit, vt hæ perſonæ parentum liberorúmque loco habeantur: *l. 4. §. hos itaque* iunct. *§. praced. ff. de gradib. & adfin. §. ſocrum quoque 7. Inſt. hoc titu.* Itaque in propoſito caſu, vxor mea, quæ filio meo adoptiuo loco matris non eſt ratione ſanguinis & cognationis, eſt tamen ratione adfinitatis; atque ita loci illi, qui alioquin pugnare videntur, conciliandi ſunt. Cùm in eo omnes conueniant, quod à nuptiis eius quoque, quæ per adoptionem nouercæ locum habere cœpit, etiam poſt ſublatam adoptionem abſtinendum eſt. Adeo parentis & filij nomen religioſum eſt, religioſéque venerandum. Non idem eſt in patris adoptiui mei matre, aut matertera, aut nepte ex filio. Etſi enim nullam ex iſtis vxorem ducere poſſum, quandiu ſum in familia propter adfinitatis venerationem, tamen ſi à patre illo adoptiuo emancipatus fuero, ſinedubio nihil impediet nuptias, ſcilicet quia poſt emancipationem omnino extraneus intelligor, inquit Caius in *dicta leg. quinetiam §. 1. ff. de rit. nupt.* In quo tamen illud non paruam faciat dubitationem, quod diximus, eum, qui adoptatur, non aliis cognatum fieri, quam quibus agnaſcitur: nec rurſum aliis agnaſci, quàm qui ſunt in familia: *dicta lege 23. De adoption.* in quorum numero conſtat neque amitam eſſe, neque materteram: ſicut & ſolemus dicere neminem auunculum fieri per adoptionem: *l. ſi qua mihi 12. §. vlt. De rit. nupt.* vbi ex hac ratione infert Vlp. poſſe me adoptiuæ ſororis meæ filiam vxorem ducere: quod vtique ſic accipiendum eſt, etiam conſtante adoptione. Cognata enim mea, non eſt filia ſororis meæ adoptiuæ. Cur ergo patris mei adoptiui amitam, vel materteram, ſiue primam, ſiue magnam, vxorem ducere prohibebor? Aliud ſanè nihil eſt quod reſpondere poſſimus, niſi quia huiuſmodi perſonæ parentum locum obtinent, vt iam diximus ex *d. §. item amitam*, iunct. *d. l. per adoptionem 17. §. vltim. l. ſororis 39. De ri. nupt.* Nefas autem creditur eam quoque vxorem ducere, quæ, licèt non niſi per adoptionem, parentis loco eſſe cœperit, *dicta leg. quinetiam.* Atqui ſi ita eſt, parum referre videtur an adoptio per emancipationem diſſoluta ſit, nécne; cùm in iis perſonis, quæ parentum, aut liberorum loco etiam per adoptionem ſemel eſſe cœperunt, idem iuris maneat poſt diſſolutam quoque adoptionem, vt perinde nuptiæ impediantur: *d. l. quinetiam, in prin. d. l. 14. in prin.* Et ideo nimirum cogor dicere falſam eſſe adiectionem illam

Emendatio d. l. quinetiam §. 1. ff. de rit. nupt.

poſitam in d. §. 1. ab illis verbis, *ſcilicet ſi in familia eius ſim*, ad finem vſque legis; ineptóque interpreti adſcribendam, quem illud fefellerit, quod filius etiam naturalis & legitimus, nedum adoptiuus tantùm, per emancipationem fit extraneus, ſublatáque per emancipationé adoptione, nullum ex priſtino iure veſtigium retinetur: vt Papin. loquitur in *l. omni 13. ff. de adop.* Cùm obſeruare debuerat id locum non habere in iis perſonis, quæ parentum, aut liberorum loco eſſe cœperunt. In eo autem numero amitam quoque, & materteram, tam primam quàm ſecundam computari. Quam ob cauſam fortaſſe Papi. in *dicta leg. in omni.* ad-

Anton. Fabr. Iuriſc. Papin. Scient.

didit dictionem *ferè*, vt intelligeremus, regulam illam perpetuam non eſſe. Quòd ſi patris mei adoptiui matrem, aut amitam, aut materteram vxorem ducere non poſſum, vt fateri omnes neceſſe eſt, ex §. 1. *d. l. quinetiam*, adeóque nec diſſoluta adoptione, vt nos putamus; quanto minùs licebit filio adoptiuo vxorem ducere ſororem patris ſui adoptiui, id eſt amitam propriam, conſtante ſaltem adoptione, *d. l. 17. §. vlt. De ri. nup.* Et tamen contra ſcriptum legimus apud Vlpianum in *d. l. ſi qua mihi 12. eod. titul.* in poſtremis illis verbis, *pari ratione & ſororem patris mei adoptiui poſſum ducere, ſi non fuit eodem patre nata.* Quanam verò ratione? Illa ipſa nimirum, propter quam priùs dixerat, poſſe me vxorem ducere filiam ſororis adoptiuæ. Nempe quia cognata mea non eſt, cùm nec ſit agnata. Sed hæc ratio, vt nemo non videt, in cognatis duntaxat locum habet, id eſt in iis perſonis, quarum cognatio per adoptionem acquireretur ſi eſſet legitima, id eſt ſi agnatio quoque eſſet. An non etiam in iis perſonis quæ pluſquam cognatæ ſunt, hoc eſt quæ parentum loco habentur, quales illæ ſunt de quibus tractamus. Nec rurſum verum eſt quemadmodum auunculus nemo fit per adoptionem, ita nec amitam, aut materteram vllam per adoptionem acquiri poſſe. vt conſtat ex *d. l. 17. §. vlt.* Idcirco enim auunculus nemo fit per adoptionem, quia adoptiuæ ſororis filia, ſiue iam ipſo adoptionis tempore nata fuerit, ſiue poſtea naſcatur, in aliena familia reperitur, cum ſequatur familiam ſui patris: *l. pen. ff. de agnoſc. liber.* At amita, id eſt ſoror patris, in eadem familia reperitur, ſi fuerit eodem patre nata. Sin ex alio patre de qua ſola Vlpian. ſupradictis verbis loquitur, non equidem reperitur in familia, ideóque nec agnata ſit, nec conſequenter cognata, ſed tamen non eo minùs ratio illa ſupereſt quæ impedire nuptias poteſt, quod parentis locum obtineat. Quidni enim? ſi verùm eſt, vt eſt, materteram quoque locum parentis obtinere, nec primam tantùm, ſed etiam magnam materteram, ideóque nec vxorem duci poſſe, quamuis non poſſit ex aliena familia non eſſe. Non eſt igitur bona conſecutio ab auunculo ad amitam, aut ad materteram; id eſt à perſona quæ nec parentis, nec cognati loco eſt, ad perſonam quæ licèt cognata non ſit, parentis tamen locum obtinet. Proinde fatendum eſt, il-

Emendatio d. l. ſi qua mihi, ff. de rit. nupt.

lum quoque verſiculum, qui Vlpiano adſcribitur, delendum eſſe, ac in gloſſam inepti alicuius interpretis ex qua irrepſerit, relegandum, vt & alia pleraque iam à nobis obſeruata in *eo. tit. de rit. nup.* Illa namque diſtinctio, an patris adoptiui ſoror nata ſit ex eodem patre, nécne, eò tantùm pertinet, vt ſciatur an ſit in eadem familia, & conſequenter an is qui adoptatur cognatus ei fiat legitimus, id eſt agnatus, an non. Atqui non ratione cognationis prohibentur huiuſmodi nuptiæ, ſed ideo tantùm quod amita & matertera ſint parentum loco. Vnde illud etiam fit vt quamuis amita magna & matertera magna in quarto gradu ſint, earum tamen nuptiæ periode prohibitæ ſint, quia inter eas perſonas quæ parentum liberorúmque loco ſibi inuicem ſunt, nuptiæ prohibentur vſque ad infinitum: *d. l. nuptiæ 53. eod. tit.* Ex quo apparet tantò magis ineptam eſſe rationem poſitam in *d. l. quinetiam, §. 1. in*

illis verbis , ſcilicet ſi in familia eius ſim , cùm nihil commune habeat ius familiæ cum iure nuptiarum , quoties alia quam agnationis ratione nuptiæ prohibentur. Sed & dictio illa *ſcilicet* , eo loco ſuis repetita , Iureconſulti elegantiam non ſapit. Si quis verò quærat, quod ſanè prima facie mirum videtur, cùm amita , & matertera tam prima quam magna parentum locum obtineant ; Ratio illa meo iudicio reddi poteſt, quod frater ſit quaſi ferè alter , & conſequenter ſoror, quæ & fratris appellatione continetur : *l. tres fratres 35. ff. de pact.* quaſi ferè altera, ac proinde frater patris mei , alter mihi pater, vnde & Patruus appellatur : ſoror patris mei fere altera perſona patris, ſoror matris meæ ferè altera mater, vnde & Materteræ nomen accepit. Mutatis duntaxat nominum deriuationibus in perſonis auunculi & amitæ , propter ſexus impedimentum , quod facit ne auunculus poſſit dici altera mater, aut amita alter pater. Cæterùm ea res nõ facit quin amita perinde ac patruus, & auunculus perinde ac matertera parentum loco habeantur : illi patris , iſti matris perſonam quodammodo repræſentantes. Alia certè ratio eſt fraternitatis per adoptionem quæſitæ. Illa enim euſque duntaxat impedit nuptias quouſque manet adoptio. Ideóque eam quam pater meus adoptauit & emancipauit, poterο vxorem ducere. Æquè etſi me emancipato illam in poteſtate retinuerit, poterimus iungi matrimonio. Itaque volenti generum adoptare ſuadetur vt filiam emancipet : ſimiliter ſuadetur ei, qui nurum vult adoptare, vt emancipet & filium: *d. l. per adoptionẽ 17. in princ. eo.* Nimirum quia fraternitas non alia quàm cognationis ratione impedit nuptias, cùm fratrem parentis loco haberi per rerum naturam impoſſibile ſit. Agnatio autem ſicuti per adoptionem quæſita fuerat , ita per emancipationem vna cum adoptione diſſoluitur : & procedit hoc caſu optimè regula *d. l. in omni 13. De adopt. l. ſi quis tutor 60. §. quid ergo ſi adoptiuus, De rit. nupt.*

l. in omni 13. ff de adopt. l. ſi quis tutor 60. §. quid ergo ſi adoptiuus, ff. hoc tit.

ILLATIO VI.

De non ducenda ſorore, neque ſororis filia.

SExtò ex eodem Principio fit , vt neque ſororem, neque ſororis filiam vxorem ducere quis poſſit, cùm frater, vt diximus, videatur ferè alter idem eſſe. & conſequenter ſoror, quæ & fratris nomine continetur: *d. l. tres fratres 35 ff. de pact.* Nec diſtinguimus an ex eodem patre eadémque matre frater & ſoror nati ſint , an ex altero eorum: omni caſu prohibitæ ſunt nuptiæ , propter tam arctum vinculum coniunctionis naturalis, quæ eſt inter fratrem & ſororem: *§. inter eas, & §. fratris verò, hoc ti.* Idem iuris autem conſtituimus in ſororis filia, quod in ſorore, vt eam vxorẽ ducere patruus non poſſit, quia quoties matris perſona talis eſt , vt naturæ ſuæ conditione prohibeatur tibi nubere, nec eius filia tibi nubere poteſt. Sicuti dicimus. Cuius filiam vxorem ducere non potes, neque neptem ducere te poſſe: *dict. §. fratris verò.* Addidi, *natura ſua conditione* , quoniam alioquin ſæpius accidit, vt poſſim eã vxorẽ ducere, cuius matrem non poſſem, vt putà filiam nouercæ meæ, aut eius mulieris quã pater meus adoptauerit, cùm filia illa neque naturali, neque ciuili ratione mihi coniungatur : *d. §. fratris, verſ. eius verò , §. mariti.* Nempe quia quod nouercam meam, aut filiam adoptiuam patris mei vxorem ducere nequeam, nõ fit ob impedimentũ aliquod quod ſit à natura, ſed per accidens , quia patri meo nupta illa fuit, aut a patre meo adoptata. Vſque adeò autem prohibitæ ſunt nuptiæ inter fratrem & filiam ſororis , vt ſi contractæ fuerint, inceſtæ dicantur: *l. etiamſi 56. De rit. nup.* vbi Vlp. ſcribit quod magis eſt, etiamſi concubinam quis habuerit ſororis filiam, licèt libertinã, inceſtum committi : *l. ſi quis viduã 5. ff. de quæſt.* Nec enim hac in re aut melioris , aut deterioris conditionis debet eſſe concubinatus, quàm matrimonium, ſicut nec miles, quàm paganus: *l. miles 11. §. 1 ff. ad leg. Iul. de adult.* vbi contubernium dixit Papin. pro concubinatu militis , quia ſcilicet in tabernis & tentoriis habitabant milites, vnde contubernales , ſicut & commilitones dicti. De duorum fratrum vel ſororum , aut fratris ſororíſque liberis, an matrimonio coniungi poſſint, nonnulli dubitant , propterea quod Iuſtin. in *§. duorum hoc tit.* ſcribat affirmatiuè coniungi poſſe. Sed tamen verius eſt non poſſe ; & in *d. § duorum*, deeſſe negationem, quam Theophilus in eadem ſententia Græcè exprimenda minimè prætermiſit ; nec Caius *lib. 1. Inſtit. tit. 4. §. 6.* vbi ſcribit in hæc verba : *fratres etiam amitinos vel conſobrinos in matrimonium iungi nulla ratione permittitur.* Idque conſequens eſt ei rationi quam modò attulimus , quod cuius nuptias mater habere non poteſt, nec filia poſſit. Atqui nec fratris aut ſororis filia patruo nubere poteſt , nec fratris filius vxorem ducere amitam, aut ſororis filius materteram. Ergo nec fratrum liberi inter ſe coniungi poſſunt : *l. 2. C. Theo. de inceſt. nup.* Niſi ex reſcripto Principis id permiſſum fuiſſet, *l. 1. C. Theod. ſi nupt ex reſcr. pet.* Paul. Monach. *in Theod.* Ambroſ. 8 *epiſt. ad Paternum* Idque probat etiam ipſa conſtitutio Impp. Arcadij & Honorij, quæ priſcum hoc ius ſuſtulit in *l. celebrandis 19. C. de nupt.* Ad quam conſtitutionem dicendum eſt reſpexiſſe Tribonianum in *d. §. duorum* , ſi legatur ille locus ſine negatione. Quanquam non deſunt alij loci , quibus probetur apertiſſimè huiuſmodi nuptias iam olim fuiſſe permiſſas: vt ex *l. 3. ff. de ri. nup. l. 2 C. de inceſt. & inutil. nupt.* Vt proinde fatendum ſit aliquando prohibitas , aliquando etiam permiſſas fuiſſe, quod & Gothofr. ſentit ad *d. leg. celebrandis* , niſi malimus dicere permiſſas quidem fuiſſe, ſed non iure communi , at ita demum ſi Principalis reſcripti autoritas interueniret: *arg. d. l. 1. C. Theod. ſi nupt. ex reſcr. pet.*

De duorum fratrum liberis copulandis.

ILLATIO VII.

De nuptiis prohibitis inter ſponſam patris, & filium.

SEptimò ex eodem Principio fit , vt inter meæ ſponſam patris mei , nuptiæ contrahi non poſſint : *d. l. ſi qua mihi 12. §. 1. De ri. nup.* quia quamuis nouerca mea propriè non dicatur , vt *ibi* Vlp. ait ; pudor tamen naturalis non patitur, vt filius cum ea coëat, quæ patris nuptiis ſit deſtinata: quia ferè pro nupta habetur, quæ ſponſa eſt , ſi nihil ſit quod impediat ne nuptiæ ſequi poſſint. Et ideò cui matrimonium violare non licet, eidem nec ſpem matrimonij violare permittitur : *l. ſi vxor. 13. §. Diui , ad leg. Iul. de adult.* Eadem igitur ratio facit , vt per

contrarium,

contrarium, ſponſa mea patri meo nubere non poſſit, quamuis nurus propriè dicatur; vt ſubiungit Vlp. in *d. l. 12. §. 2.*

ILLATIO VIII.

De nuptiis prohibitis inter me & filiam vxoris quondam meæ ex alio ſuſceptam.

OCtauò ex eodem Principio fit, vt ſi vxor mea poſt diuortium alij nupſerit, & filiam ſuſceperit, non poſſim eam filiam ducere, quamuis non ſit mihi priuigna quia videtur id alienum à publica honeſtate propter memoriam priſtini matrimonij, quod fuit inter me ac *dict. l. ſi qua mihi 12. §. ſi vxor, eod. tit.* filiæ huius matrem: *d. l. ſi qua mihi 12. §. ſi vxor eod. tit. De rit. nupt.* vbi quod ait Vlp. ex Iuliano *verius huius nuptiis abſtinendum*: oſtendit ſatis non tam iuris naturalis, aut gentium, quàm honeſtatis ratione huiuſmodi nuptias interdictas eſſe: quod & Iuſtin. innuit in *§. ſi vxor. hoc tit.*

ILLATIO IX.

De nuptiis patronæ ignobilis cum liberto.

NOnò ex eodem Principio fit, vt ſi patrona tam ignobilis ſit, vt ne inhoneſtæ ei futuræ ſint vel liberti ſui nuptiæ, officio iudicis ſuper hoc cognoſcentis nuptias permitti oporteat: *l. ſi patrona 13. eo tit. De rit. nup.* Nihil enim prohibet huiuſmodi nuptias præter publicam honeſtatem, quæ non patitur vt qui aliquando ſeruus fuit, fiat per matrimonium dominus, vt ita dicam patronæ, cuius ſeruus fuit, aut vt vxoris obſequia patrona debeat ei, à quo iure patronatus obſequia potiùs exigere ipſa debeat: *tot. tit. De obſequ. parent. & patron. præſt.* Indecorum enim id videtur, induitque ſuſpicionem quandam proſtratæ per patronam huic ſuo liberro ante manumiſſionem pudicitiæ; quod leges ciuiles abhorrent, vt conſtat ex *l. vnic. C. de mulier. quæ ſe propr. ſeru. iunx.*

ILLATIO X.

De nuptiis ab vxore adrogatoris cum eo contractis qui poſtea fuit adrogatus.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt dubitatum ſit an inceſtæ ſint nuptiæ, ſi ea quę mihi vxor fuit, deinde à me repudiata nupſerit Seio, quem poſtea ego adrogauerim, quamuis placeat, neque inceſtas, neque prohibitas eſſe: *d. l. ſi qua mihi 12. in prin. eod. ti.* Videbantur enim *dict. l. ſi qua mihi 12. in prin. ff. hoc tit.* nuptiæ ad eum caſum perueniſſe, à quo incipere non poterant, cùm eam, quæ matris mei adoptiui vxor aliquando fuit, ducere nunquam poſſim: *d. l. adoptiuus 14. eod.* Nam & inde eſt, quod ſolemus dicere, ſi quis generum adoptare velit, debere filiam emancipare; & ſimiliter ſuaderi ei, qui nurum adoptare vult, vt filium emancipet: *d. l. per adoptionem 17. eo.* Nimirum ne inter fratres conſiſtere matrimonium videatur. Cur ergo mihi permittitur eum adrogare, qui vxorem illam duxerit, quæ mea vxor aliquando fuit? Sed ratio diuerſitatis non obſcura eſt, quod in caſibus præcedentibus, in idem tempus concurrunt & fraternitas, & nuptiæ, quod citra inceſtum fieri non poteſt. In hoc verò de quo Vlp. in *d. l. ſi qua mihi, in prin.* etſi concurrit adrogatio cum nuptiis, fauorabiliores tamen ſunt nuptiæ, quæ ab initio ritè contractæ fuerunt: *arg. d. lege Iulia 44. §. ſi poſtea, ff. eod* nec ſuperueniens adrogatio facere poteſt, vt videantur contractæ nuptiæ cum nouerca, aut ea quæ nouercæ loco aliquando fuerit, cùm deſierit illa nouercæ loco eſſe, priuſquàm nuptiæ contraherentur; immo veriùs, nec vnquam fuerit nouercæ loco mihi, qui non fui adoptatus niſi poſtquam illa vxor eſſe iam deſierat. Denique non concurrunt hoc caſu nuptiæ cum cauſa impediendarum nuptiarum, quia quod vxor mea, fuit aliquando vxor eius, qui nunc mihi eſt pater adoptiuus, non facit vt poſſit illa videri fuiſſe vnquam mihi nouercæ loco, aut nunc eſſe, ſiquidem neque tunc fuit, cùm ego nondùm eram adrogatus; neque nunc eſt, cùm patris mei adrogatoris eſſe deſierit. Cauſa namque huiuſmodi nuptiarum impediendarum, vt dicam apertiùs, non pendet ex adrogatione, ſed ex eo quod vxor quam nunc habeo, mihi aliquando fuerit parentis loco; quod tamen adrogatio poſt nuptias bene contractas ſuperueniens, nec facit, nec facere poteſt.

ILLATIO XI.

De non ducenda in vxorem matre illius quæ ſponſa fuit.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt eius matrem, quæ mihi ſponſa fuit, vxorem ducere non poſſim; vt ex Auguſti interpretatione Paulus ſcribit in *d. l. adoptiuus 14. in fin. eod. tit.* vbi addit rationem, quod aliquando fuerit illa mihi ſocrus. Nā vt rectè Seruius dicebat, ſoceri & ſocrus, generi & nurus appellatio etiam ex ſponſalibus adquiritur: *l. Labeo 6. §. 1. leg. Seruius 8. ff. de gradib. & adfi. l. 4. ff. ad leg. Pomp. de parricid.* A publica igitur honeſtate alienum eſt, inceſtúmque committitur, ſi eam vxorem ducam, quæ fuerit mihi aliquando parentis loco.

ILLATIO XII.

De non ducenda in vxorem per vitricum vxore priuigni; Et contrà.

DVodecimò ex eodem Principio fit quod Papin. ſcribit in *l. vxorem 15. eod. tit. De rit.* *leg. vxorem 15. eod. tit.* *nupt.* vxorem quondam priuigni tui coniungi matrimonio tibi quondam vitrico non oportere: nec ſimiliter in matrimonium conuenire nouercam eius, qui priuignæ maritus fuit: quoniam etſi nulla inter huiuſmodi perſonas cognatio eſt; adfinitas tamen tanta eſt, vt parentum liberorúmque loco ſibi inuicem habeantur; ſcilicet priuignus vitrico, & priuigna nouercæ. *l. 4. §. gradus autem, & ſeq. ff. de gradib. & adfin.* Inhoneſtum autem palam eſt, eam, quę aliquando vxor fuerit illius, qui mihi aut filij aut parentis loco fuerit, vxorem à me duci. Siquidē indiuidua illa vitæ ſocietas, quæ per matrimonium contrahitur, efficit vt qui mihi parentis, aut filij loco eſt, eius quoque coniux eodem parentis & filij loco eſſe videatur.

Digitized by Google

ILLATIO XIII.

De nuptiis prohibitis tam ex lege Iulia de maritandis ordinibus, quàm ex oratione D. Marci.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit, vt tam lege Iulia de maritandis ordinibus, quam ex oratione Diui Marci, prohibitæ ſint nuptiæ inter Senatorem filium, nepotemve ex filio Senatoris, & libertinam, & eam quæ ipſa, cuiúſve pater matérve artem facit ludieram, fecerítve. Itemque inter filiam, neptẽ, proneptémve ex filio Senatoris, libertinam, eúmve qui ipſe cuiúſve pater aut mater artem ludieram faciat, feceritve: *l. oratione. 16. l. ſciendum 32. l. generali 34. §. vl. l. ſemper 42. §. 1. l. lege Iulia 44. eod. tit. De rit. nupt. l. filiam Senatoris 9 ff. de Senat.* Nimirum quia inhoneſtum & indecorum viſum eſt, ampliſſimi ordinis honorem ac dignitatem talibus nuptiis inquinari, vt in ferè ſimili, quamuis alio caſu loquitur Caius in *l. 1. ff. de colluſ. deteg.* Nam in libertino, libertináque, quãtumuis liberi ſint, immo etiam ſi voles ingenuorum iura per adrogationẽ ab ingenuo factam conſecuti, tamen ſi nõ etiam natalibus reſtitui proponantur, macula ſupereſt, ac veſtigium priſtinæ ſeruitutis: *d. l. 32. l. vlt. §. 1. ff. de natal. reſtit.* Indéque eſt, quod ſi quis in ordine Senatorio agens, libertinam vxorem duxerit, & poſtea dignitatem amiſerit, incipit libertina ei iuſta vxor eſſe, quæ antea non fuit, quaſi ceſſante iam cauſa prohibitionis: *l. ſi quis in Senatorio 27. De rit. nup.* Itẽ vt Senatoris filia, quæ corpore quæſtum, vel artem ludieram fecerit, aut iudicio publico damnata fuerit, impunè libertino nubat: *l. Senatoris filia 47. eo.* vbi rationem Paul. reddit, quod honos ei ſeruandus non ſit, quæ ipſa ſe in ſtatum fœdum deduxit, Sic n. locum illũ legendum, & emendandum eſſe iam ſuprà docuimus. Inde denique eſt quod ſi Senatori indulgentia Principis fuerit permiſſum, libertinam iuſtam vxorem habere, poteſt illa iuſta vxor eſſe: *l. Senatori 31. eod.* Nẽpe quod Princeps ſit ſupra legẽ, quæ huiuſmodi nuptias prohibuit: licet non ſit ſupra rationem honeſtatis, quæ prohibitionis cauſam dedit. Sed & credendum eſt Principem non facilè, nec niſi magna & honeſta aliqua de cauſa id permiſſurum fuiſſe. Nec enim prohibetur, quin ex cauſa plerumque liceat Principi, etiam iuſtè ac honeſtè contra leges aut nuptias permittere, aut liberorum ex iniuſtis nuptiis ſuſceptorum ſtatum confirmare, vt in eleganti ſpecie *l. qui in prouincia 57. eod. tit.* vbi ob concurrentem cum temporis diuturnitate facti alieni ignorantiam; & numerum liberorum, iuſti fiunt à Principe liberi, qui alioquin eſſent iniuſti.

leg. oratione 16. §. ſecundũ 32. l. 34. § vl. §. 42. § l. 44. eod tit.

ILLATIO XIV.

De permiſſis ingenuo cuilibet nuptiis libertina, præter Senatores, eorúmque liberos.

DEcimoquartò ex eodem Principio fit, vt lege Papia caueri neceſſe fuerit, vt omnibus ingenuis præter Senatores, eorúmque liberos, libertinam vxorẽ habere liceret: *l. lege Papia 23. eo tit. De rit. nup.* propterea quòd nec illud etiam honeſtum videretur coniungi ingenuos cum libertinis, propter maculam illam quam in libertinis remanere diximus priſtinæ ſeruitutis. Sed tamen legis Iuliæ ratio illa fuit, quod cùm libertini ſint liberi, & qui ex libertina vxore naſcuntur non eo minùs ſint ingenui; quia patris, non matris conditionem ſequuntur, nec aliud requiritur vt ingenui naſcantur, quàm vt matrem aliquo tẽpore liberam habuerint, non potuerint eiuſmodi nuptiæ prohiberi, quin matrimoniorum libertas nimis coarctaretur, quam è contrario ampliari potiùs, quantum fieri poterat, Reipublicæ intererat: præſertim cũ tantus eſſet in Republica numerus libertinorũ, quorum in cæteris ferè omnibus ad ius ciuile pertinentibus eadem conditio erat, quæ ingenuorum. Siquidem de iis libertinis loquimur, qui pleniſſimam libertatem acceperant, id eſt cum libertate Romanam quoque ciuitatem, quales tandem fuerunt libertini omnes, ſublata primùm dedititia, deinde Iuniana libertate, vt ſuo loco explicauimus.

l. lege Papia 23. eo. tit.

ILLATIO XV.

De liberta vxore ducta per eum, qui poſtea Senator factus ſit.

DEcimoquintò ex eodem Principio fit, vt ſi libertam quis vxorem habens, deinde inter Senatores ſcriptus eſſet, dubitaretur olim an matrimonium quod ab initio conſtiterat, ex ſuperuenientis dignitatis cauſa ſolueretur; vt Iuſtin. refert in *l. ſi libertatem 28. C. de nup.* vbi nec obſcurè inſinuat lege Papia factum fuiſſe ſiue verbis expreſſis, ſiue per interpretationem Prudentum, ne tales nuptiæ conſiſtere poſſent; ſcilicet propter concurrentem eodem tempore cum nuptiis cauſam prohibendarum nuptiarum, vt dicebamus *illat. 10. ſup. eo.* Quod tamen Iuſt. in *d. l. 28.* ſanctiſſimè correxit, Dei iudicium, vt ille gloriatur, ſecutus. Abſurdum ſcil. exiſtimãs, felicitatem mariti, fieri infortunium vxoris, & diſpergi matrimonia nõ ex vitio mulieris, aut mariti, ſed ex alterutrius partis fortuna. Quibus etiam rationibus conſtituit ibidem, vt ſi priuati hominis filia liberto nupta, poſteà fiat filia Senatoris, patre ipſius ad Senatoriam dignitatẽ prouecto, non ideo diſſoluatur matrimonium, quod antea per legis Papię ſeueritatẽ diſſoluebatur; *ne*, inquit, *soceri proſperitas ſine genero inueniatur.*

l. ſi libertam 28. C. hoc tit.

ILLATIO XVI.

De conditionibus turpium & inhoneſtarum nuptiarum.

DEcimoſextò ex eodem Principio fit, vt conditiones turpium & inhoneſtarum nuptiarum impunè contemnantur, & per legem reiiciantur, tanquam quæ viduitatem indicere videantur; cùm pactia ſint, Prohiberi abſolutè mulierem ne nubat, Et prohiberi ne honeſtè nubat, propter hanc rationem publicæ honeſtatis, quam nos dicimus perpetuam nuptiarum comitem eſſe debere: *leg. 2. Cod. de inſtitut. & ſubſtitut.* Immò durior eſt conditio quę inhoneſtè nubendi neceſſitatem inducit, quàm quæ viduitatem; propterea quod facit vt mulier non ſolùm iis nubere prohibeatur, quibus nubere honeſtè poſſet, verùm etiam ei cui inhoneſtè

l. 2. C. de inſt. & ſubſt.

Digitized by Google

neſtè nuptura ſit, nubere iubeatur: vt eleganter Caius ratiocinatur in *l. cum ita legatum* 63. §. 1. *De cond. & demonſtr.*

ILLATIO XVII.

De concubinatu præſumendo in conſuetudine mulieris probroſæ.

DEcimoſeptimò ex eodem Principio fit, vt in eius mulieris conſuetudine, quæ corpore quæſtum fecit, quamuis libera ſit, non tamen nuptiæ intelligantur, ſed concubinatus: *l. in libera* 24. *De rit. nupt.* Nempe quia honeſtum non eſt, vxorem eam ducere quæ ſit probroſa: *l. probrum* 42. *ff. De ver. ſignific.* Probrum autem intelligitur eſſe in omnibus mulieribus quæ turpiter viuerent, vulgóque quæſtum facerent, etiamſi non palam: *l. probrum* 41. *ff. de rit. nup.* vbi additur nec matrisfamilias honeſtatem habere illam, quæ ſe alterius quam patroni concubinam eſſe paſſa eſt. Quamuis non idcirco ſtuprum cum ea contrahatur, ſi modò accepta ſit in concubinam cum teſtatione: *l. 3. ff. de concub. l. cùm tabulis* 16. §. *quoniam ff. de his quæ vt indign.* Quid autem ſit palam corpore quæſtum facere, pluribus explicat Vlp. in *l. palam* 43. *De rit. nup.*

leg. in libera 24 ff. hoc tit.

ILLATIO XVIII.

De non ducenda vxore illa quæ publico iudicio ſit damnata.

DEcimooctauò ex eodem Principio fit, vt Senatori non liceat vxorem ducere, vel retinere mulierem publico iudicio damnatam, id eſt eo iudicio, quo licet cuilibet ex populo experiri: *d. l. palam* 10. §. *Senatus, eod. tit. de ri. nup.* vbi Vlp. non aliam huius iuris rationem adfert, quam quod hoc conueniens non ſit, id eſt honeſtum. Quamuis autem ſubiiciat exceptionem, *niſi ſi cui lege aliqua accuſandi publico iudicio non eſt poteſtas*; non tamen ea accipienda eſt, vt poſſit Senator vxorem eam ducere, quæ publico iudicio damnata eſt, ſi accuſata ſit ab eo qui accuſandi poteſtatem non habuit, (nihil enim commune habet ius accuſationis & condemnationis cum cauſa honeſtatis, quæ facit ſanè vt non tantum à turpitudine, ſed etiam ab omni turpitudinis ſuſpicione immune matrimonium eſſe oporteat: quemadmodum Iulius Cæſar de domo ſua dicere ſolebat.) ſed pertinet ea exceptio ad definitionem publici iudicij: Publicum enim iudicium illud eſt, ex quo licet cuilibet de populo experiri, niſi ſi quis lege aliqua ab accuſatione ſummoueatur.

ILLATIO XIX.

De eo qui ream adulterij quam priùs poſtulauerat poſt abolitionem ducit vxorem.

DEcimononò ex eodem Principio fit, quod Papin. ſcribit in *l. generali* 24. §. 1. *eod. tit. De rit. nupt.* Ream adulterij, quam vir iure mariti poſtulauerit, non prohiberi eum poſt abolitionem denuo vxorem ducere. Nimirum quia non videtur offendi ratio publicæ honeſtatis, cùm ſi

leg. generali 34. §. 1. eo. tit.

qua ex publici iudicij accuſatione macula contracta fuerat, ea poteſtate abolitionis abſtergatur, ſiquidem abolitio fit eo prætextu, quaſi per errorem ſeu temeritatem, aut per calorem iracundiæ potius, quàm ratione aliqua accuſator proſilierit ad accuſationem: *l. 2. & 3. C. de abolit.* In quo differt abolitio ab indulgentia. Hæc enim quos liberat, notat, nec infamiam criminis tollit, ſed pœnæ gratiam facit; vt eleganter ait *l. vlt. C. de gener. abolit.* Subiicit Papin. in *d. §. 1. ſed etſi non iure mariti ream poſtulanit, iure contractum matrimonium videbitur*: ſcilicet poſt abolitionem. Eadem prorſus ratione quæ honeſtas nuptias faceret, etiamſi iure mariti vir eam poſtulaſſet. Nam quod ad infamiam, aut abolitionem criminis nihil refert an mariti, an extranei iure mulierem quis adulterij accuſauerit.

ILLATIO XX.

De nuptiis inter priuignos omni caſu permiſſis.

VIceſimò ex eodem Principio fit, vt inter priuignos contrahi nuptiæ poſſint, etiamſi fratrem communem ex nouo parentum matrimonio ſuſceptum habeant, vt Papin. ſcribit in *d. l. generali* 34. §. *inter priuignos*, & poſt eum Iuſtin. §. *mariti* 8. *hoc ti.* Videlicet quia communis frater facere non poteſt, vt eo magis comprini gni aliquo ſiue naturali, ſiue ciuili vinculo inter ſe coniungantur. Vt proinde nihil ſit propter quod impediri debeant nuptiæ, aut in quo publica honeſtas lædi videatur: §. *fratris, in fin. hoc eod tit.*

d. l. generali §. inter priuignos. § mariti 8. hoc tit. §. fratris, eo.

ILLATIO XXI.

De nuptiis tutori, & curatori prohibitis, eorumque liberis cum adulta.

VIceſimoprimò ex eodem Principio factum videtur, vt & tutor, & curator, eorumque filij & liberi, ſuam adultam vxorem ducere prohibeantur: *leg. tutor* 36. *cum ſeq. l. ſi quis tutor* 60. *l. libertum* 64 *hoc tit. De rit. nup.* quia eũ prohibitionis ratio alia non fuerit, quàm ſuſpicio fraudis, quaſi non alia mente accedat tutor, vel curator ad huiuſmodi matrimonium, quam vt ratio reddendæ adminiſtrationis cohibeatur, vt Tryphoninus ait in *l. non ſolum* 67. §. 1. & §. *ſed videamus, eod. tit.* non poteſt videri honeſtum matrimonium, quod cum fraudis conſilio per turpem auaritiam contrahatur. Nec diſſimile eſt quod ij quoque qui officium aliquod in prouincia adminiſtrant, durante officio vxorem ex eadem prouincia ducere prohibentur: *l. ſi quis officium* 38. *l. qui in prouincia* 57 *l. eos qui* 65. *eod. t.* cùm nec alia quàm potentatus ratio nuptias huiuſmodi prohibuerit, vt Pap. loquitur in *l. præfectus* 63. *eo.* id eſt quod verẽdum eſſet, ne quis ſiue ordinaria, ſiue alia præditus poteſtate circa nuptias occaſione ſuæ poteſtatis abuteretur; & inuitis iis, quorum vtilitas ageretur, minacẽ feruorem ſuũ obiiceret, ac exhiberet: vt Imp. explicãt in *l. vn. C. ſi quacunque præd. poteſt.* quæ ratio contrahendarum nuptiarum cùm ſit contra bonos mores, honeſta eſſe non poteſt. Concubinatum tamen non impedit, *l. vlt. De concub.* quoniam ea coniunctio minùs honeſta eſt, licèt illicita non ſit.

ILLATIO XXII.

De inceſtô cum ea contracto quæ moribus vxor duci prohibetur.

VIceſimoſecundò ex eodem Principio fit, vt ſi quis ex his, quas moribus prohibemur vxores ducere, duxerit, inceſtum committere dicatur; inquit Paulus in *l. ſororis 39. §. 1. De rit. nupt.* Quia cùm dicimus, *moribus populi Romani* aliquid receptum eſſe, bonos & honeſtos mores intelligimus; ſiquidem non alij mores in Republica recepti ſunt, quàm qui ſint boni, & quibus non minùs honeſtatis, quàm publicæ vtilitatis ratio conſtet: *l. de quibus 32.* iunct. *l. imo magna, ff. de legib.* alioqui nec rationem vnquam vincere poſſent, nec legem: *l. 2. Cod. quæ ſit long. conſuet.* Porrò non poſſunt honeſtæ nuptiæ eſſe, quæ ſunt contra bonos & honeſtos mores. Obſeruanda tamen hic eſt duplicis inceſti differentia. Vnum enim inceſtum eſt iuris gentium, de quo in *l. vltim. §. vltim. De condict. ſin. cauſ. l. vltim. ff. de rit. nupt.* Aliud eſt iuris ciuilis, quoties tale matrimonium contrahitur, quod ciuili aliqua magis quàm naturæ & ſanguinis ratione prohibetur; id eſt ſola iuris ciuilis obſeruatione interueniente, vt Papin. diſtinguit in *leg. ſi adulterium 38. §. 1. ff. ad leg. Iul. de adult.* vbi multa ſunt alia elegantia de crimine inceſti. Denique inceſti appellatio generalis videtur ad omnia matrimonia illicita: *l. inceſta 52. dict. leg. ſi qua mihi 12. dict. l. etiamſi 56. De rit. nupt. l. 7. in fin. l. vim paſſam 39. §. penult. & vlt. ad leg. Iul. de adul. l. 5. ff de quæſt. l. imperialis 23. § penult. C. de nupt. tot. tit. C. de inceſt. & nefar. nupt. l. legem 7. Cod. de natur liber.* Dictum autem eſt inceſtum, aut à ceſto, quod erat cingulum & ſymbolum honeſtatum nuptiarum, aut quaſi *incaſtum*, vt ait Iſidor. *lib. 9. origin. Inceſtus*, inquit, *propter illicitam commixtionem vocatur quaſi incaſtus, ſicut qui virginem ſacram vel adſinitate ſua proximam ſtuprauerit.*

Inceſtum aliud iuris gentium, aliud iuris ciuilis.

ILLATIO XXIII.

De nuptiis inter perſonas honeſtate impares.

VIceſimotertio ex eodem Principio fit, vt inter perſonas honeſtate impares matrimonium olim non permitteretur, quemadmodum Iuſtin. refert in *d. l. imperialis 23. §. pen. C. de nupt.* Scilicet, vt ille *ibidem* explicat, Niſi dotalia inſtrumenta aliæque nuptiarum ſolennitates interueniſſe probarétur: quod & innuit licet obſcurius conſtitutio Impp. Honorij & Theodoſij, de qua in *l. ſi donationum 21. cum praced. eod. tit.* Quod tamen ius antiquum idem Iuſtin. ſupradicto loco æquiſſimè ſuſtulit; propterea quod inter perſonas liberas & ingenuas, nulla poſſit eſſe tanta honeſtatis diſparitas, quæ nuptias prohibere debeat, aut facere minus fauorabiles; dummodo aliunde nulla nefariarum vel inceſtarum nuptiarum ſuſpicio ſubſit. Immò & cum liberta poteſt contrahi matrimonium per quemcunque, dummodo confectis dotalibus inſtrumentis: *Auth. ſed nouo iure, eod.* Qui tamen pares ſunt genere ac moribus, ſunt imparibus præferendi: *l. viduæ 18. verſ. vt ſi pares ſint, C. de nup.*

ILLATIO XXIV.

De non ducenda vxore filia meæ priuignæ.

VIceſimoquartò ex eodem Principio fit, vt priuignæ meæ filiam non magis vxorem ducere poſſim, quam priuignam ipſam; *leg. Ariſto. 40. ff. de rit. nup.* Nec enim honeſtas patitur, vt quam vxorem ducere non poſſum ob eam rationem quod ſit illa mihi filiæ loco, ſiue ſanguinis, ſiue adfinitatis veneratione (qualis mihi eſt priuigna, *l. 4. §. gradus, ff. de gradib. & ad fin.*) eius filiam vxorem ducere poſſim; ex regula quam ſuprà diximus à Iuſtiniano poſitam in *d. §. fratris, hoc ti.* Siquidem fieri nequit vt priuigna mea ſit mihi loco filiæ, quin eius filia mihi ſit etiam loco neptis. Atqui inter parentes & liberos, eóſve qui parentum & liberorum locum obtinent, prohibitæ ſunt nuptiæ in infinitum: *d. l. nuptiæ 53. eo. tit.*

l. Ariſto. 40. ff. eod. tit.

ILLATIO XXV.

De non ducenda ea, quæ in adulterio deprehenſa eſt.

VIceſimoquintò ex eodem Principio fit, vt ex lege Iulia Papia, mulier in adulterio deprehenſa, quaſi publico iudicio damnata, vxor duci prohibeatur; non ſolùm etiamſi poſteà condemnata vel ſit, vel non ſit; ſed quod magis eſt, etiamſi fuerit abſoluta poſt deprehenſionem, vt Vlpian. tractat in *l. palam 43. §. penul. eod. tit.* vbi rationem adfert, quia factum, non ſententiam lex notauerit. Sententia autem quantumuis abſolutoria, facti veritatem immutare non poſſit: *l. Iulianus verum debitorem 60. ff. de cond. indeb.* At ſi quis pergat quærere cur factum, non ſententiam lex notauerit? ratio alia adferri non poteſt quàm quia licèt ſententia ſola, & quidem quæ publici iudicij cauſam habuerit, infamiam irroget condemnato, *l. infamem. 7. ff. de publ. iudic.* negari tamen non poteſt quin apud viros bonos & graues coërcetur pudor, & exiſtimatio mulieris, quæ in adulterio deprehenſa eſt; tametſi per iudicem fuerit abſoluta; multóque magis ſi nec abſoluta ſit, nec condemnata: *arg. l. ſed ſi hac lege 10. §. prætor ait ff. de in ius voc. l. 4. §. aduerſus 15. ff. de doli exception.* vbi vulgo malè legitur etiam in Pand. Florent. *apud bonos mores*, pro eo quod ſcribendum fuit, *apud bonos viros*, vt coniici poteſt ex *l. ea quæ 13. C. ex quib. cauſ. infam. irrog.*

Emendatio l. 4. § aduerſus. ff. de doli mali excep.

ILLATIO XXVI.

De ſeruandis gradibus dignitatis in contrahendis nuptiis.

VIceſimoſexto ex eodem Principio fit, vt inferioris quidem gradus homines poſſint ducere vxores eas, quas hi qui altioris dignitatis ſunt, ducere legibus propter dignitatem prohibentur. At contrà antecedentis gradus homines nõ poſſint eas ducere, quas his, qui inferioris dignitatis ſunt, ducere non licet: *l. obſeruandum 49. De rit. nupt.* Nempe quia quas nuptias minùs honeſtas facit inferior dignitas, eas multò magis

inhoneſtas

Digitized by Google

inhoneſtas altior dignitas facit, ſed non contrà. Etſi lege Catuleia, peruiſſa fuiſſe conubia promiſcuè, notat ex Liuio Gothofredus ad eum locum: quod tamen vix eſt vt tam generaliter accipi debeat, quaſi nulla prorſus dignitatum ratio diſtinctióque haberi debuerit in matrimoniis contrahendis. Cùm appareat ex ſupradicta Iuſtiniani conſtitutione in *dict. l. 23. §. penult. C. de nupt.* ad eam vſque ætatem, priſci iuris veſtigia non parua ſuperfuiſſe de dignitatis, & honeſtatis paritate in nuptiis ineundis conſeruanda.

ILLATIO XXVII.

De prohibitis mulieri nuptiis cum liberto viri ac patroni ſui.

Vicesimoſeptimò ex eodem Principio fit, vt Papinianus ſcribat in *l. quanquam 62. §. 1. De rit. nupt.* mulierem liberto viri ac patroni ſui mala ratione coniungi. *l. quanquam 62. §. 1. ff. eo.* Malam enim rationem dicit, quæ turpis ſit & inhoneſta: quoniam è contrario nulla melior nuptiarum ratio eſt, quàm quæ ſit honeſtatis. Hæ autem nuptiæ ideò inhoneſtæ putantur, quod honeſtatis ratio exigat, vt præcedentibus patroni nuptiis reuerentia à liberto exhibeatur: *l. in eo iure 45. §. vlt. eod. tit. l. 3. C. de nupt.*

ILLATIO XXVIII.

De mitiùs puniendo eo, qui ignorans illicitas nuptias contrahit.

Vicesimooctauò ex eodem Principio fit, vt ſi quis vxorem duxerit ex latere eam quam vetatur: ſi quidem palam fecerit; leuiùs: ſi verò clam hoc commiſerit, grauiùs puniatur: vt Paulus ait in *d. l. vlt. eod. tit. De rit. nupt.* *l. vlt. ff. hoc tit.* vbi diuerſitatis huius rationem illam reddit, quod palam delinquentes, vt errantes à maiore pœna excuſantur; clam verò committentes, vt contumaces plectuntur. Cur verò pro errantibus habentur, qui palam delinquunt: Nempe quia pudoris & honeſtatis naturalis ea vis eſt, vt non ſit credibile adeò impudentem quemquam eſſe, vt prohibitas & inhoneſtas nuptias publicè contracturus fuerit & palam, ſi non per errorem licitas eſſe exiſtimaſſet: *arg. l. ſi quis alumnam 16. verſic. nec enim homo ſic impius. Cod. de nuptiis.* Etſi autem hæc iuris communis ignorantia non omnino excuſat, tamen aliquo modo excuſationem meretur, ſcilicet ad minuendam pœnam, ſicut & prodeſt interdum ad confirmandum ſtatum liberorum ex iniuſtis nuptiis ſuſceptorum; ſed ita tamen ſi alia quædam concurrant, de quibus in *d. l. qui in prouincia 57. §. 1. eo. tit.* id eſt diuturnitas temporis, facti alieni ignorantia, & numerus liberorum. Separatur autem hoc in re matrimonium, quod ex latere non benè contrahitur, ab eo quod inter aſcendentes & deſcendentes prohibetur: quia poſteriore hoc caſu, ignorantia iuris nulla allegari poſſit, quia natura ipſa magis quam iuris prohibitio ignorari videatur. Quò pertinent exempla illa etiam à brutis animantibus petita, quæ refert Varro *libro 2. de re ruſtic.* Ariſtot. *libro 8. de hiſtor. animal. cap. 47.* Plin. *lib. 8. cap. 13.* Gothofr. *ad d. l. nuptiæ 53. eod. titul. De rit. nupt.*

ILLATIO XXIX.

De non ducenda in vxorem concubina patris.

Vicesimonono ex eodem Principio fit, vt liberi concubinas parentum ſuorum vxores ducere non poſſint: *l. 4. C. de nupt.* *l. 4. C. hoc tit.* Non quia patris concubina ſit filio matris loco, cùm nec patri ipſi fuerit loco vxoris; longè namque aliud eſt vxorem, aliud concubinam habere: *l. 1. §. qui autem damnatam. ff. de concub.* ſed quia vt ſcriptum eſt in *d. l. 4.* minus religioſam, minúſve probabilem, id eſt inhoneſtam rem facit filius, qui patris concubinam vxorem ducit. Adeò vt nec permittendum ſit filio, vel nepoti, accipere illam in concubinam, vt nec contra licet patri ſumere in vxorem, vel in concubinam, eam quæ filij aut nepotis concubina fuerit, quia prope nefaria eſt huiuſmodi coniunctio, & ideo huiuſmodi facinus prohibendum, inquit Vlp. in *d. l. 1. §. pen. De concub.*

ILLATIO XXX.

De non ducenda vxore illa, quæ palam quæſtum fecit, licet facere deſierit.

Tricesimò ex eodem Principio fiebat olim, vt non ſolùm ea quæ palam quæſtum faceret, ſed etiam quæ aliquando feciſſet, quamuis facere deſiiſſet, nullomodo nuptias contrahere poſſet: *l. palam 43. §. non ſolum autem. De rit. nupt.* *l. palam 43. § non ſolum autem ff. h. c tit.* vbi rationem hanc Vlp. reddit, quod non aboleatur turpitudo quæ poſtea intermiſſa eſt: ſubiiciens nec ei eſſe ignoſcendum quæ paupertatis prætextu vitam turpiſſimam egerit. Quod videtur antiquus Legiſlator ob eam potiſſimùm rationem conſtituiſſe, quod cùm nihil eſſet Reipublicæ perniciosius, quam ſi familiarum confuſio & perturbatio induceretur, ſola verò patrum diſtinctio familias poſſit diſtinguere, *l. pronunciatio 195. §. familiæ, de verb. ſign.* & rurſus non alius pater dici, iuſtéve præſumi poſſit, niſi quem nuptiæ demonſtrant, *l. 5. De in ius voc.* non videbatur permittendum, vt patrem aliquem per iuſtas nuptias facere poſſet ea mulier, de cuius pudicitia confidere, vel benè ſperare lex non poſſet. Quis autem benè præſumere queat de pudicitia illius mulieris, quæ aliquando palam quæſtum fecerit: Sed tamen hoc quoque à Iuſtiniano tandem correctum eſt, in *d. l. imperialis, C. hoc tit.* Chriſtiana certè pietate, vt mulieri quæ derelicta mala & inhoneſta conuerſatione, commodiorem vitam amplexa fuerit, honeſtatique ſe dederit, liceat non quidem nubere ſine venia Imperatoris, ſed tamen Imperatorem adire, & licentiam petere legitimi matrimonij contrahendi; adeò vt neque vocabulum ipſum *inhoneſtum* ei inhæreat, neque poſt contractum inter matrimonium, conſcriptáſque dotales tabulas, differentia vlla ſit inter huius conditionis mulieres, & eas quæ nihil vnquam ſimile peccauerunt. Hæc enim ſunt verba conſtitutionis,

quæ

Digitized by Google

quæ præterea, multa alia capita continet ad iuris veteris correctionem, de filiabus ſceniearum, de quibus etiam agitur in *d. l. lege Iulia 44. De rit. nupt.* Poſtea verò idem Iuſtin. remiſit ius impetrandi reſcripti neceſſitatem, ſola retenta tamen neceſſitate ſolemnitatis conficiendorum dotalium inſtrumentorum.

ILLATIO XXXI.

De nuptiis cum alumna libertate donata.

TRiceſimoprimò ex eodem Principio fit, vt dubitatum olim fuerit, ſi quis alumnam ſuam libertate donaſſet, ac in matrimonio ſuo collocaſſet, vtrum huiuſmodi nuptiæ legitimæ eſſent, néene. Videbatur enim vetitum eſſe matrimonium ob publicam honeſtatem, quaſi manumiſſor alumnam ſuam filiæ ſuæ loco habuiſſet. Quo admiſſo, etſi non niſi per diem vnum eam adfectionem retinuiſſet, nunquam tamen alumnam vxorem ducere potuiſſet. Iuſtiniano tamen placuit, in *l. ſi quis alumnam 26. C. de nupt.* valere huiuſmodi nuptias. Rationem quam exprimit in hæc verba: *ſi enim ex affectu omnes introducuntur nuptiæ, & nihil impium, nec legibus contrarium in tali copula expectamus; quare prædictas nuptias inhibendas exiſtimemus? Nec enim homo ſic impius inuenitur, vt quam ab initio loco filiæ habuit, eam poſtea in ſuo collocet matrimonio; ſed ei credendum eſt, quia eam & ab initio non vt filiam educauit, & libertate donauit, & dignam eſſe poſtea ſuo putauit matrimonio.* Subiungit tamen Iuſtinianus in eadem conſtitutione perſonam illam omnimodo à nuptiis arcendam, quam aliquis, ſiue alumna ſit, ſiue non, à ſacro ſuſceperit baptiſmate; cùm, inquit, nihil aliud ſic inducere poſſit paternam adfectionem & iuſtam nuptiarum prohibitionem, quàm huiuſmodi nexus, per quem Deo mediante animæ eorũ copulatæ ſunt.

l. ſi quis alumnam 26. C. hoc tit.

TITVLVS VNDECIMVS.

De Adoptionibus.

PRINCIPIVM I.

De liberis per adoptionem quoque facienda.

Filiifamilias nomen ciuile eſt: Filij, naturale.

FILIOSFAMILIAS non ſolùm natura facit, ſed etiam adoptio: *l. 1. in prin. ff. hoc tit. & in princ. eiuſd. tit. Inſtit.* Nam cùm *filiifamilias* nomen non naturale ſit, ſed ciuile & legitimum, in quo differt à *filij* nomine ſimplici, quod eſt naturale; *l. in ſuis 11. De liber. & poſt.* iunct. *l. tutelas 7. ff. de capit. minut.* nulla cauſa eſt cur non perinde lex atque natura poſſit filiosfamilias facere, per eos ſcilicet modos quos in eam rem idoneos & conuenientes eſſe placuit. Tantum enim hac parte lex poteſt, vt nec eos quidem filios, quos natura fecit, pro filiis habeat, niſi ſint illi etiam filiifamilias: Putà ſi ſint emancipati; hi namque pro extraneis, non pro filiis habentur: *l. quinetiam 55. ff. de rit. nupt.* Illa ſiquidem ſumma ciuium Romanorum diuiſio eſt, quod vel patresfamilias ſunt, vel filiifamilias; vel matres fam. vel filiæfamilias: *l. 4. ff. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt.* Nempe ciuilis Legiſlator nihil niſi Reipublicæ dignitatem ob oculos habens, quæ ex familiarum præcipuè dignitate æſtimatur, cùm non niſi ex priuatis ſingulorum familiis totum Reipublicæ corpus conſtituatur, omnia refert ad iura familiæ, vt qui in alterius familia non eſt, etiamſi natura filius aut filia, nepos neptiſve ſit, nullomodo tamen ad eum pertinere exiſtimetur. Idémque in patre viciſſim obtinet, vt qui paterfamilias eſſe deſiit, is nec pater iure ciuili eſſe videatur. Sicut enim patris & filij nomina correlatiua ſunt, ita & patrisfamilias & filiifamilias: *d. l. in ſuis*, iunct. *l. pronunciatio 191. §. familiæ. De verb. ſignif.* Itaque obſeruandum eſt, Principium iuris hoc non ſic habere, vt filios ſimpliciter non minùs adoptio facere poſſit quàm natura; ſed de filiisfamilias conceptum eſſe: quia filios ſimpliciter cùm dicimus, naturales tantùm intelligimus, quos proinde ſola natura poteſt facere, non etiam adoptio, aut alia quælibet ars iuris ciuilis. Quid? inquies, An ergo fieri queat, vt filius non ſit, qui filiusfamilias eſt? Ita ſanè eſt, vt non abſolutè filius dici debeat, ſed cum adiectione illa *familias*, is qui per adoptionem duntaxat filiusfamilias eſt. Nam nec ſecundum Logicos valet conſecutio ab eo quod eſt ſimpliciter, ad id quod eſt ſecundum quid, aut contra. Videtur autem dicta Adoptio ab optione, quo nomine electionem ſignificamus: *tot. tit. de adopt. legat.* Iuncta particula *ad*, quæ augere ſolet ſignificationem, vt intelligamus eſſe optionem additam optioni, id eſt duplicem electionem, vnam patris volentis habere hunc filium, aliam filij volentis habere hunc patrem. Porrò non lege duodecim tabularum, aut alia vlla inductum fuit hoc ius adoptionis, ſed moribus, ex quibus ipſum quoque ius & nomen patriæ poteſtatis, vt diximus ad *tit. de patria poteſt.* Quò pertinet ratio illa *l. quæſitum 34. hoc tit.* quod moribus noſtris non conueniat filium habere temporalem.

ILLATIO I.

De ſuitate liberorum adoptiuorum.

EX hoc Principio illud primùm fit, vt quemadmodum filiifamilias ex iuſtis nuptiis quæſiti, ſunt ſui hæredes patri, & conſequenter non ſolùm in ipſius poteſtate, ſed etiam ita vt primum locum gradúmque obtineant in cauſa ſuccedendi

Digitized by Google

cedendi (quæ ſuorum hæredum diffinitio eſt, *dicta leg. in ſuis 51. De liber. & poſthum. l. ſcripto 7. ff. vnd. liber. l. vlt. ff. de bon. damnat.*) ita & illi qui per adoptionem filiiſamilias facti ſunt, *l. 1. §. ſuos, de ſuis & legit.* quorum in toto iure ob hanc cauſam eadem conditio eſt, quæ naturalium & legitimorum, ſcilicet quandiu adoptionis ius durat. Nam ſublata per emancipationem patria poteſtate, minus iuris habent qui adoptiui tantùm, quam qui naturales & legitimi fuerunt, vt poſtea dicemus ex §. *minus ergo iuris 11. Inſt. de hered. qua ab inteſt. defer.*

ILLATIO II.

De patre adoptiuo in ius non vocando.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt adoptiuum patrem in ius vocare filius non poſſit, iure magis patriæ poteſtatis, quàm imperio edi-
l. adoptiuum 8. ff. de in ius vocand. ctóque Prætoris *l. adoptiuum 8. ff. de in ius vocan.* quia cùm ius patriæ poteſtatis faciat, vt vna eadémque patris & filij perſona eſſe intelligatur, *dicta leg. in ſuis. De liber. & poſt.* non tantùm iuris conſtitutio, ſed etiam ipſa rei natura impedimento eſt, ne paterfamilias cum filiofamilias, aut filiusfamilias cum patrefamilias agere poſſit, non magis quàm alius quiſquam cum ſeipſo: *l. ne cum filiofamilias 16. ff. de furt. l. Imperator 50. ff. ad SC. Trebell.* Subiicienda tamen exceptio eſt quam Vlp. ſubiicit in *dicta leg. adoptiuum*, Niſi filiusfamilias miles proponatur habens peculium caſtrenſe. Nam ratione peculij caſtrenſis poterit in ius vocare patrem, ſiue naturalis ille ſit, ſiue adoptiuus; cauſa tamen cognita & venia ex edicto petita; quoniam filiusfamilias in peculio caſtrenſi pro patrefamilias habetur: *l. 2. ff. ad SC. Maced.* Sic & excuſatur filius adoptiuus qui patri adoptiuo paruit, ſicut & qui naturali, quoniam parêre æquè habuit neceſſe: *l. ſi poſt mortem 12. §. ſi in adoptionem, De bon. poſſ. contr. tab.* iunct. *l. 4. de reg. iur.*

ILLATIO III.

De nomine Liberorum.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt in legibus interpretandis quæ de patre ſimpliciter locutæ ſint, non diſtinguatur pater naturalis ab
l. lege Iulia 44. §. item nihil refert. ff. hoc tit. adoptiuo: *l. lege Iulia 44. §. item nihil refert. ff. de rit. nupt.* quia quamuis patrem ſimpliciter cùm dicimus, eum intelligamus qui natura ſit pater, cùm ſit nomen naturale, non ciuile, vt iam diximus; ſi tamen à lege verbum illud proferatur, non niſi de illo patre intelligi poteſt qui legitimus ſit, qualis vtique non minùs ille eſt qui adoptiuus, quam qui naturalis pater eſt: *leg. in ea lege 22. ff. ad leg. Iul. de adult.* ſed nec tum quidem melior eſt conditio liberorum ex iuſtis nuptiis, quàm per adoptionem quæſitorum, cùm lex quæ de patribus & liberis loquitur, naturali ratione nititur magis, quàm ciuili, vt in ſpecie *leg. 1. §. liberis,* iunct. *l. vlt. §. ex bonis, de bon. damnat.* id eſt, ſi agatur de aliqua portione bonorum damnati ipſius liberis tribuenda. Non ſuiùm enim tribuitur ſi ex iuſtis nuptiis quæſiti ſint, ſed etiamſi ex adoptione. Sed cum hac tamen diſtinctione, niſi adoptio in fraudem facta ſit, quæ diſtinctio in liberos ex iuſtis nuptiis datos non cadit. Caue tamen ne cum Interpretibus putes in *dicto §. liberis*, natos ex iuſtis nuptiis opponi naturalibus, id eſt ſuſceptis ex concubina, quos hodie *naturales* appellamus. Fuit enim iſtorum ius & nomen incognitum legibus noſtris ante tempora Conſtantini, vt ſcripſimus ad *tit. praced.* ex Iuſtin. *Nouell. 89 quib. mod. natur. effic. ſui.* Quid ergo? Opponuntur liberis ſuſceptis ex nuptiis iniuſtis, qui nec liberorum nomen merentur: *§. ſi aduerſus. Inſt. de nupt.*

ILLATIO IV.

De non ducenda per filium adoptiuum etiam emancipatum vxore patris adoptiui

QVartò ex eodem Principio fit, vt adoptiuus filius etiamſi emancipetur, eam tamen quæ patris adoptiui vxor fuit, vxorem ducere non poſſit, quia nouercæ locum habet, inquit Paulus in *l. adoptiuus 14. De rit. nupt.* Non alia ratione quàm quod adoptiuus pater, fuerit pater non minùs quàm ſi & naturalis & legitimus pater fuiſſet. Item ſi quis filium adoptauerit, vxorem eiuſdem, quæ nurus loco eſt, ne quidem poſt emancipationem filij ducere poterit, quoniam aliquando nurus ei fuit, vt *ibidem* Paulus ſubiungit. Nempe quia filiusfamilias adoptiuus, verè filiusfamilias fuit, non minùs quam ſi ex iuſtis nuptiis quæſitus eſſet.

ILLATIO V.

De illo qui adoptatus ſit nepotis loco.

QVintò ex eodem Principio fit, vt ſi quis nepotis loco aliquem adoptet, vel quaſi ex filio quem habeat iam adoptatum, vel quaſi ex illo quem naturalem in ſua poteſtate habet, eo caſu & filius conſentire debeat, ne alioquin ei inuito ſuus hæres adgnaſcatur: *leg. cùm nepos 6. leg. ſi is qui filium 11. ff. hoc titul. §. ſed ſi quis 7. Inſtit. eod.* Sicut enim magnum quiddam eſt, ſui hæredis iura in alicuius familia habere, vel ob id maximè quod ſuus hæres vel inſtituendus omnino eſt, vel exhæredandus, nec niſi certis meritíſque de cauſis ab hæreditate ſummoueri poteſt: *d. l. vlt. ff. de bon. damna.* ita nec cogendus quiſquam eſt, vt alieno facto eum habeat hæredem, quem habere nolit. Conſtanter enim Veteres decreuerunt, teſtamentorum iura ipſa per ſe firma eſſe oportere, non ex alieno arbitrio pendere: *l. illa inſtitutio 32. ff. de hær. inſtituend.* nec in poteſtate alterius eſſe debere, an hic aut ille mihi inuito ſuccedat: *§. at hi qui emancipati 10. in fin. Inſt. de hered. qua ab inteſt. defer. l. nec ei 17. §. 1. ff. hoc tit.* Excipe caſum *l. 12. §. medio tempore, De cap. & poſtl.* de quo ſcripſimus *ad Princip. 4. illat. 5. ad fin. tit. praced.*

***

ILLATIO

Digitized by Google

ILLATIO VI.

De ſpadone & caſtrato.

SExtò, ex eodem Principio fit, vt etiam hi qui generare non poſſunt, nec proinde naturales vllos liberos habere, tamen adoptare poſſint, & per adoptionem fieri parentes: *l. 2. §. illud vtriſque. ff. hoc titul.* quippe cùm liberos non tantùm natura faciat, ſed etiam adoptio. Quod autem de iis qui generare non poſſunt dicimus, de iis intelligimus qui non tam natura, quam corporali & temporali aliquo vitio impediuntur ne poſſint generare, quales ſunt ſpadones, de quibus in *d. §. illud*, non etiam caſtrati, *§. ſed & illud, hoc titu.* Nam & inter ſpadonem caſtratúmque differentia illa eſt, quod ſpado matrimonium contrahere poteſt, caſtratus non poteſt: *l. ſi ſerua ſeruo 39. §. 1. De iur. dot.* ideóque matrimonij cauſa manumittere ancillam ſpado poteſt, caſtratus non item: *l. alumnos 14. §. 1 in fin. ff. de man. vindict.* De quo ſcripſimus *ad Princip. 3. illat. 1. tit. praeced.* & dicemus *ad Princip. 3. inf. eod.* Iunge *l. adrogato 40. §. vltim. hoc tit.*

leg. 2. §. illud vtriſque. ff. hoc tit.

ILLATIO VII.

De patrefamilias, qui fit filiusfamilias per adoptionem.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt quamuis paterfamilias, id eſt qui ſemel ſui iuris fuit, non magis fieri poſſit filiusfamilias per rerum naturam, quàm denuo naſci; nihil tamen prohibeat fieri eum filiumfamilias & alieni iuris, ſcilicet per adoptionem illam, quæ ſpecialiori nomine *Adrogatio* appellatur: *l. 1. §. 1. & l. 2. in prin. ff. hoc tit.* Hoc verò cur ita? niſi quia filiosfamilias non tantùm natura, ſed etiam adoptio facit, vt *Principium noſtrum* habet.

l. 1. §. 1. & l. 2. eod.

ILLATIO VIII.

De adrogati liberis in adrogatoris poteſtatem venientibus.

OCtauò, ex eodem Principio fit, vt qui liberos in poteſtate habet, ſi ſe adrogandum dederit, non ſolùm ipſe poteſtati adrogatoris ſubiiciatur, ſed & liberi eius in eiuſdem fiant poteſtate tanquam nepotes, *d. l. 2. §. vlt. d. l. adrogato 40. in princip. eod. tit.* Nempe quia cùm per adrogationem is, qui erat ſui iuris, ſubiiciatur alienæ poteſtati, vt *proxima illatione* diximus, conſequens eſt vt non tantùm liberi, ſed & cætera omnia quotquot in ſua poteſtate habebat, id eſt etiam bona ipſius omnia tranſeant in poteſtatem adrogatoris, vt Vlp. loquitur in *l. ſi adrogator 15. eo.* quæ erat ſpecies acquiſitionis vniuerſalis per adrogationem, à Iuſtiniano tamen valde immutata, & ad vſumfructum coarctata, vt conſtat ex *tit. De adquiſ. per adrogat.* exemplo eius quod in patribus naturalibus & legitimis fuerat conſtitutum ab eodem Iuſtiniano, *l. cùm oportet 6. C. de bon. quæ liber.* Olim namque nihil excipiebatur, ſed tranſibant omnia ab adrogato in adrogatorem, iis tantùm exceptis quæ per capitis diminutionem perirent, quemadmodum idem Iuſtinian. *ſupradicto Inſtitutionum loco* refert. Ob idque dicitur mutari dominium per adoptionem, *l. ſi dominium 47. ff. de furt.* Excipe tamen caſum ſingularem *l. miles 4. §. vlt. ff. de caſtrenſ. pecul.* De cuius loci ſententia dicemus *ad Princ. 6. tit. ſeq. illat. 8.* Addit Vlp. eos quoque liberos, qui poſt factam adrogationem poſtliminio redierunt, adeóque qui adrogationis tempore in vtero fuerunt, ſimili modo redigi in eandem poteſtatem, Ne ſcilicet alioqui eueniat, vt in ſua poteſtate quicquam habere videatur, qui ipſe non ſit ſuæ poteſtatis: *l. ſic eueniet 21. ff. ad leg. Iul. de adult.* In quo differt adrogatio ab alia illa ſpecie adoptionis, quæ retento generis nomine, *Adoptio* appellatur; & quæ non Principis authoritate, vt Adrogatio; ſed Magiſtratus imperio fit, cùm paterfamilias, non ſeipſum, ſed eum quem in poteſtate ſua habet, ſiue primum gradum ille obtineat, qualis eſt filius, filiáve; ſiue inferiorem vt nepos, neptíſve, dat in adoptionem: *dicta lege 2. hoc tit.* Nepotes enim ex hoc filio non ſimul cum patre tranſeunt in familiam adoptatoris, ſed in aui poteſtate, in qua nati ſunt, retinentur: *d. l. adrogato 40. in princ.* vbi manifeſta hæc inter adoptionem & adrogationem differentia conſtituitur. Ex qua etiam explicandum eſt quod ſcribit Caius in *d. l. 2. §. vlt.* ius hoc proprium eſſe illius adoptionis, quæ per Principem fit, id eſt, adrogationis, vt cum adoptato tranſeant eius liberi in familiam adrogatoris? Non quaſi adoptio aliqua ſit, in qua eueniat, vt qui ſit alieni iuris, liberos in ſua retineat poteſtate; ſed quoniam in adoptione illa, quæ adrogatio non eſt, filius quidem familiam mutet; nepos autem in aui naturalis poteſtate erat ante filij adoptionem; nec ratio vlla eſt cur mutet familiam, non mutante illo in cuius familia eſt, cùm non ſit in familia patris ſui, qui nullam vnquam habuit, ſed in aui, qui totius familiæ in qua & filius & nepos erant, caput fuit, nec eo minùs eandem familiam retinet, quòd ex ea filium eiecerit, retento nepote. Quod in adrogatione diuerſum eſt: *l. 3. in princ. ff. de capit. minut.*

d. l. 2. §. vlt. hoc tit.

ILLATIO IX.

De authoritate Principis adhibenda in adoptione.

NOnò ex eodem Principio fit, vt adrogatio non poſſit fieri ſolius Magiſtratus imperio, ſed authoritas Principis in eam rem neceſſaria ſit: *d. leg. 2. hoc tit.* quia cùm per adrogationem is qui erat paterfamilias, id eſt qui familiam habebat in ciuitate, fiat filiusfamilias, atque ita non ille tantùm, ſed ipſa etiam Reſpublica familiæ detrimentum patiatur, æquum fuit adhiberi olim conſenſum totius populi ad permittendam adrogationem, ne per eam inſcia Reſpub. læderetur, cuius maximè intererat augeri potiùs, quàm minui numerum familiarum, quippe ex quarum & multitudine & amplitudine ipſius quoque Reipublicæ dignitas & amplitudo æſtimetur. Si enim populi Romani iniuſſu ciuem Romanum occidi nefas erat, cùm ea ratione vno capite ciuitas

l. 2. ff. hoc tit.

Digitized by Google

ciuitas minneretur ; quanto magis prouidendum erat, ne eiuſdem populi iniuſſu tota vna familia de ciuitate tolleretur ? Itaque dicebatur per populum ea fieri adoptio, quæ adrogatio vocabatur, vt Vlpian. refert *tit.* 8. *§. regula.* §. 1. & 2. ex quo & Adrogationis nomen ſumptum fuiſſe vult A. Gellins *libro* 5. *cap.* 19. quia genus hoc in alienam familiam tranſitus fieret per populi rogationem. Vnde etiam illud eueniebat quod ſequitor apud eundem Vlpianum, vt Adiogatio Romæ tantùm fieri poſſet ; Adoptio verò etiam in prouinciis apud Præſidem, quia cùm adrogatio non niſi comitiis curiatis, quæ maiora erant, fieri poſſet ; nemo neſcit eiuſmodi cuiiata comitia alibi quàm Romæ fieri non potuiſſe. Nobis autem hæc noſtra ratio magis placet, quàm quæ adfertur à Briſſonio *libro* 1. *De verb. ſignifi.* in verb. *adrogari*, quod inquit iure à Maiotibus prodito, libertatem nemo ciuis Romanus ſine populi Romani authoritate amittere poterat : Quandoquidem nec libertatem, nec ciuitatem amittit qui adrogatur, ſed familiam duntaxat : *l. vlt. ff. de cap. minu.* Quum verò ea totius Reipublicæ maieſtas, quæ olim erat penes populum, poſtea lege Regia fuerit in Principem tranſlata : *leg* 1. *ff. de conſt. Princ.* cœpit vt ſufficere, ita & neceſſaria eſſe authoritas Principis, vice authoritatis populi, *l.* 2. *C. hoc tit.* cùm poſt eam legem Regiam, Princeps non ſolùm id facere poſſit, quod populus vniverſus olim faciebat, ſed plus etiam quàm populus facere poſſet, quando & populum ipſum ſub imperio ſuo habet : ita vt ob eam cauſam ſupra leges quoque eſſe dicatur, Nempe quod ſit ſupra populum, cuius erat facere legem, vt pluribus diximus ad *tit. De iur. nat. gent. & ciuil.* Hæc verò omnia diuerſa erant in alia ſpecie adoptionis, quæ ſpecialiter Adoptio nuncupabatur. Poterat enim & apud Magiſtratum fieri populo inſcio, & in prouinciis quoque apud Præſidem vt *ſupradicto loco* Vlpianus refert. Nempe quia per eam non Reipublicæ ius læditur, ſed familiæ duntaxat priuatæ, cùm familiarum, quæ in ciuitate ſunt, numerus non idcirco minuatur.

ILLATIO X.

De cauſa cognitione in adrogationibus adhibenda.

DEcimo ex eodem Principio fit, vt in adrogationibus cauſæ cognitio vertator. Num fortè minor ſit annis ſexaginta is qui adrogat, quia magis liberorum procreationi ſtudere debeat, niſi fortaſſis morbus aut valetudo impedimento ſit, aut alia interueniat iuſta cauſa adrogandi. Veluti ſi coniunctam ſibi perſonam velit adoptare : *l. ſi paterfamilias* 15. §. *in adrogationibus, ff. hoc tit.* Item an plures quis adrogare velit, quod multò difficilius eſt permittendum, nec niſi ex magna & iuſta cauſa, vt *ibidem* ſubiungit Vlpianus. Nam cùm ea potiſſimum cauſa ſit permittendæ adrogationis, vt familia forſitan illuſtris quæ in eo eſſet, vt quia filiusfamilias in ea nullus extaret, iamiam extinctum iri videretur, per adrogationis auxilium in longiores annos produci ac perpetuari poſſet, *l.* 3. *C. eo.* Non poteſt ratio hæc neceſſitatem inducere plurium adrogandorum,

l. ſi paterfamilias 15. §. *in adrogationibus ff. hoc tit.*

quandoquidem per vnum filium æquè ac per plures familia perpetuatur ; cùm ſperandum ſit fore vt ex vno illo filio plures nepotes naſcantur. Sed & cùm adrogatio eorum duntaxat fiat qui ſui iuris ſunt, & qui familiam propriam habent, neceſſe eſt, quanto plures ſunt, quorum adrogatio permittitur, tanto grauius ex familiarum diminutione adferri Reipublicæ detrimentum.

Illud etiam in cauſæ cognitione verſatur, an libertus alienus ſit is, qui dat ſe adrogandum. Nam nec hoc permittendum eſt inſcio patrono, cuius iura facto alieno læderentur. Item an adrogator ætate minor ſit adrogato. Nam cùm vtraque adoptionis ſpecies in iis demum perſonis locum habeat, in quibus etiam natura poteſt habere, permittendum non eſt, vt minor natu maiorem adoptet, quem neque per monſtrum aut prodigium habere filium poſſit : *d. l. ſi paterfam. §. vlt. cum l. ſeq.*

Rurſum nec ei permittitur adrogare, qui tutelam, vel curam alicuius adminiſtrauit, ſi minor annis vigintiquinque ſit qui adrogatur? Ne fortè ideo eum adroget dolo malo, vt ſe liberet à reddendarum rationum neceſſitate, inquit idem Vlp. in *l. nec ei* 17. *eo. tit.* Priuati namque adrogatoris vtilitas quæ permittendæ adrogationis cauſam præbeat, & honeſta eſſe debet, & cum vtilitate Reipublicæ coniuncta, non ad fraudem iuri publico faciendam excogitata. Cur enim permitteretur id fieri, quod vel tantillum publicam læderet vtilitatem, niſi maioris cuiuſdam vtilitatis ratio permiſſionem huiuſmodi extorqueret ? Aut cur priuata vtilitas publicæ anteponeretur ? Multò igitur magis inquirendum eſt, an ſubſit & lateat ſub honeſtatis & vtilitatis publicæ prætextu, turpis aliqua cauſa adrogandi : Cùm ad impediendam adrogationem, vel hoc vnum ſufficiat nullam eius permittendæ ſatis idoneam cauſam proponi : *d. l.* 3. *C. eod.* Non poſſit autem idonea eſſe cauſa, quæ eſt etiam turpis. Sicut enim primum iuris præceptum eſt, honeſtè viuere ; Ita nihil è contrario eſt quod ciuilis Legiſlator magis habeat odio quam ea, quæ vel minimam turpitudinis ſpeciem, vel occaſionem præ ſe ferant. At in ea ſpecie adoptionis, quam ex generis nomine ſpecialiter *Adoptionem* vocari diximus, nulla cauſæ cognitio vertitur ? quia per eam neque Reipublicæ, neque vllius priuati ius læditur, cùm familia tantùm mutetur, non etiam vlla amittatur. Proindéque ſufficit adeſſe conſenſum & patris naturalis, qui dat in adoptionem, & filij qui adoptatur, ſiue patri expreſſim ille conſentiat, ſiue tacitè hoc ipſo, quod non contradicit : *l. in adoptionibus* 5. *ff. hoc tit.* Quare nec quicquam prohibet plures filios adoptari hoc genere adoptionis, ſiue ab eodem patre, ſiue à diuerſis in adoptionem dentur, cùm nullius interſit niſi eius qui dat in adoptionem, & eius, qui datur. Quamquam illud vtrique adoptioni commune eſt, vt honeſta cauſa, non turpis eſſe debeat : quod ipſum ad religionem eius pertinet qui permittit adoptare, ſiue Princeps ille ſit, ſiue Magiſtratus ; Cùm ob eam nimirum cauſam inductum ſit, vt nemo propria authoritate poſſit adoptare, ſed vel Principis imperio, vel authoritate Magiſtratus interueniente. *d. l.* 2. in cuius tamen *principio* ſcriptum mallem *generaliter*, quam *generalie.*

In Adoptione quæ non fit per adrogationem nulla cauſa cognitio vertitur.

Digitized by Google

Adoptio enim generalis nulla eſt, licèt adoptionis nomen aliud generale ſit, id eſt quod generaliter ſumitur, aliud ſpeciale, per quod Adoptio diſtinguitur ab Adrogatione.

ILLATIO XI.

De Adrogatione pupilli.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt cùm adrogatur pupillus, longè maiorem & exactiorem cauſæ cognitionem adhiberi oporteat, quandoquidem hoc caſu non tantùm filiusfamilias fit is, qui antea paterfamilias erat, ſed etiam is qui per ætatem iudicio carens proſpicere ſibi non poteſt, nec deliberare an expediat ſibi vt adrogetur, atque ita capite minuatur. Nam in eo qui non modò ſui iuris eſſet, verùm etiam ſui iudicij & ſuæ ætatis, ipſius duntaxat voluntatem explorari oporteret: *l. in adoptionibus 5. ff. hoc titul.* quia imputare ſibi deberet, qui minus bonum pro ſe conſilium cepiſſet, ſéque capite minui vltro paſſus fuiſſet. At ei qui non tanto iudicio per ætatem polleat, quanto eſt opus ad tanti momenti rem peragendam, neceſſarium eſt vt autoritate & iuriſdictione Magiſtratus ſoccurratur adhibita cauſæ pleniſſima cognitione.

d l. in adoptionibus.ao.

Qua etiam ratione rectè ſub Diuo Claudio mutatum eſt quod antea obtinuerat, ne curatoris autoritatem intercedere neceſſe eſſet in adrogatione: *l. quod nec curatoris* 8. *ff. eod. tit.* Quod ego ſic intelligo, ſiue minor annis viginti quinque habens curatorem adrogare vellet, ſiue dare ſe adrogandum. Vtroque enim caſu, magno iudicio opus eſt; quod tamen non ſatis firmum habere creditur illa ætas, quæ minor eſt annis viginti quinque: *l. 1 ff. de minor.* Quamquam eo caſu quo minor non adrogare, ſed adrogari velit, illa etiam ratio facit neceſſariam curatoris autoritatem, quod per adrogationem futurum ſit, vt curatoris adminiſtratio diſſoluatur, cùm curator non in aliud detur, quàm vt habeat adminiſtrationem bonorum minoris, qui porrò nulla bona eſt habiturus facta adrogatione, ſed omnia ſimul cum ſuo capite in adrogatoris familiam & poteſtatem tranſlaturus: *d. l. paterfamilias* 15. *in princ. l. qui liberus* 11. *§. teſtamento, De bon. poſſ. ſecund. tabul.* Abſurdum verò eſt ſolui curationem non conſentiente, adeòque forſitan ignorante illo, qui curator legitimè fuerit conſtitutus, vt hac ipſa in ſpecie ratiocinatur Inſt. tam de curatoribus, quàm de tutoribus tractans, in *l. vl. C. de author. præſt.* In eo autem primò verſatur cauſæ cognitio quæ in huiuſmodi pupillorum adrogationibus interponenda eſt, vt iis duntaxat pupillorum adrogatio permittatur, qui vel naturali cognatione, vel ſanctiſſima adfectione ducti, conſilium votúmque adrogandi ſuſceperint. Cæterorum prohibeantur adrogationes; Ne in tutorum poteſtate eſſet & finire tutelam, & ſubſtitutionem pupillarem à parente factam extinguere; vt eleganter Vlp. ait in *d. l. nec ei* 17. *§.* 1. *hoc tit.* Certum enim eſt per adrogationem, ſicut impubes ex patrefam. fit filiusfamilias, ita & irritum fieri pupillare teſtamentum, quod pater naturalis moriens fecerat filio ſuo in poteſtate conſtituto, ita vt nec iure prætorio conualeſcat, cùm fieri nequeat extra cauſam militis de caſtrenſi, aut alterius de quaſi caſtrenſi peculio teſtantis, vt filiusfamilias quis decedat, & cum teſtamento: *l. 2. & paſſim, ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. §. non tamen, Inſt. qu b. mod. teſtam. infirm.*

d'l. nec ei 17. §. 1. ff. hoc tit.

Excutiendum autem illud imprimis eſt, quæ facultates pupilli ſint, & quæ eius qui adoptare pupillum velit, vt ex earum comparatione æſtimetur, an pupillo ſalubris futura ſit adoptio & vtilis, néene: Ne ſcilicet ſub obtentu copulandæ adoptionis, in facultates pupilli, quæ omnimodo & diligenter ei ſeruandæ ſunt, adrogator irruiſſe videatur, vt eleganter ſcriptum eſt in *l. 2. C. hoc tit.* Deinde inſpiciendum eſt cuius vitæ ſit is, qui pupillum redigere vult in familiam ſuam, vtrúmne honeſtę, an turpis & probroſæ. Hoc enim caſu quonam obſecro colore adrogandi facultas ei eſſet indugenda? An fortè intereſſet Reipublicę perpetuari familiam eius, cuius memoriam penitus aboleri potiùs intereſſe dicendum eſſet? Tertiò cuius ætatis ſit hic adrogator, vt perpendatur an melius ſit de procreandis liberis eum cogitare, quàm ex aliena familia quemquam redigere in ſuam poteſtatem: *d. l. nec ei, §. 2.* quòd in omnibus adrogationibus eſſe ſpectandum diximus *illat. præcedente*, Inuitat enim Legiſlator ciues ſuos ad contrahendas nuptias quantum poteſt, & ad procreandos liberos, ad Rempublicā non modò conſeruandam & perpetuandam, ſed etiam amplificandam, quæ tamen per adoptiones minui potiùs, quàm amplificari poteſt: minuitur namque ſi familia vna amittatur, quod fit per adrogationem. Amplificatur verò nunquam: ſiquidem illo etiam caſu, quo in adoptionem datur filiusfamilias, qui nullam dum familiam habet, Reſpublica ſanè non minuitur, ſed nec augetur quomodo per filium ex iuſtis nuptiis quæſitum vno capite augeretur. Reipublicæ autem intereſt quammaximè non ſolùm vti ne minuatur, ſed etiam vt in dies augeatur. Addit Vlp. In *d. l. nec ei*, præterea videndū eſſe, an non debeat permitti ei qui vel vnum iam habebit, vel plures fortaſſe liberos, alium adoptare. Ne, inquit, aut illorum quos ex iuſtis nuptiis procreauit, diminuatur ſpes ſuccedendi, quam vnuſquiſque liberorum ſibi obſequio paret; aut qui adoptatus fuit, minùs percipiat, quàm dignum erit eum conſequi: vſu enim compertum eſt, nulla magis, quàm ſpe ſuccedendi liberos in obſequio contineri, vt paternam beneuolentiam quam natura conciliauerit, perpetuis obſeruantiæ officiis retineant. Facit *l. ſi quando 35. §. illud. C. de inoffic. teſt. l. quidam cum filium 131. De verb. obligat.* Interdum & ditiorem adoptare permittetur pauperiori, ſi vitæ eius ſobrietas clara ſit, vel honeſta adfectio, nec incognita, *d. l. nec ei, §. penult.* Quid enim commune habet paupertas cum fide, vitæque probitate? *§. vl. infr. De ſuſp. tutor.* Apparet autem ex ea ratione, *adoptandi* verbum coarctandum hic eſſe ad adrogationem; quoniam filiusfamilias qui ſolus propriè adoptatur, nec pauperior, nec ditior eſſe poteſt, cùm bona omnino nulla habeat: *l. lex. Cornelia 28. De vulg. & pup. ſubſt.*

d. l. nec ei §. ſeq.

Illud quoque amplius eſt, quoties pupillus adrogatur, quod ſatiſdatio neceſſaria eſt, vt ait Vlpian. in *dict. l. nec ei 17. §. vl.* Nam vt in *l. ſeq.* ſubiungitur ex Marcello, Non aliter voluntati eius qui pupillum volet adrogare ſubſcribendum erit, quàm ſi cauerit ſeruo publico ſe bona illa omnia, quæ à pupillo

conſecutus

Digitized by Google

conſecutus fuerit, illis reſtituturum ad quos res peruentura eſſet, ſi adrogatus in ſuo ſtatu permanſiſſet. Quod & ſcriptum eſt in *dict. l. 2. C. eod.*

Obſeruandum tamen eſt, quod apud Marcellum additur, *ſi cauſam eius ob alia probabit*: vt intelligamus non ſufficere ad permittendam adrogationem, vt adrogator ſatiſdationem offerat, ſi adrogationis alia iuſta cauſa nulla ſit, ſicut nec vlla alia iuris parte poteſt vnquam facere ſatiſdatio, vt ob id ſolùm quod quis ſatiſdare paratus ſit, habeat, ſibique acquirat actionem, quam aliter non haberet. Hæc autem ſatiſdatio vbi præſtita eſt, non tantùm legitimis pupilli ſucceſſoribus prodeſt, ſed etiam generaliter iis omnibus quorum intereſt, putà libertatibus quæ ſecundis tabulis datæ ſunt, itémque legatariis, multò autem magis ſubſtituto, ſunt enim generalia verba illa ſatiſdationis ab adrogatore præſtandæ, *l. his verbis 19. eod. titul.* vbi tamen quod ſcriptum legimus *libertatibus profectum eſſe*, mihi durius videtur, mallémque legere *proſpectum*, quomodo & aliis pleriſque locis Prudentes loquuntur. Quod verò additur *ſubſtituto ſeruo*, oſtendit non cuilibet alij ſubſtituto pupillari proſpici per huiuſmodi ſatiſdationem, ſed ſubſtituto ſeruo duntaxat, quia fieri nullo modo poteſt, vt qui in aliena poteſtate moritur, decedat cum eo teſtamento quod alius ei fecerit, quàm is in cuius poteſtate mortis tempore reperitur. Atqui pupillaris ſubſtitutio nihil aliud quàm teſtamentum filij eſt, *leg. 2. l. ſed ſi plures 10. §. ad ſubſtitutos. De vulg. & pupill. ſubſt. l. Papinianus 8. § ſed nec impuberis, ff. de inoffic. teſtament.* Pupillarem ergo ſubſtitutionem quam pater fecerat filio impuberi, qui nunc adrogatur, prorſus extingui neceſſe eſt; vt iam ſuprà diximus ex *leg. nec ei 17. §. 2.* in illis verbis, *& ſubſtitutionem à parente factam extinguere.* ita vt nec iure prætorio conualeſcat; licet Noſtri vulgo poſt Accurſ. & Bart. contrà ſentiant. Vt proinde quod ſcriptum eſt in *l. non aliter 18. eod.* per hanc ſatiſdationem cauere adrogatorem, ſe reſtituturum ea, quæ ex bonis adrogati conſecutus fuerit, illis, ad quos res peruentura eſſet, ſi adrogatus permanſiſſet in ſuo ſtatu; neceſſariò reſtringendum ſit, quantum ad ſucceſſionis cauſam pertinet, ad legitimos pupilli ſucceſſores, non etiam protrahendum ad pupillarem ſubſtitutum: quamuis ad eum peruentura fuerit hæreditas, ſi impubes in ſuo ſtatu permanſiſſet, & in eadem ætate deceſſiſſet. Facilè namque patitur lex eam iniuriam fieri non ſolùm ſubſtituto, ſed etiam teſtatori patri, qui filio ſuo teſtamentum fecerat. Vt nimirum magis conſultum ſit pupillo, cui vtiliorem adrogationem quàm pupillarem ſubſtitutionem eſſe, probarique neceſſe eſt, priuſquàm eò deueniatur, vt adrogatio permittatur. Cùm enim non niſi ob pupillorum vtilitatem moribus receptum ſit contra iuris communis regulas, vt pater filio impuberi teſtamentum facere poſſit, quoniam pupillo non ſolùm vtilius ſit, ſed etiam honorificentius ſit teſtamentarium hæredem, quàm legitimum habere; *l. Iulianus 42. ff. de acq. hær.* non fuit æquum tantam haberi rationem pupillaris ſubſtitutionis, vt eius tuendæ gratia, vel adrogatio quæ pupillo vtilior futura eſſet

Cur ſubſtitutio pupillaris ſit fauorabilis.

impediretur, vel tantam vim legibus fieri neceſſe eſſet, quanta fieret, ſi mutata familia, mutatóque patre idem teſtamentum, quod prior pater filio fecerat, defenderetur. Alioqui plus priuilegij haberet pupillaris ſubſtitutio, quæ eſt exorbitans à iure communi, quàm teſtamentum aliud quodlibet patrisfamilias adrogati, quod per adrogationem factum irritum, non aliter conualeſcit iure prætorio, quàm ſi noua voluntas intercedat: *l. qui liberis 11. §. teſtamento, de ſec. tab.* Subſtituto tamen neceſſario, id eſt ſeruo proſpicitur per adrogatoris ſatiſdationem, at non quaſi ſubſtituto, ſed quaſi ſeruo, id eſt non ratione hæreditatis, ſed ratione libertatis. Cur enim deterioris conditionis eſſe debeat ſeruus pupillariter ſubſtitutus, qui & liber, & impuberi hæres eſſe iuſſus eſt, quam cæteri ſerui quibus datas in ſecundis quoque tabulis libertates conſeruandas eſſe placuit? Hic enim cæteris fauorabilior, teſtatoríque dilectior fuiſſe credendus eſt, à quo ſcilicet non tantùm libertatem meruerit, ſed etiam pupilli hæreditatem. Ob ídque nimirum Vlpianus de hoc ſeruo ſubſtituto loquitur, poſtquam de aliis libertatibus locutus fuit, ruſúſque mox de legatariis loquitur, vt doceat ſatiſdationem illam ad legatorum duntaxat & libertatum tuitionem, non etiam ad teſtamentariæ ſucceſſionis cauſam pertinere.

Caſus in quo maior eſt fauor legatorũ & libertatũ quàm ſubſtitutionis pupillaris.

At inquies, Potéſtne fieri vt irrito facto pupilli teſtamento, legata aliqua, vel libertates ex eo debeantur? Minimè. Et ob eam nimirum cauſam ſatiſdatio neceſſaria eſt, per quam & libertatibus & legatis proſpiciatur, vt quæ ex teſtamento peti non poterunt, ex ſtipulatione tanquam debita exigantur. Et hic germanus ni fallor Vlpiani ſenſus eſt in *d. l. his verbis.*

Dices, Cur non ergo æque ſubſtituto pupillari cuilibet proſpicimus per eandem ſatiſdationem, vt quamuis iure corruat pupillaris ſubſtitutio per adrogationem, tamen ex ſtipulatione poſſint bona peruenire ad ſubſtitutum, potiùs quàm ad legitimos ſucceſſores adrogato impubere defuncto? Nec enim minùs abſurdum eſt, eum, qui filiusfamilias & in noui patris poteſtate deceſſerit, legitimum hæredem habere intelligi, quàm vt teſtamentarium quem prior pater dederat, retinuiſſe intelligatur. Et ſanè fatendum eſt ſine hærede pupillum decedere, qui in adrogatoris familia decedit, viuo ſcilicet adrogatore. Sed tamen fauorabilior hac parte viſa eſt cauſa proximi agnati, qui legitimus pupilli hæres futurus erat, quàm teſtamentarij, id eſt pupillaris ſubſtituti, vt illi non etiam huic proſpici debuerit per remedium ſatiſdationis. Quia ſubſtituti pupillaris perſona certa eſt, quæ proinde non niſi improbe, ac contra bonos mores ſollicita eſſe poteſt de hæreditate impuberis adhuc viuentis: *leg. 2. §. interdum, ff. de vulg. & pupill. ſubſtitut.* Præmatura enim eſt ſpes ſucceſſionis, quandiu adhuc viuit is de cuius ſucceſſione tractatur: *leg. 1. §. ſi impubere, ff. de collat. bonor.* adeóque indignum ſe hoc ipſo redderet ſubſtitutus, qui contra ius gentium tantopere feſtinaſſet, vt Papinianus loquitur in *l. donare 29. alias l. quidam, in fin. ff. de donat.* Præſertim cùm poſſit etiam ipſe ſubſtitutus ante pupillum mori, *l. Statius Florus 48 §. 1. ff. de iur. fiſc.* nec niſi malo nimis omine caſus ille

Cur hac parte fauorabilior cauſa ſit legitimi ſucceſſoris quàm ſubſtituti pupillaris.

Digitized by Google

ſperari poſſit, vt ante ſubſtitutum pupillus ſit moriturus. At perſona illius qui ab inteſtato ſucceſſurus ſit pupillo, incerta eſt, cùm æſtimanda ſit ex tempore mortis pupilli, quo tempore quiſnam proximus ei agnatus futurus ſit, ignoratur: Veréque hoc caſu poteſt vſurpari dictum illud Imperatoris, *Nemo ſuum occidit ſucceſſorem.* Itaque cum propter vtilitatem pupilli qui adrogatur, ita ius conſtitui placuerit, vt non aliter adrogatio permittenda ſit, quàm ſi hi qui ſanguinis neceſſitudine pupillo iunguntur, id ei expedire apud Præſidem prouinciæ confirmauerint, vt ſcribunt Impp. in *d. l. 2. C. hoc tit.* non poſſunt videri improbi, qui ſolliciti ſunt de impuberis hæreditate, non tam ſibi ipſis nominatim, quam ei qui mortis pupilli tempore proximus agnatus futurus ſit, conſeruanda. Maximè verò cum ad ipſius impuberis vtilitatem principaliter id pertineat. Ne alioqui maneat eius vita expoſita inſidiis patris adrogatoris, ſi fortè conſilium malum habuerit prætextu adrogationis irruendi in pupilli facultates, vt habet *d. l. 2.* Non enim aut meliùs, aut aliter huic periculo proſpici & occurri poſſe viſum eſt, quàm ſi caueret adrogator ſe bona pupilli vniuerſa reſtituturum in eum caſum, quo adrogatus impubes moreretur. Quibus verò? niſi legitimo ſucceſſori, quiſquis ille futurus eſſet. Ideo autem alia etiam ratione legitimo ſucceſſori, potiùs quam pupillari ſubſtituto proſpiciendum fuit, quia pupillaris ſubſtituti ius temporale eſt, cùm pupilli pubertate finiatur, legitimi verò ſucceſſoris ius perpetuum futurum erat, ſi impubes non fuiſſet adrogatus, ſiquidem quiſquis paterfamilias decedit, & inteſtatus hæreditatem aliquam vt relinquat neceſſe eſt, quæ agnato proximo per legem ſuo tempore deferatur. Difficilius ergo eſt, vt ſubſtituto pupillari nominatim, quàm vt legitimis pupilli ſucceſſoribus proſpiciatur, quia ius temporale facilius tollitur quam perpetuum. In propoſito autem tanto faciliùs, quod ſpes legitimæ ſucceſſionis eſt ex iure communi, ius verò ſuccedendi ex pupillari ſubſtitutione ſpeciale eſt, & exorbitans, vt loquuntur, à regulis iuris communis, quæ nec patremfamilias de aliis quàm de ſuis bonis, nec ſupremam cuiuſquam voluntatem ex alieno arbitrio pendere patiuntur: *l. verbis legis 120. De verb. ſig.* iunct. *l. illa inſtitutio 32. ff. de hær. inſt.* Facilis autem eſt reditus iuris ſpecialis ad ius commune; ſicut & vniuſcuiuſque rei ad ſuam naturam: *vulg. l. ſi vnus 27 §. pactus ne peteret, in fin ff. de pact.*

Subſtitutio pupillaris eſt ex iure ſpeciali. Succeſſio autem legitima ex iure communi.

Sed cùm hæc ita ſint, illud adhuc mirum videri poteſt. Cur ergo libertatibus & legatis in pupillari teſtamento relictis ſuccurramus beneficio ſatiſdationis: nimirum quia non ſicut fauor & vtilitas pupilli exigit, vt adrogatio extingeat pupillarem ſubſtitutionem, quippe quæ ſimul cum adrogatione ſtare nullo modo poſſit: ita & videri poteſt illud etiam exigere, vt omnino intercidant libertates & legata, nempe quæ rupto vel irrito facto teſtamento deberi tamen ex fideicommiſſo poſſent, etiam ab inteſtato, & à ſucceſſoribus legitimis quibuſcunque: *l. generaliter 24 §. ex teſtamento ff. de fideic. liber. l. 1. C. eod.* Parum enim pupilli intereſt: Quomodo tamen eiuſdem intereſt è contrario, vt prætextu pupillaris ſubſtituti, quem ſimul cum adrogatore habere nequeat, non prohibeatur adrogari, ac prohibeatur potiùs habere ſubſtitutum pupillarem, quem tamen ſi ex teſtamento non habeat, ab inteſtato habere non poteſt, non magis quàm decedere ſimul teſtatus, & inteſtatus in iiſdem bonis. Denique irrito per adrogationem facto pupilli teſtamento, nullum ius ſupereſt pupillaris ſubſtituti, propter quod æquum ſit ei ſuccurri per ſatiſdationem, quin potius ex eo tempore incipit locus fieri legitimo quandoque futuro ſucceſſori, cui ſi nec magis quàm pupillari ſubſtituto ſuccurreretur, euenire neceſſe eſſet vt omnes pupilli facultates remanerent penes adrogatorem, quem ea ratione ſub obtentu adrogationis in bona pupilli improbe irruiſſe conſtaret.

Porrò ad eam pupilli ſucceſſionem vocatus legitimus ſucceſſor beneficio præſtitæ ſatiſdationis, æqui bonique conſulere debet quod libertates & legata nihilominùs præſtentur, cùm ſi adrogatio nulla facta fuiſſet, nihil vtique ille ex pupilli bonis habuiſſet, tanquam excluſus per ſubſtitutionem pupillarem: Sicut & pupillaris ſubſtitutus conqueri non poteſt, quod pupillaris ſubſtitutio facta ſit irrita ob maiorem pupilli vtilitatem, cùm nec alia ratio præterquàm pupillaris vtilitatis feciſſet vt pupillo ille ſubſtitui pupillariter potuiſſet. Fauemus igitur legitimo ſucceſſori non contra ſubſtitutum pupillarem, cuius cauſa potior eſſe deberet; ſed contra adrogatorem; adrogatori autem contra ſubſtitutum, ex cauſa, & fauore ipſius pupilli, qui non poteſt non eſſe fauorabilior ſuo ſubſtituto; ipſis verò legatariis, & libertatibus contra legitimum ſucceſſorem, quamuis libertates & legata non ab ipſo legitimo ſucceſſore præſtari poſſint, qui nec verè ſuccedit ab inteſtato, cùm adrogati, qui filiusfamilias deceſſit, hæreditas nulla eſſe poſſit, ſed ab adrogatore præſtari debeant tanquam à domino, cuius ſolius eſt & libertates dare, & legata ſoluere. In præiudicium tamen agnati proximi, qui ſi libertates & legata ſimul cum pupillari ſubſtitutione omnino intercidiſſent, tanto amplius & locupletius pupilli patrimonium per adrogatoris hæredúmve ipſius manus ex interpoſita ſatiſdatione conſequeretur. Idque etiam fauor libertatis poſtulat, vt quam citò fieri poſſit præſtetur, nec ei longior mora fiat per circuitum faciendæ legitimo ſucceſſori reſtitutionis bonorum pupilli. Cùm verò ſatiſdatio ſic conciperetur, vt faciendam bonorum pupillarium reſtitutionem præ ſe ferret, intelligimus non potuiſſe huiuſmodi libertates defendi iure directarum. Directæ ſiquidem competunt ipſo iure, non autem præſtantur, aut reſtituuntur; vt pluribus ſcripſimus ad *leg. 9 C. de fideicommiſſ. libert. lib. 6. Coniect. capite 16.* Nam ſi in hac ſpecie ſola iuris poteſtate conſeruarentur libertates, vt euenit aliquando factum hominis ſuppleri poteſtate legis, vt in *titul. ff. qui ſine manum. ad libert. peruen.* nulla opus eſſet ſatiſdatione, quam tamen adeò neceſſariam eſſe conſtat, vt etiamſi omiſſa ſit per errorem fortaſſe, vtilis tamen actio quaſi ex ſatiſdatione in eam rem inducatur, quemadmodum ſubiungit Vlp. in *d. l. his verbis.*

Libertates quæ conſeruantur beneficio ſatiſdationis, non defenduntur iure directarum, & quare.

Cæterùm

Digitized by Google

Cæterùm quod dicimus conſeruari libertates & legata per ſatiſdationem, ita accipiendum eſt, ſi impubes adrogatus in ea pupillari ætate deceſſerit: alioqui fieri non poteſt vt adueniente pubertate non intercidant, quæ intercidérent etiamſi ſubſtitutio pupillaris per adrogationem irrita facta non fuiſſet. Facit *l. quod ſi deſc. 93. Delegat.* 1.

An verò idem dicemus de bonorum pupillarium reſtitutione legitimo ſucceſſori facienda? Vt ſcilicet adrogato poſt pubertatem defuncto euaneſcat ſatiſdatio, & ita liberetur adrogator à reſtitutionis neceſſitate. Ita innuere videtur Marcellus in *d. l. hac autem* 10 *ff. hoc tit.* cùm ſcribit, hanc ſatiſdationem locum habere ſi impubes deceſſerit. At ſi ita eſt, eueniet vt omnia adrogati bona etiam inuiti remaneant penes adrogatorem. Non enim eò magis poterit ille de bonis ſuis teſtari quod pubes factus ſit, cùm in eius perſona teſtamenti factionem non ſolùm pupillaritas impediret, ſed illa etiam ratio quæ poſt pubertatem quoque manet, quod in aliena eſſet poteſtate. Sed reſpondendum eſt non idcirco futurum vt in adrogati inuiti facultates irruiſſe adrogator videatur, quia ex quo tempore adrogatus pubes factus eſt, incipit poſſe conqueri de adrogatione, ac petere vt emancipetur, atque ita priſtinum ius recuperet, ſi putet probétque ſibi non expedire, vt in patriam poteſtatem redigatur. Quod & Magiſtratus ei petenti ſolet indulgere cauſa cognita, hoc eſt ſi iuſtum puberis deſiderium eſſe animaduerterit: *l. nonnunquam* 31. *& ſeq. ff. hoc ti.* Quamuis regulare ſit, vt filius qui in patris poteſtate eſt, nullo modo poſſit compellere patrem, vt faciat ne ſit filius in poteſtate ſiue naturalis ſit, ſiue adoptiuus: *l. non poteſt* 31. *eo.* ſicut è contrario inuiti filij naturales, vel emancipari, non rediguntur in patriam poteſtatem: *l. vlt. ff. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt.* (quia ſicuti ex parte patris patria poteſtas eſt quid inæſtimabile, quod inuito patri auferendum proinde non eſt; *l. filiusfamilias* 114. *§. ſed ſi liberis. De leg.* 2. ita ex parte illius qui paterfamilias & ſui iuris ſemel factus eſt, inæſtimabilis res eſt quòd ſit ſui non alieni iuris) Ergo ſi impubes adrogatus, pubes factus, maneat vltrò in adrogatoris poteſtate, cùm non poſſit ignorare futurum vt in eo ſtatu nullum hæredem, neque teſtamentarium, neque legitimum habiturus ſit; nulla fit iniuria legitimo ſucceſſori, quo etiam inuito & ignorante pubes adrogandum ſe poſſet dare, ſi id ſibi crederet expedire; ipſi verò puberi, multò minùs, cùm poſſet adrogationem improbare, noluit facere, ſed in ea perſtare maluit, licèt aliquo modo videatur adrogatoris reuerentia prohiberi per verecundiam, ne de adrogatione conqueri audeat; ſemper enim verum eſt videri eum id maluiſſe: *l. ſi patre cogente* 32. *ff. de rit. nupt.* Quòd ſi pubes de adrogatione conqueri velit, nec tamen cauſam vllam ſatis iuſtam vel alleget, vel probet, ita vt Magiſtratus videat expedire ipſi vt potiùs in adrogatoris poteſtate, retineatur, non video quænam ei, aut legitimo eius ſucceſſori iniuria fieri videatur, cùm non adrogatori, ſed ipſi adrogato proſpiciatur. Planè ſi adrogator deceſſerit impubere relicto filio adoptiuo, & mox impubes decedat, non eo minùs hæredes adrogatoris tenebuntur, vt & bona adrogati ipſi reſtituant, & prætereà quartam partem bonorum adrogatoris: *l. ſi adrogator* 22. *eod. titul.* Vt enim committatur ſtipulatio ſatiſdationis, ſufficit adrogatum decedere impuberem, ſiue viuo, ſiue mortuo adrogatore decedat, quamuis adrogatio morte adrogatoris finiatur, fiatque adrogatus ſui iuris: Non aliam ſiquidem conditionem habebat ſtipulatio præter hanc, *ſi adrogatus impubes decederet*, *§. cùm autem impubes, hoc titul.* Puberi adrogato quamuis minori annis vigintiquinque difficilius eſt vt ſuccurratur, quia cùm ei neceſſaria ſit in integrum reſtitutio, non videtur res capere reſtitutionem cùm perſona ſtatum mutat: *l. ſi ex cauſa* 9. *§. Papinianus, & §. vlt. ff. de minorib.* Sed tamen magis eſt, vt ei quoque ſubueniri debeat, ſi doceat ſe in adrogatione ipſa circumuentum dolo malo adrogatoris, puta ſi prædo locupletem hominem adrogauerit: *l.* 3. *§. ſi quis minor ff. eod.* Sed non ſufficiet vt probet ſibi expedire ſui iuris eſſe potiùs quàm alieni; vt deterior ſit conditio eius, qui ſeipſum adrogandum dedit, quàm impuberis qui per alium adrogatori datus fuit. Siquidem fieri facilè poteſt, vt expediat adrogato eximi de patria poteſtate, nec tamen ille ab adrogatore in adrogatione ipſa circumuentus ſit, quo caſu impuberi poſtea facto puberi ſuccurretur, minori verò non item.

l. ſi adrogator 22. *ff. hoc tit.*

Superioribus verò, quæ diximus, de adrogati bonis reſtituendis, addendum illud eſt. Defuncto adrogato impubere, non tantùm ea bona quæ ille ante adrogationem habuit, legitimo ſucceſſori reſtituenda eſſe, ſed illa etiam quæ durante adrogatione adrogatori quæſita ſunt per adrogatum; puta ſi adrogatus ille ab aliquo hæres inſtitutus adierit hæreditatem iuſſu adrogatoris: *d. §. cùm autem impubes, l. vlt. ff. ſi quid in fraud. patr.* Quod etiam obtinet ſic multò magis, ſi adrogato ipſi viuo fortaſſis ſine cauſa emancipato ab adrogatore fieri reſtitutionem oporteat, aut ab hæredibus adrogatoris ante impuberem defuncti, vt in ſpecie *d. l. ſi adrogator.*

ILLATIO XII.

De legitima portione debita adrogato ex conſtitutione D. Pij.

DVodecimò ex eodem Principio fit, vt quemadmodum filiofamilias ex iuſtis nuptiis quæſito debetur à patre legitima portio, quæ olim quarta erat portionis hæreditariæ ab inteſtato competituræ, ita & filiofamilias adrogato ſimilis portio, id eſt quarta pars bonorum adrogatoris debeatur, ex reſcripto & conſtitutione Diui Pij: *d. l. ſi adrogator* 22. *in princip. &* § 1. *hoc tit. l.* 2. *C. eod. d. l. vlt. ſi quid in fraud patron. l. Papinianus* 8. *§. ſi quis impubes* 15. *ff. de inoffic. teſtam. d. §. cùm autem impubes, verſ. ſed etſi, Inſtit. hoc tit.* Non alia vtique ratione quàm quòd paterfamilias fiat per adrogationem filiusfamilias. Atqui reſcriptum Diui Pij ad adrogatos duntaxat pertinet, non etiam ad filiosfamilias in adoptionem datos, cùm tamen non eo minus

d. l. ſi adrogator 22. *in prin. & §.* 1. *hoc tit. l.* 2. *C. eod l. vlt. ſi quid in fraud. patr.*

filiusfamilias patris adoptiui ſit is, qui ante adoptionem quoque iam filiusfamilias erat. Ita eſt. Immo nec ad quemlibet adrogatum huiuſmodi reſcriptum pertinet, ſed ad impuberem duntaxat, vt apparet ex ſupradictis locis. Itaque ſi quis iam pubes factus adrogandum ſe dederit; nulla ei quarta ex eo reſcripto debebitur. Sed non erit bona conſecutio ſi quis ex eo inferat, nullam igitur quartam ei debitum iri. Nam cùm per adoptionem quamlibet fiat ſuus hæres, neceſſe eſt vt adoptiuo patri ſuccedat tanquam ſuus hæres, ſiue pater ille teſtatus, ſiue inteſtatus deceſſerit, & ſiue adrogatio, ſiue ſpecialis adoptio facta ſit: niſi ponas eum à patre exhæredatum, quo caſu ſi iuſta fuerit eius exhæredandi cauſa, certum eſt nullam ei legitimam deberi, quia nec ſi naturalis & legitimus filius eſſet, vlla tamen legitima ingrato ei deberetur. Sed ſi iniuſta fuit exhæredatio, conſtat habere illum querelam inofficioſi teſtamenti, quam porrò aliud excludere non poſſit quàm ſi habeat quartam: *l. quidam cùm filium 132. verſic. ergo exhæredatus, De verb. oblig.* Ergo etiam citra reſcriptum Diui Pij quartam habere debet filius adoptiuus, qui iuſtam exhæredationis cauſam nullam admiſerit. Cur ergo inquies, neceſſarium fuit reſcriptum Diui Pij, vt impuberi adrogato proſpiceretur? An fortè verendum erat, ne alioqui deterior eſſet cõditio impuberis quàm puberis adrogati? Minimè. Sed quia impuberis adrogati, qui cauſam ingratitudinis vix vllam admittere poterat, valdè intereat vt certus eſſet de quarta illa omnimodo habenda, neque neceſſitati querelæ aliquando proponendæ ſubiiceretur propter dubium euentum iudiciorum, ſumptus & incommoda tractandæ litis. Item quia prudentiſſimus Imperator putauit prouidendum eſſe pupillo aliquo caſu, etiam quo is, viuo adrogatore, putà ſi emancipatus moreretur. Quo tamen caſu certum eſſet, nullam ei legitimam alioquin deberi poſſe, non enim fieri magis poteſt vt ex bonis viuentis debeatur cuiquam portio legitima, quæ nihil aliud eſt niſi portio portionis ab inteſtato contingentis, vt iam diximus: *l. cùm quæritur 6. l. quæ nuper 31. C. de inoff. teſtam.* quàm vt viuentis vlla hæreditas & ſucceſſio ſit, quæ eſſe nequit: *l. 1. ff. de hære. vel act. vend. l. 1. ff. pro hæred.*

leg. quidam cùm filium 132. De verb. obligat.

Cur verò voluit Diuus Pius pupillo prouidere in eum quoque caſum quo emancipatus pupillus ante adrogationem moreretur? An non ea ratione videtur legitimis pupilli ſucceſſoribus magis quàm pupillo ipſi prouidiſſe? Reſpondeo ad pupilli quoque vtilitatem id pertinere, vt callidi & maligni adrogatores non tam facilè conſilium caperent irruendi in pupilli facultates. Itémque vt conſtantiores fierent ad pupilli perſonam in familia retinendam, cùm præuiderent fore vt emancipato adrogato impubere, non tantùm bona ipſius omnia, ſed proprij quoque patrimonij quartam partem legitimo cuicunque impuberis ſucceſſori, nedum impuberi ipſi reſtitui oporteret: quo periculo & incommodo non liberabantur perueniente impubere ad pubertatem. Nam ſi puberem factum adrogator ſine cauſa emancipaſſet, perinde ſe obſtringebat, vt quandocunque moriens quartam ei relinquere cogeretur: *d. §. cùm autem impubes, verſic. ſed etſi.* Quemadmodum & ſi eum immerentem exhæredaſſet, nec querelæ inofficioſi teſtamentum ſuum ſubiacere voluiſſet: *d. l. quidam.* In quo deterioris conditionis erat impubes adrogatus & exhæredatus, ſiue pubes decederet, ſiue impubes, quàm filius naturalis ex iuſtis nuptiis ſuſceptus, aut à patre naturali in adoptionem datus, adeóque quam adrogatus pubes. Nam impuberi adrogato quantumuis immerenter exhæredato non poteſt competere querela, etiamſi nihil ei relictum ſit, cùm ſemper & omni caſu habeat quartam ex conſtitutione Diui Pij, tanquam æs alienum, & ex Principali prouidentia; vt *d. l. ſi adrogator 22. §. 1.* loquitur Vlpianus & in *d. l. Papinianus, §. ſi quis impubes, ff. de inoff. teſtam.* Cæteris verò liberis nulla quartæ petitio competit, niſi per querelam, & ita demum ſi velint queri de inofficioſo patris teſtamento. Querelâ verò propoſitâ, neceſſe eſt reſcindi teſtamentum, atque ita filium ſiue adoptiuum, ſiue naturalem & legitimum, tanquam ſuum hæredem ſuccedere ab inteſtato in tota hæreditate, ſi alius ſuus hæres nullus ſit, quod in perſona impuberis & adrogati & exhæredati contingere non poteſt, cùm reſcindere teſtamentum nequeat is, qui querelam proponere non poteſt: *d. §. ſi quis impubes*, vbi ſcribit Vlpianus, quod magis eſt. Etiamſi impubes adrogatus ſit ex iis perſonis, quæ & citra adoptionem & emãcipationem queri de inofficioſo poſſunt, eſſe tamen illum remouendum à querela, *cùm*, inquit, *habeat quartam ex conſtitutione Diui Pij.* Subiungit autem, *Quod ſi egit, nec obtinuit* (neque enim obtinere poteſt in querela qui habet quartam) *an quartam perdat?* Ita namque ius cõparatum eſt, vt qoi conqueſtus eſt de inofficioſo, ſi ſuccubuerit, amittere debat ea omnia quę habuit ex iudicio defuncti quod impugnauit: *l. filius 22. eo. tit.* Et reſpondet aut non eſſe admittendum hunc ad querelam inofficioſi, aut ſi admittatur, quamuis non obtinuerit quartam ei quaſi æs alienum concedendum. Cur verò de impobere adrogato loquitur Vlpianus, niſi quia in eo qui iam pubes adrogatus eſſet, aliud probari oporteret, diſtinguique an eſſet ille iuſtè, an iniuſtè exhæredatus, aut an à patre quartam haberet néc ne, quippe quam hoc caſu non habeat omnimodo ex Principali prouidentia. Sed & notáda ſunt apud Vlpianom verba illa *citra adoptionem & emancipationem.* Poſſit. n. quis mirari cur de emancipatione agi oportuerit, cùm de querela tractaretur; Quare verò, ſicut adoptio, ita & emancipatio querelæ proponendæ ius poſſit inducere. Sed reſpondendum eſt, quod iam ſuprà diximus, ad id reſpicere Vlpianum quod impuberi adrogato debetur qoarta ex reſcripto Diui Pij, non illo tantùm caſu quo fuerit ipſe ab adrogatore exhæredatus, ſed illo etiam quo eum ſine cauſa pater emancipauerit: *d. ver. ſed etſi.* quia pro exhæredatione habetur emancipatio, quæ facit vti ne amplius neceſſe ſit eum exhæredari, cùm ex eo tempore fiat extraneus, quem poſtea exhæredari ineptum eſſet: *d. l. quidam.* Qua etiam ratione puto non aliam impuberis emancipandi cauſam iuſtam eſſe potuiſſe, quàm quæ iuſta cauſa fuiſſet exhæredandi. Hac tamen differentia, quod exhæredato filio, qui fuerat impubes adrogatus, debetur omnimodo quarta ex bonis prædefuncti adrogatoris, ſiue adrogatus decedat impubes, ſiue pubes, nec inquirimus an iuſta fuerit cauſa exhæredandi, de quo ſcilicet inquiri, nec ſolet, nec poteſt, niſi propoſita querela. Emancipato autem nulla debetur quarta, niſi cùm ſine cauſa emãcipatus fuit.

§. ſi quis impubes l. Papinianus, ff. de inoff. teſt.

Atque

Atque ita accipiendum eſſe quod diximus ex Iuſtin. *d. ver. ſed etſi.* Si decedens pater filium adrogatum exhæredauerit, vel etiam viuus eum ſine cauſa emancipauerit, quartam partem bonorum ſuorum ei relinquere iuberi. Ex quibus verbis apparet etiam quod paulo antè Iuſtinianus ſcribit non aliter adrogatori licere filium adrogatum emancipare, quàm ſi cauſa cognita dignus fuerit viſus adrogatus qui emanciparetur, & de adrogatoris familia eiiceretur. Ita debere accipi, vt non poſſit impunè emancipari, quandoquidem emancipationis pœnam illam pater ſubiit, vt non eo minùs quartam huic filio relinquere pater cogatur, perinde ac ſi in familia eum retinuiſſet. Alioqui quomodo poſſet filius reperiri emancipatus ſine cauſa, ſi abſoluté verum eſſet non niſi cauſa cognita & probata emancipari eum poſſe?

Nec repugnat quod diximus vix eſſe, vt iuſtam exhæredationis, aut emancipationis cauſam præbeat impubes. Hoc enim ius non ad impuberes duntaxat pertinet, ſed ad puberes quoque, ſiue emancipatos, ſiue exhæredatos, dummodo impuberes fuerint adrogati. Vt intelligamus adrogati puberis emancipationem liberam & impunitam eſſe, quamuis non etiam exhæredationem, quæ ſine cauſa facta eſſe proponatur. Poteſt namque imputari puberi, cur non ſibi melius proſpexerit per ſtipulationem in eum caſum quo ſine cauſa emanciparetur; vt ſcilicet eo caſu, vel quartam bonorum partem, vel certum quid aliud pater promitteret: *d. l. quidam, verſ. quare ſic debuit.* Vbi quamuis Paulus exhæredationem cum emancipatione coniungat, fatetur tamen in præcedentibus meliorem eſſe hac parte conditionem exhæredari quàm emancipati, cùm ait exhæredatum, ſi non meruit exhæredari, poſſe agere de inofficioſo; emancipatum verò quamuis ſine cauſa hoc quoque auxilio carere. Inferens ex eo ſic interponi ſtipulationem debuiſſe, vt ſi pater filium adoptiuum emancipaſſet, aut exhæredaſſet, certum quid pœnæ nomine præſtaret.

d. l. quidam 1 32 de verb. oblig.

Quid verò prodeſſe poterat exhæredationis quoque mentionem in ea ſtipulatione factam eſſe, An vt exheredatio impediretur filij etiam qui iuſtam ingratitudinis cauſam commiſiſſet? Minimè, Eſſet enim maligna illa, ſiue ſtipulatio, ſiue ſtipulationis interpretatio, & contra bonos mores, quæ inuitaret filium ad delinquendum; in eóque fauorabilior eſt cauſa impuberis adrogati, tùm quoque cùm pubes decedit, quàm puberis adrogati, aut etiam impuberis in adoptionem dati: vt exhæredatio; quamuis alioqui iuſta non debeat ei nocere, quominùs quartam habeat ex Principali prouidentia, quia nec iniuſta ei prodeſſet ad proponendam querelam, & euertendum patris teſtamentum; ſed quia filio adoptiuo immerenter exhæredato longè tutius eſt agere ex ſtipulatione, quàm querela inofficioſi, non ſolùm propter dubium euentum querelæ, cui ſolet valde obſtare fauor teſtamenti, ſed etiam quia ex Pandectarum iure filius agens querela, non aliter poterat obtinere quam ſi probaret ſe immerentem exhæredatum: *l. liber. 28. C. de inoff. teſt.* quouſque à Iuſtinian. id correctum eſt in *l. omnimodo 30 eo & Nou. 115. vt cùm de appell. cogn. §. aliud quoque capitulum.* Cùm tamen ſi ex ſtipulatione filius ageret, quæ non aliam præter hanc conditionem habuiſſet, *ſi filium exhæredaſſet pater aut emancipaſſet.* non aliud probandum habuiſſet filius, niſi quod vel exhæredatus, vel emancipatus eſſet, Patríque aut ipſius hæredi onus incuberet replicandi, probandíque iuſtis ac meritis de cauſis factam eſſe exhæredationem, vel emancipationem. Nemo autem neſcit quantum interſit cuiuſlibet, ſed præſertim actoris, vt probationibus, quæ vt plurimum difficillimæ ſunt, non oneretur: *§. cõmodum, Inſtit. de interd.* Etſi verò Paulus tota ea lege loquitur de illo, qui non adrogatus, ſed à patre ſuo naturali in adoptionem datus fuerit, nihil tamen putamus intereſſe an de adrogato loquamur, dummodo iam pubere tempore adrogationis; an verò de filiofamilias, ſiue impubere, ſiue pubere dato in adoptionem à patre. Quod enim patri naturali filium ſuum in adoptionem danti poteſt imputatari, cur filio ſuo non melius proſpexerit; idem idem ſibi imputare pubes debet, ſi cùm ſe adrogandum vltrò dedit, melius ſibi non cauerit: Solus impubes adrogatus ille eſt, cui nihil poteſt imputari, & cuius proinde cauſam hac parte fauorabiliorem eſſe neceſſe eſt, vt quandocumque exhæredatus, vel ſine cauſa emancipatus etiam poſt pubertatem, habeat auxilium non querelæ inofficioſi teſtamenti, quod nec ſi immerenter exhæredatus eſſet, habere poſſet, ſed conſtitutionis Diui Pij, quæ quartam bonorum adrogatoris partem tribuit impuberi adrogato quandocunque poſtea, ſiue ante, ſiue poſt pubertatem, vel exhæredato, vel ſine cauſa emancipato. Quamquam autem ea quoque inter emancipationem & exhæredationem differentia eſt, quod emancipatio ab adrogatore facta ſtatim vires habet, exhæredatio verò non niſi poſt mortem exhæredantis, adeóque agnita ipſius hæreditate: *leg. ſcripto 7. vnd. liber. l. filium 20 ff de bon. poſ. cont. tab.* non ideó tamen putandum eſt, petitionem quartæ bonorum adrogatoris ſtatim ex die emancipationis ſine cauſa factæ competere filio adrogato, eidémque emancipato, ſed ex die duntaxat mortis, & conſequenter inſpecta quoque illa bonorum quantitate quàm moriens adrogator reliquerit: *d. l. vlt. ff. ſi quid in fraud. patron.* Vbi addit Paulus, non tantùm eam quartam partem bonorum adrogatoris ad adrogatum pertinere, ſed etiam bona ei omnia quæ patri acquiſierat reſtitui oportere, ac multò magis illa quæ ſimul cum ſuo capite in familiam adrogatoris tranſtulerat: Nam & hæc acquiſiuerat patri per adrogationem. Immò & eo caſu, quo ex iuſta cauſa emancipatur adrogatus, licèt quartam perdat, vt ſcriptum eſt in *d. l. vlt.* non tamen perdit bona ſua, quæ alioqui ſimul cum quarta ipſa ei reſtitui oportuiſſet: *d. §. cum autem impubes*, in illis verbis, *& tunc bona ſua ei reddit.* Planè quoniam à tempore emancipationis ſine cauſa malóque animo factæ in tempus vſque mortis, multa ex adrogationis bonis alienari per eum poſſent in fraudem conſtitutionis, rectiſſimè prouiſum eſt impuberi quò iam adrogato, vt ſi tale quid admiſſum probetur, id eſt in quartæ fraudem alienatum, totum id per quaſi Caluiſianam vel Fauianam reuocetur, vt Paulus tractat in *d. l. vlt.*

leg. vlt ff ſi quid in fraud. patron.

Hæc verò omnia cùm ita ſint, difficile videtur intelligere quam ſententiam aut rationem habeat, quod apud Vlpianum tractatum ſcriptúmque legimus in *dict. l. 1 §. ſi impubere. ff. de colla. bono. Si impubere*, inquit, *adrogato ſecundum reſcriptum D. Pij quarta debeatur Videndum eſt an ſi patris naturalis bonorum poſſeſſionem petat,*

conferre quartam debeat. Tractat ſiquidem, vt apparet, de filio, qui à patre ſuo naturali & legitimo emancipatus fuerit, atque ita ſui iuris factus, deinde adrogatus; Non enim dici poſſet adrogatus qui adoptionis tempore ſui iuris non fuiſſet: *l. adrogatus cuts 6. C. hoc tit.* nec rurſus ſui iuris eſſe potuit filius patrem habens & legitimum & naturalem, quin à patria poteſtate liberatus fuerit per emancipationem. Supponit ergo Vlpianus filium hunc à patre naturali emancipatum, & ab extraneis adrogatum, nihilominus poſſe ſuccedere patri naturali ſaltem iure prætorio, ac petere bonorum ipſius poſſeſſionem ab inteſtato. Nam de ſucceſſione inteſtati eum locum intelligi debere ex eo conſtat, quod iure veteri non fiebat collatio, quoties ex teſtamento ſuccedebatur, niſi teſtator eam fieri nominatim præcepiſſet; quod à Iuſtiniano poſteà correctum fuit, *l. 1.* iunct. *Auth. ex teſtamento. C. de colla.* Atqui hoc primum falſum eſt, potuiſſe Vlpiani temporibus filium emancipatum, eundémque adrogatum ſuccedere patri naturali ab inteſtato, ſiue ciuili, ſiue prætorio iure; quia nec patrem naturalem habere vllum credebatur, ſed ſolùm adoptiuum, in cuius familiã per adrogationem tranſlatus fuiſſet; vt non obſcurè, nec ſemel Iuſtinianus ait in *l. pen. C. hoc tit.* vbi ob hanc cauſam ſcribit, in huiuſmodi filiis adoptiuis mirum illud fuiſſe, quod matrem naturalem haberent, patrem verò naturalem nullum habere intelligerentur. Is enim ſenſus eſt *verſ. quid enim materna iura.* Sed & ob eam cauſam putabat Papinianus, vt *ibidem* Iuſtinianus refert, filium hunc adoptatum, ſi à patre ſuo naturali fuiſſet exhæredatus, non eſſe admittendum ad querelam inofficioſi teſtamenti; Paulus verò admittendum quidem, ſed ſine effectu, hoc eſt eo modo quo extraneus quilibet tanquam ad publicam accuſationem, ſine vlla tamen ſpe obtinendi; vt in *l. 2. l. 6 §. 1 ff. de inoff. teſtam.* Nimirum quia cùm querela ideirco proponatur, vt reſciſſo teſtamento ſuccedi poſſit ab inteſtato, nec aliud ſit legitima portio, quæ inducere querelam ſolet, niſi portio hæreditatis ab inteſtato contingentis, *d. l. quã nuper. 31. C. eo.* conſequens eſt, vt non alius querelam proponere cum effectu poſſit, quàm qui habeat ius ab inteſtato quoque ſuccedendi. Et ideo non arcebantur emancipati liberi, iidemque exhæredati à querela inofficioſi teſtamenti, *l. non putauit 8 in prin ff. De bon. poſſ. contr. tab.* ſi modò petiiſſent primum à prætore bonorum poſſeſſionem illam, quæ *litis ordinanda gratia* dicebatur, de qua in *l. 6. §. vlt. l. 7. & l. 8. in prin. ff. de inoff. teſta.* per quam fierent capaces implorandi auxilij, quod totum ciuilis, non prætorij iuris erat. Nempe quoniam emancipati iure prætorio perinde habentur liberi, ac ſi nunquam emancipati fuiſſent, vt æquè poſſint ſuccedere ab inteſtato ex capite. *Vnde liberi.* At ſi non emancipati, ſed in adoptionem dati eſſent quia eo modo non tantum patrẽ priorem; id eſt naturalem & legitimum amittebant iure ciuili, vt patresfamilias fierent (fiebat enim adoptio per emancipationem, *l. vl. C. eo.*) ſed etiam nouum & alium patrem nanciſcebantur non magis poterat Prætor habere illos prò liberis patris priſtini & naturalis, quam facere vt poſſint illi habere duos patres, quod per rerum naturam impoſſibile eſt. Siquidem adoptiuum quoque patrem Prætor ius ciuile ſubſecutus, pro vero patre habebat, non minus quàm ſi & legitimus & naturalis fuiſſet etiam in ea parte edicti quæ eſt De bonorum poſſeſſionibus, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato: *l. 1. in prin. l. 3. §. 1. & ſeq. ff. de bon. poſſ. contr. tab. l. 1. §. liberos ff. vnd. liber. l. 1. § ſuos hæredes ff. de ſuis & leg.* Facit *l. ſi emancipatus 6. §. vlt. ff. de bon. poſſ. contr. tab.* Manſitque hoc ius & ciuile, & prætorium, vſque ad Iuſtiniani conſtitutionem in *d. l. pen. C. hoc tit.* quia primum fuit inductum vt naturalis patris iura per adoptionem minime diſſoluantur, niſi cùm datus fuit nepos in adoptionem auo naturali, ſiue paterno, ſiue materno: Quo vno caſu conſtituit *ibidem* Iuſtin. non per ſpeciem noui iuris, ſed coarctato ad hunc caſum eo iure, quod in adoptiuis omnibus generaliter olim obtinebat, vt ſolum patrem adoptiuum habere hic nepos intelligatur, & ad adoptionem tantummodo ſpem ſuam totam extendere debeat, non etiam patris naturalis ſucceſſionem, vt lex loquitur moleſtare. Hanc enim iuris veteris rationem fuiſſe, quam nos dicimus, oſtendit apertè Iuſtin. cùm ius nouum ita concipit, vt filio quem pater in adoptionem dederit *maneant integra iura: ſiue*, inquit, *ad inofficioſi querelam, ſiue ad alias omnes ſucceſſiones, ſiue ab inteſtato, ſiue ex teſtamento quæ liberis deferuntur.* Vnus tantum caſus fuit, quo filius in adoptionem datus, adhuc à Prætore haberetur pro filio patris naturalis, ſcilicet ſi is à patre naturali ſcriptus fuiſſet ex aliqua vel minima hæreditatis parte. Cur enim Prætor haberet pro omnino extraneo illum, quem pater tanquam filium tractauit, inſtituendo eum ſub filij nomine? Atque ita ex Labeone ſcribit Vlp. in *dicta lege non putauit. 8. §. in adoptionem*, iunct. *§. vlt. & l. ſeq. l. ſi poſt mortem 10. §. 1. & 2. l. cum emancipatus 13. §. 1. & 2. De bon. poſ. cont. ta. l. 1. §. ſi filius 12. ff. de vent. in poſſ. mit.* Ex quo apparet tantò clariùs verum eſſe quod nos defendimus, filium, quem pater naturalis in adoptionem dederat, nullo modo patri naturali ab inteſtato ſuccedere, ſiue ciuili, ſiue prætorio iure potuiſſe.

Amplius dico. Nec adoptiuum filium à patre naturali inſtitutum hæredem, potuiſſe à Prætore haberi pro filio naturali, ſi non à patre illo naturali in adoptionem datus fuiſſet, ſed emancipatus, qui ſe poſtea vltro dediſſet adrogandum. Hic enim duo concurrunt quæ illum penitus extraneum faciant, emancipatio nimirum & adrogatio. At quamuis emãcipatio facere non potuerit, vt patris naturalis iura omnino, id eſt etiam iure prætorio ſoluerentur, præſertim cùm ita ius eſſet, vt inuitus quoque filius emancipari poſſet: Nec proinde adoptio, quæ non niſi per tres emancipationes & duas manumiſſiones fieri poterat, *l. vlt. C. hoc tit.* Non tamen nouum eſt, vt magis extraneus patri naturali dicendus ſit filius, qui & ab eo emancipatus eſt, & ſubinde à ſe ipſo in adrogationem datus, quàm qui vnico actu emancipationis & adoptionis, ſimul traditus fuit patri adoptiuo à patre naturali: Nam & inde eſt quod Iuſtin. in *d. l. pe. §. vlt.* nominatim cauet nolle ſe, vt quæ illa conſtitutio contra iuris veteris rationem inducit in liberis adoptiuis, trahantur ad adrogatos; ſed velle vt in adrogatis illæſum ſeruetur ius antiquum: Non alia diſſimilitudinis ratione, quam quod in adrogatis nullum diſcrimen ſit inter patres, nempe quod nec patrum vlla diuerſitas eſt, ſed vnus tantùm pater vnáque familia, ad cuius ſolius ſucceſſionem aſpirare filius adopti-

uus

l. pen. C. hoc tit.

Bonorum poſſeſſio litis ordinanda gratia, quibus & ad quod neceſſaria.

l. vl. hoc tit.

Digitized by Google

uis poſſit. An enim ignorauit fortaſſe Iuſtinianus fieri poſſe, vt is quoque adrogetur qui patrem habeat naturalem, à quo ſcilicet fuerit emancipatus? Aut quid aliud requirimus in eo, qui adrogatur (ſi iuſtam, quæ interuenire debet, permittendæ adrogationis cauſam excipias) niſi vt ſit ille ſui iuris & in alienam poteſtatem redigi velit? Ad id igitur reſpexit Iuſtinianus, quod qui adrogatur etiamſi ante adrogationem, iam licèt emancipatus patrem habuerit naturalem, ex die tamen adrogationis nullum amplius habere creditur, cùm alium quàm naturalem ſibi vltrò elegerit. Quæ res indignum eum facit Prætor filij ius & nomen conſeruare debeat, quippe qui non tantùm ex iuris ciuilis autoritate factus ſit extraneus per emancipationem, ſed proprio etiam ſuo facto propter electum à ſe alium patrem, quem non pater naturalis ei dederit, vt in ſpeciali adoptione contingit, ſed quem ſolus ipſe ſponte quæſiuerit. Dixi *ſolus ipſe*, quia in adoptione ſpeciali etiam filij conſenſum ſiue expreſſum, ſiue tacitum interuenire quidem oportet, vt idem Iuſt. ait in *d. l. pe. verſ. cum enim tanta.* Sed non ideò tamen negari poteſt in adoptionem dati filium à patre naturali, non à ſeipſo, quia pater ille eſt qui dat filium conſentientem, non filius qui ſe dat conſentiente patre.

d. §. ſi impubere l. 1. ff. de collat. bonor.

An igitur nullus omnino caſus dari poterit, in quo poſſit locum habere quod Vlpianus ſupponit in *d. § ſi impubere*, ab impubere adrogato petitam eſſe naturalis patris bonorum poſſeſſionem ab inteſtato? Immo vnus eſſe poteſt, ſi adrogatus ille ab adrogatore ſuo emancipatus eſſe proponatur viuo adhuc patre naturali. Hoc ipſo enim quod deſinit non ſolùm habere patrē adoptiuum, ſed etiam in adoptiua eſſe familia, ceſſat ratio quæ faciebat, vt durante adoptione patrem naturalem non habere intelligeretur, ne quidem quoad Prætorem: *l. vtrum autem 9. De bon. poſſ. cont. tab.* vbi Caius ſcribit nihil intereſſe vtrum pater adoptiuus viuat, an defunctus ſit; quia hoc ſolùm quæri oportet, an filius in adoptiua familia ſit: Mors autem adrogatoris, licèt adrogatum faciat ſui iuris, non minùs quam emancipatio, non tamen adimit ei familiam adoptiuam quam adimeret emancipatio, quoniam adrogatio quæ per emancipationem diſſolueretur, per adrogatoris mortem non æquè diſſoluitur. In quo elegans obſeruanda eſt differentia inter filij adrogati emancipationem, & mortem adrogatoris. Et de hoc caſu ſenſiſſe Vlpianum ex eo quoque colligi poſſe videtur, quod in ſequentibus tractat de hærede adrogati, qui tamen hæredem habere non poteſt quandiu & adrogatio durat, & adrogator viuit. Poſſet quidem habere durante quoque adrogationis iure ſi adrogator deceſſiſſet, quia per mortem adrogatoris æquè ac per emancipationem factus eſſet ſui iuris

l. vtrum autem 9 ff. de bono. poſſ. contr. tab.

Sed non poteſt ad eum caſum coarctari ſenſus Vlpiani, cùm ab eo propoſita quæſtio, illo etiam caſu locum habeat quo adrogator viuat, vt ſequentia oſtendunt. Omnino igitur ponendum eſt adrogatum hunc impuberem, de quo agimus, emancipatum fuiſſe ab adrogatore: Et quidem ſine cauſa, cùm alioqui nihil eſſet quod de quarta tractari poſſet, quam adrogatus ex iuſta cauſa emancipatus perdidiſſet: *d. l. vl. ff. ſi quid in fraud. patr.*

Ita verò propoſita quæſtione. Si filius à patre naturali primùm emancipatus poſteà adrogatus, ſubindéque rurſum ab adrogatore emancipatus, patris naturalis bonorum poſſeſſionem petat, an conferre Quartam debeat? Subiungit quæſtionem hanc in eo eſſe, Vtrum hæredi ſuo relinquat Quartæ actionem, an non? Quod ipſum videtur etiam obſcurum. Quid enim commune habet propoſita quæſtio, An conferre Quartam debeat cum illa, an hæredi ſuo Quartæ actionem relinquat? Sed tamen ſi bene intueamur, pendet hæc ex illa. Certum namque eſt, eum qui conferre tenetur, non alia conferre, vel inuitum cogi, vel volentem poſſe, quam quæ in bonis habeat, cùm ob eam cauſam collatio bonorum appelletur. Non aliunde autem melius ſciri poſſit, an hæc Quartæ adrogatio ſit in bonis adrogati, néc ne, quam ſi ſciamus an in eius hæredem tranſmitti poſſit petitio Quartæ, an non: Quod enim ad hæredem tranſmittitur, id quin noſtris in bonis ſit, negari non poteſt: Ergo ſi ad hæredem adrogati petitio Quartæ tranſmittatur, reſpondendum erit ad propoſitam quæſtionem, adrogatum conferre Quartam debere: Vtpote quam in bonis ſuis habeat: Si autem non tranſmittatur, non debere adrogatum conferre id quod in bonis non habeat. Reſpondet verò Vlp. ad vltimam quæſtionem, magis eſſe vt adrogatus Quartæ petitionem ad hæredem transferat, quia, inquit, perſonalis actio eſt. Cuius rationis per elegantis ſenſus ille eſt, quem tradidit Iacob. Cuiac. ad Paulum *lib. 1. Sent. tit. 11. §. vlt.* vt differentiam indicare Vlpianus voluerit, quæ eſt inter Quartam iſtam, quæ ex bonis adrogatoris debetur adrogato per conſtitutionem Diui Pij, & partem hæreditatis quæ alicui delata eſſet, & cuius nomine poſſet competere petitio hæreditatis. Nam ſi cui delata ſit hæreditas, ſiue ex aſſe, ſiue ex parte, & is decedat priuſquam eam agnouerit, nihil tranſmittit ad hæredem, id eſt ne quidem petitionem hæreditatis, quam potuerat inſtituere adeundo hæreditatem ſi voluiſſet: Quia nec hæreditatem ipſam non aditam tranſmittere poteſt, vt Paulus *ſupradicto loco* ſcribit, cùm nihil iuris habeat in ea, vel in eam, niſi quantum adeundo nanciſcitur. At Quarta bonorum adrogatoris non ſolùm defertur adrogato, ſed etiam debetur ex reſcripto Diui Pij tanquam creditori, & tanquam æs alienum, ob idque perſonalis in eam rem actio comparata eſt, ſcilicet condictio ex lege, id eſt ex reſcripto illo Imper. quod legis vim obtinet. Porrò iuris certiſſimi eſt, actiones omnes perſonales per legem duodecim tabularum, & ipſo iure transferri ad hæredem: *l. vlt. C. de her. vel act.* Non etiam cæteras, quæ non ſunt perſonales; quia iſtius tranſmiſſionis non alia ratio eſt, quàm quia lex vt faciat hæredem, inducit fictionem hæreditatis quæ defuncti perſonam repræſentet; *l. hæreditas 34. ff. de acquir. rer. dom.* cum ſimilibus. Quod non fieret plenè ſi perſonales actiones quæ defuncto, & in defunctum competierunt, ad hæredem non transferrentur.

Cur petitio Quartæ, quæ debetur adrogato, tranſmittatur ad eius hæredē, nō etiam petitio hæreditatis, tametſi iam delatæ, nondum tamen aditæ.

Dices non minùs vindicationes, quæ actiones in rem ſunt, quàm perſonales tranſire in hæredem, nec proinde ſeparandas hac in re perſonales à realibus. Reſpondeo tranſire in hæredem nō actionem in rem quæ competebat defuncto, ſed dominium, ſiquidem hæreditas nihil aliud eſt quam dominium, nec hæredis appellatio quicquam aliud ſignificat quam dominium: *§. vlt. Inſt. de hæred. qualit. & differ.* Dominium autem in hæredem tranſlatum facere, vt

Digitized by Google

ILLATIO VI.

De ſpadone & caſtrato.

SExtò, ex eodem Principio fit, vt etiam hi qui generare non poſſunt, nec proinde naturales vllos liberos habere, tamen adoptare poſſint, & per adoptionem fieri parentes: *l. 2. §. illud vtriſque. ff. hoc titul.* quippe cùm liberos non tantùm natura faciat, ſed etiam adoptio. Quod autem de iis qui generare non poſſunt dicimus, de iis intelligimus qui non iam natura, quam corporali & temporali aliquo vitio impediuntur ne poſſint generare, quales ſunt ſpadones, de quibus in *d. §. illud*, non etiam caſtrati, *§. ſed & illud, hoc titu.* Nam & inter ſpadonem caſtratúmque differentia illa eſt, quod ſpado matrimonium contrahere poteſt, caſtratus non poteſt: *l. ſi ſeruus ſeruo 39. §. 1. De iur. dot.* ideóque matrimonij cauſa manumittere ancillam ſpado poteſt, caſtratus non item: *l. alumnos 14. §. 1 in fin. ff. de man. vindict.* De quo ſcripſimus *ad Princip. 3. illat. 1. tit. praced.* & dicemus *ad Princip. 3. inf. eod.* Iunge *l. adrogato 40. §. vltim. hoc tit.*

leg. 2. §. illud vtriſque. ff. hoc tit.

ILLATIO VII.

De patrefamilias, qui fit filiusfamilias per adoptionem.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt quamuis paterfamilias, id eſt qui ſemel ſui iuris fuit, non magis fieri poſſit filiusfamilias per rerum naturam, quàm denuo naſci; nihil tamen prohibeat fieri eum filiumfamilias & alieni iuris, ſcilicet per adoptionem illam, quæ ſpecialiori nomine *Adrogatio* appellatur: *l. 1. §. 1. & l. 2. in prin. ff hoc tit.* Hoc verò cur ita? niſi quia filiosfamilias non tantùm natura, ſed etiam adoptio facit; vt *Principium noſtrum* habet.

l. 1. §. 1. & l. 2. eod.

ILLATIO VIII.

De adrogati liberis in adrogatoris poteſtatem venientibus.

OCtauò, ex eodem Principio fit, vt qui liberos in poteſtate habet, ſi ſe adrogandum dederit, non ſolùm ipſe poteſtati adrogatoris ſubiiciatur, ſed & liberi eius in eiuſdem fiant poteſtate tanquam nepotes, *d. l. 2. §. vlt. d. l. adrogato 40. in princip. eod. tit.* Nempe quia cùm per adrogationem is, qui erat ſui iuris, ſubiiciatur alienæ poteſtati, vt *proxima illatione* diximus, conſequens eſt vt non tantùm liberi, ſed & cætera omnia quotquot in ſua poteſtate habebat, id eſt etiam bona ipſius omnia tranſeant in poteſtatem adrogatoris, vt Vlp. loquitur in *l. ſi adrogator 15. eo.* quæ erat ſpecies acquiſitionis vniuerſalis per adrogationem, à Iuſtiniano tamen valde immutata, & ad vſumfructum coarctata, vt conſtat ex *ti. De adquiſ per adrogat.* exemplo eius quod in patribus naturalibus & legitimis fuerat conſtitutum ab eodem Iuſtiniano, *l. cùm oportet 6. C. de bon. qualiber.* Olim namque nihil excipiebatur, ſed tranſibant omnia ab adrogato in adrogatorem, iis tantùm exceptis quæ per capitis diminutionem perirent, quemadmodum idem Iuſtinian. *ſupradicto Inſtitutionum loco* refert, Ob idque dicitur mutari dominium per adoptionem, *l. ſi dominium 47. ff. de furt.* Excipe tamen caſum ſingularem *l. miles 4. §. vlt. ff. de caſtrenſ. pecul.* De cuius loci ſententia dicemus *ad Princ. 6. tit. ſeq. illat. 8.* Addit Vlp. eos quoque liberos, qui poſt factam adrogationem poſtliminio redierunt, adeóque qui adrogationis tempore in vtero fuerunt, ſimili modo redigi in eandem poteſtatem, Ne ſcilicet alioqui eueniat, vt in ſua poteſtate quicquam habere videatur, qui ipſe non ſit ſuæ poteſtatis: *l. ſic eueniet 21. ff. ad leg. Iul. de adult.* In quo differt adrogatio ab alia illa ſpecie adoptionis, quæ retento generis nomine, *Adoptio* appellatur; & quæ non Principis authoritate, vt Adrogatio, ſed Magiſtratus imperio fit, cùm paterfamilias, non ſeipſum, ſed eum quem in poteſtate ſua habet, ſiue primum gradum ille obtineat, qualis eſt filius, filiave; ſiue inferiorem vt nepos, neptiſve, dat in adoptionem: *dicta lege 2. hoc tit.* Nepotes enim ex hoc filio non ſimul cum patre tranſeunt in familiam adoptatoris, ſed in aui poteſtate, in qua nati ſunt, retinentur: *d. l. adrogato 40. in princ.* vbi manifeſta hæc inter adoptionem & adrogationem differentia conſtituitur. Ex qua etiam explicandum eſt quod ſcribit Caius in *d. l. 2. §. vlt.* ius hoc proprium eſſe illius adoptionis, quæ per Principem fit, id eſt, adrogationis, vt cum adoptato tranſeant eius liberi in familiam adrogatoris? Non quaſi adoptio aliqua ſit, in qua eueniat, vt qui ſit alieni iuris, liberos in ſua retineat poteſtate; ſed quoniam in adoptione illa, quæ adrogatio non eſt, filius quidem familiam mutet; nepos autem in aui naturalis poteſtate erat ante filij adoptionem, nec ratio vlla eſt cur mutet familiam, non mutante illo in cuius familia eſt, cùm non ſit in familia patris ſui, qui nullam vnquam habuit, ſed in aui, qui totius familiæ in qua & filius & nepos erant, caput fuit, nec eo minùs eandem familiam retinet, quòd ex ea filium eiecerit, retento nepote. Quod in adrogatione diuerſum eſt: *l. 3. in princ. ff. de capit. minut.*

d. l. 2. §. vlt. hoc tit.

ILLATIO IX.

De authoritate Principis adhibenda in adoptione.

NOnò ex eodem Principio fit, vt adrogatio non poſſit fieri ſolius Magiſtratus imperio, ſed authoritas Principis in eam rem neceſſaria ſit: *d. leg. 2. hoc tit.* quia cùm per adrogationem is qui erat paterfamilias, id eſt qui familiam habebat in ciuitate, fiat filiusfamilias, atque ita non ille tantùm, ſed ipſa etiam Reſpublica familiæ detrimentum patiatur, æquum fuit adhiberi olim conſenſum totius populi ad permittendam adrogationem, ne per eam inſcia Reſpub. læderetur, cuius maximè intererat augeri potiùs, quàm minui numerum familiarum, quippe ex quarum & multitudine & amplitudine ipſius quoque Reipublicæ dignitas & amplitudo æſtimetur. Si enim populi Romani iniuſſu ciuem Romanum occidi nefas erat, cùm ea ratione vno capite

l. 2. ff. hoc tit.

ciuitas

ciuitas minneretur ; quanto magis prouidendum erat, ne eiuſdem populi iniuſſu tota vna familia de ciuitate tolleretur ? Itaque dicebatur per populum ea fieri adoptio, quæ adrogatio vocabatur, vt Vlpian. refert *tit.* 8. *§. regula. §.* 1. *&* 2. ex quo & Adrogationis nomen ſumptum fuiſſe vult A. Gellius *libro* 5. *cap.* 19. quia genus hoc in alienam familiam tranſitus fieret per populi rogationem. Vnde etiam illud eueniebat quod ſequitur apud eundem Vlpianum, vt Adrogatio Romæ tantùm fieri poſſet; Adoptio verò etiam in prouinciis apud Præſidem, quia cùm adrogatio non niſi comitiis curiatis, quæ maiora erant, fieri poſſet; nemo neſcit eiuſmodi curiata comitia alibi quàm Romæ fieri non potuiſſe. Nobis autem hæc noſtra ratio magis placet, quàm quæ adſertur à Briſſonio *libro* 1. *De verb. ſignif.* in verb. *adrogari*, quod inquit iure à Maioribus prodito, libertatem nemo ciuis Romanus ſine populi Romani authoritate amittere poterat: Quandoquidem nec libertatem, nec ciuitatem amittit qui adrogatur, ſed familiam duntaxat: *l. vlt. ff. de cap. minu.* Quum verò ea totius Reipublicæ maieſtas, quæ olim erat penes populum, poſtea lege Regia fuerit in Principem tranſlata: *leg* 1. *ff. de conſt. Princ.* cœpit vt ſufficere, ita & neceſſaria eſſe authoritas Principis, vice authoritatis populi, *l.* 2. *C. hoc tit.* cùm poſt eam legem Regiam, Princeps non ſolùm id facere poſſit, quod populus vniuerſus olim faciebat, ſed plus etiam quàm populus facere poſſet, quando & populum ipſum ſub imperio ſuo habet: ita vt ob eam cauſam ſupra leges quoque eſſe dicatur, Nempe quod ſit ſupra populum, cuius erat facere legem, vt pluribus diximus ad *tit. De iur. nat. gent. & ciuil.* Hæc verò omnia diuerſa erant in alia ſpecie adoptionis, quæ ſpecialiter Adoptio nuncupabatur. Poterat enim & apud Magiſtratum fieri populo inſcio, & in prouinciis quoque apud Præſidem vt *ſupradicto loco* Vlpianus refert. Nempe quia per eam non Reipublicæ ius læditur, ſed familiæ duntaxat priuatæ, cùm familiarum, quæ in ciuitate ſunt, numerus non idcirco minuatur.

ILLATIO X.

De cauſa cognitione in adrogationibus adhibenda.

DEcimo ex eodem Principio fit, vt in adrogationibus cauſæ cognitio vertatur. Num fortè minor ſit annis ſexagintais qui adrogat, quia magis liberorum procreationi ſtudere debeat, niſi fortaſſis morbus aut valetudo impedimento ſit, aut alia interueniat iuſta cauſa adrogandi. Veluti ſi coniunctam ſibi perſonam velit adoptare: *l. ſi paterfamilias* 15. *§. in adrogationibus, ff. hoc tit.* Item an plures quis adrogare velit, quod multò difficilius eſt permittendum, nec niſi ex magna & iuſta cauſa, vt *ibidem* ſubiungit Vlpianus. Nam cùm ea potiſſimum cauſa ſit permittendæ adrogationis, vt familia forſitan illuſtris quæ in eo eſſet, vt quia filiusfamilias in ea nullus extaret, iamiam extinctum iri videretur, per adrogationis auxilium in longiores annos produci ac perpetuari poſſet, *l.* 3. *C. eo.* Non poteſt ratio hæc neceſſitatem inducere plurium adrogandorum,

l. ſi paterfamilias 15. *§. in adrogationibus ff. hoc tit.*

quandoquidem per vnum filium æquè ac per plures familia perpetuatur; cùm ſperandum ſit fore vt ex vno illo filio plures nepotes naſcantur. Sed & cùm adrogatio eorum duntaxat fiat qui ſui iuris ſunt, & qui familiam propriam habent, neceſſe eſt, quanto plures ſunt, quorum adrogatio permittitur, tanto grauius ex familiarum diminutione adferri Reipublicæ detrimentum.

Illud etiam in cauſæ cognitione verſatur, an libertus alienus ſit is, qui dat ſe adrogandum. Nam nec hoc permittendum eſt inſcio patrono, cuius iura facto alieno læderentur. Item an adrogator ætate minor ſit adrogato. Nam cùm vtraque adoptionis ſpecies in iis demum perſonis locum habeat, in quibus etiam natura poteſt habere, permittendum non eſt, vt minor natu maiorem adoptet, quem neque per monſtrum aut prodigium habere filium poſſit: *d.l. ſi paterfam. §. vlt. cum l. ſeq.*

Rurſum nec ei permittitur adrogare, qui tutelam, vel curam alicuius adminiſtrauit, ſi minor annis vigintiquinque ſit qui adrogatur? Ne fortè ideo eum adroget dolo malo, vt ſe liberet à reddendarum rationum neceſſitate, inquit idem Vlp. in *l. nec ei* 17. *eo. tit.* Priuati namque adrogatoris vtilitas quæ permittendæ adrogationis cauſam præbeat, & honeſta eſſe debet, & cum vtilitate Reipublicæ coniuncta, non ad fraudem iuri publico faciendam excogitata. Cur enim permitteretur id fieri, quod vel tantillum publicam læderet vtilitatem, niſi maioris cuiuſdam vtilitatis ratio permiſſionem huiuſmodi extorqueret? Aut cur priuata vtilitas publicæ anteponeretur? Multò igitur magis inquirendum eſt, an ſubſit & lateat ſub honeſtatis & vtilitatis publicæ prætextu, turpis aliqua cauſa adrogandi: Cùm ad impediendam adrogationem, vel hoc vnum ſufficiat nullam eius permittendæ ſatis idoneam cauſam proponi: *d.l.* 3. *C. eod.* Non poſſit autem idonea eſſe cauſa, quæ eſt etiam turpis. Sicut enim primum iuris præceptum eſt, honeſtè viuere, Ita nihil è contrario eſt quod ciuilis Legiſlator magis habeat odio quam ea, quæ vel minimam turpitudinis ſpeciem, vel occaſionem præ ſe ferant. At in ea ſpecie adoptionis, quam ex generis nomine ſpecialiter *Adoptionem* vocari diximus, nulla cauſæ cognitio vertitur? quia per eam neque Reipublicæ, neque vllius priuati ius læditur, cùm familia tantùm mutetur, non etiam vlla amittatur. Proindéque ſufficit adeſſe conſenſum & patris naturalis, qui dat in adoptionem, & filij qui adoptatur, ſiue patri expreſſim ille conſentiat, ſiue tacitè hoc ipſo, quod non contradicit: *l. in adoptionibus* 5. *ff. hoc tit.* Quare nec quicquam prohibet plures filios adoptari hoc genere adoptionis, ſiue ab eodem patre, ſiue à diuerſis in adoptionem dentur, cùm nullius interſit niſi eius qui dat in adoptionem, & eius, qui datur. Quamquam illud vtrique adoptioni commune eſt, vt honeſta cauſa, non turpis eſſe debeat: quod ipſum ad religionem eius pertinet qui permittit adoptare, ſiue Princeps ille ſit, ſiue Magiſtratus; Cùm ob eam nimirum cauſam inductum ſit, vt nemo propria authoritate poſſit adoptare, ſed vel Principis imperio, vel authoritate Magiſtratus interueniente. *d.l.* 2. in cuius tamen *principio* ſcriptum mallem *generaliter*, quam *generalis.*

In Adoptione quæ non fit per adrogationem nulla cauſa cognitio vertitur.

Digitized by Google

Adoptio enim generalis nulla eſt, licèt adoptionis nomen aliud generale ſit, id eſt quod generaliter ſumitur, aliud ſpeciale, per quod Adoptio diſtinguitur ab Adrogatione.

ILLATIO XI.

De Adrogatione pupilli.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt cùm adrogatur pupillus, longè maiorem & exactiorem cauſæ cognitionem adhiberi oporteat, quandoquidem hoc caſu non tantùm filiusfamilias fit is, qui antea paterfamilias erat, ſed etiam is qui per ætatem iudicio carens proſpicere ſibi non poteſt, nec deliberare an expediat ſibi vt adrogetur, atque ita capite minuatur. Nam in eo qui non modò ſui iuris eſſet, verùm etiam ſui iudicij & ſuæ ætatis, ipſius duntaxat voluntatem explorari oporteret: *l. in adoptionibus 5. ff. hoc titul.* quia imputare ſibi deberet, qui minùs bonum pro ſe conſilium cepiſſet, ſeque capite minui vltro paſſus fuiſſet. At ei qui non tanto iudicio per ætatem polleat, quanto eſt opus ad tanti momenti rem peragendam, neceſſarium eſt vt autoritate & iuriſdictione Magiſtratus ſuccurratur adhibita cauſæ pleniſſima cognitione.

d. l. in adoptionibus.ao.

Qua etiam ratione rectè ſub Diuo Claudio mutatum eſt quod antea obtinuerat, ne curatoris autoritatem intercedere neceſſe eſſet in adrogatione: *l. quod nec curatoris 8. ff. eod. tit.* Quod ego ſic intelligo, ſiue minor annis vigintiquinque habens curatorem adrogare vellet, ſiue dare ſe adrogandum. Vtroque enim caſu, magno iudicio opus eſt; quod tamen non ſatis firmum habere creditur illa ætas, quæ minor eſt annis vigintiquinque: *l. 1 ff. de minor.* Quamquam eo caſu quo minor non adrogare, ſed adrogari velit, illa etiam ratio facit neceſſariam curatoris autoritatem, quod per adrogationem futurum ſit, vt curatoris adminiſtratio diſſoluatur, cùm curator non in aliud detur, quàm vt habeat adminiſtrationem bonorum minoris, qui porrò nulla bona eſt habiturus facta adrogatione, ſed omnia ſimul cum ſuo capite in adrogatoris familiam & poteſtatem tranſlaturus: *d. l. paterfamilias 15. in princ. l. qui liberis 11. §. teſtamento, De bon. poſſ. ſecund. tabu.* Abſurdum verò eſt ſolui curationem non conſentiente, adeóque forſitan ignorante illo, qui curator legitimè fuerit conſtitutus, vt hac ipſa in ſpecie ratiocinatur Inſt. tam de curatoribus, quàm de tutoribus tractans, in *l. vl. C. de author. præſt.* In eo autem primù verſatur cauſæ cognitio quæ in huiuſmodi pupillorum adrogationibus interponenda eſt, vt iis duntaxat pupillorum adrogatio permittatur, qui vel naturali cognatione, vel ſanctiſſima adfectione ducti, conſilium votúmque adrogandi ſuſceperint. Cæterorum prohibeantur adrogationes; Ne in tutorum poteſtate eſſet & finire tutelam, & ſubſtitutionem pupillarem à parente factam extinguere; vt eleganter Vlp. ait in *d. l. nec ei 17. §. 1. hoc tit.* Certum enim eſt

d. l. nec ei 17. §. 1. ff. hoc tit. per adrogationem, ſicut impubes ex patrefam. fit filiusfamilias, ita & irritum fieri pupillare teſtamentum, quod pater naturalis moriens fecerat filio ſuo in poteſtate conſtituto, ita vt nec iure prætorio conualeſcat, cùm fieri nequeat extra cauſam militis de caſtrenſi, aut alterius de quaſi caſtrenſi peculio teſtantis, vt filiusfamilias quis decedat, & cum teſtamento: *l. 2. & paſſim, ff. de vulg. & pupill. ſubſtit. §. non tamen, Inſt. qu b. mod. teſtam. infirm.*

Excutiendum autem illud imprimis eſt, quæ facultates pupilli ſint, & quæ eius qui adoptare pupillum velit, vt ex earum comparatione æſtimetur, an pupillo ſalubris futura ſit adoptio & vtilis, néene: Ne ſcilicet ſub obtentu copulandæ adoptionis, in facultates pupilli, quæ omnimodo & diligenter ei ſeruandæ ſunt, adrogator irruiſſe videatur, vt eleganter ſcriptum eſt in *l. 2. C. hoc tit.* Deinde inſpiciendum eſt cuius vitæ ſit is, qui pupillum redigere vult in familiam ſuam, vtrúmne honeſtę, an turpis & probroſæ. Hoc enim caſu quonam obſecro colore adrogandi facultas ei eſſet indugenda? An fortè intereſſet Reipublicę perpetuari familiam eius, cuius memoriam penitus aboleri potiùs intereſſe dicendum eſſet? Tertiò cuius ætatis ſit hic adrogator, vt perpendatur an melius ſit de procreandis liberis eum cogitare, quàm ex aliena familia quemquam redigere in ſuam poteſtatem: *d. l. nec ei, §. 2.* quòd in omnibus adrogationibus eſſe ſpectandum diximus *illat. præcedent.* Inuitat enim Legiſlator ciues ſuos ad contrahendas nuptias quantum poteſt, & ad procreandos liberos, ad Rempublicã non modò conſeruandam & perpetuandam, ſed etiam amplificandam, quæ tamen per adoptiones minui potiùs, quàm amplificari poteſt: minuitur namque ſi familia vna amittatur, quod fit per adrogationem. Amplificatur verò nunquam: ſiquidem illo etiam caſu, quo in adoptionem datur filiusfamilias, qui nullamdum familiam habet, Reſpublica ſanè non minuitur, ſed nec augetur quomodo per filium ex iuſtis nuptiis quæſitum vno capite augeretur. Reipublicæ autem intereſt quammaximè non ſolùm vti ne minuatur, ſed etiam vt in dies augeatur. Addit Vlp. In *d. l. nec ei*, præterea videndũ eſſe, an non debeat permitti ei qui vel vnum iam habebit, vel plures fortaſſe liberos, alium adoptare. Ne, inquit, aut illorum quos ex iuſtis nuptiis procreauit, diminuatur ſpes ſuccedendi, quam vnuſquiſque liberorum ſibi obſequio paret; aut qui adoptatus fuit, minùs percipiat, quàm dignum erit eum conſequi: vſu enim compertum eſt, nulla magis, quàm ſpe ſuccedendi liberos in obſequio contineri, vt paternam beneuolentiam quam natura conciliauerit, perpetuis obſeruantiæ officiis retineant. Facit *l. ſi quando 35. §. illud. C. de inoffic. teſt. l. quidam cum filium 131. De verb. obligat.* Interdum & ditiorem adoptare permittetur pauperiori, ſi vitæ eius ſobrietas clara ſit, vel honeſta adfectio, nec incognita, *d. l. nec ei, §. penult.* Quid enim commune habet paupertas cum fide, vitæque probitate? *§. vl. infr. De ſuſp. tutor.* Apparet autem ex ea ratione, *adoptandi* verbum coarctandum hic eſſe ad adrogationem; quoniam filiusfamilias qui ſolus propriè adoptatur, nec pauperior, nec ditior eſſe poteſt, cùm bona omnino nulla habeat: *l. lex. Cornelia 28. De vulg. & pup. ſubſt.*

d. l. nec ei §. ſeq.

Illud quoque amplius eſt, quoties pupillus adrogatur, quod ſatiſdatio neceſſaria eſt, vt ait Vlpian. in *dict. l. nec ei 17. §. vl.* Nam vt in *l. ſeq.* ſubiungitur ex Marcello, Non aliter voluntati eius qui pupillum volet adrogare ſubſcribendum erit, quàm ſi cauerit ſeruo publico ſe bona illa omnia, quæ à pupillo

consecutus

Digitized by Google

conſecutus fuerit, illis reſtituturum ad quos res peruentura eſſet, ſi adrogatus in ſuo ſtatu permanſiſſet. Quod & ſcriptum eſt in *dict. l. 2. C eod.*

Obſeruandum tamen eſt, quod apud Marcellum additur, *ſi cauſam eius ob alia probabit*: vt intelligamus non ſufficere ad permittendam adrogationem, vt adrogator ſatiſdationem offerat, ſi adrogationis alia iuſta cauſa nulla ſit, ſicut nec vlla alia iuris parte poteſt vnquam facere ſatiſdatio, vt ob id ſolùm quod quis ſatiſdare paratus ſit, habeat, ſibique acquirat actionem, quam aliter non haberet. Hæc autem ſatiſdatio vbi præſtita eſt, non tantùm legitimis pupilli ſucceſſoribus prodeſt, ſed etiam generaliter iis omnibus quorum intereſt, putà libertatibus quæ ſecundis tabulis datæ ſunt, itémque legatariis, multò autem magis ſubſtituto, ſunt enim generalia verba illa ſatiſdationis ab adrogatore præſtandæ, *l his verbis 19. eod. titul.* vbi tamen quod ſcriptum legimus *libertatibus profectum eſſe*, mihi durius videtur, mallémque legere *proſpectum*, quomodo & aliis pleriſque locis Prudentes loquuntur. Quod verò additur *ſubſtituto ſeruo*, oſtendit non cuilibet alij ſubſtituto pupillari proſpici per huiuſmodi ſatiſdationem, ſed ſubſtituto ſeruo duntaxat, quia fieri nullo modo poteſt, vt qui in aliena poteſtate moritur, decedat cum eo teſtamento quod alius ei fecerit, quàm is in cuius poteſtate mortis tempore reperitur. Atqui pupillaris ſubſtitutio nihil aliud quàm teſtamentum filij eſt, *leg. 2. l. ſed ſi plures 10. §. ad ſubſtitutos. De vulg. & pupill. ſubſt. l. Papinianus 8. § ſed nec impuberis. ff. de inoffic. teſtament.* Pupillarem ergo ſubſtitutionem quam pater fecerat filio impuberi, qui nunc adrogatur, prorſus extingui neceſſe eſt; vt iam ſuprà diximus ex *leg. nec ei 17. §. 2.* in illis verbis, *& ſubſtitutionem à parente factam extinguere.* ita vt nec iure prætorio conualeſcat; licet Noſtri vulgo poſt Accurſ. & Bart. contrà ſentiant. Vt proinde quod ſcriptum eſt in *l. non aliter 18. eod.* per hanc ſatiſdationem cauere adrogatorem, ſe reſtituturum ea, quæ ex bonis adrogati conſecutus fuerit, illis, ad quos res peruentura eſſet, ſi adrogatus permanſiſſet in ſuo ſtatu; neceſſariò reſtringendum ſit, quantum ad ſucceſſionis cauſam pertinet, ad legitimos pupilli ſucceſſores, non etiam protrahendum ad pupillarem ſubſtitutum: quamuis ad eum peruentura fuerit hæreditas, ſi impubes in ſuo ſtatu permanſiſſet, & in eadem ætate deceſſiſſet. Facilè namque patitur lex eam iniuriam fieri non ſolùm ſubſtituto, ſed etiam teſtatori patri, qui filio ſuo teſtamentum fecerat. Vt nimirum magis conſultum ſit pupillo, cui vtiliorem adrogationem quàm pupillarem ſubſtitutionem eſſe, probarique neceſſe eſt, priuſquàm eò deueniatur, vt adrogatio permittatur. Cùm enim non niſi ob pupillorum vtilitatem moribus receptum ſit contra iuris communis regulas, vt pater filio impuberi teſtamentum facere poſſit, quoniam pupillo non ſolùm vtilius ſit, ſed etiam honorificentius ſit teſtamentarium hæredem, quàm legitimum habere; *l. Iulianus 42. ff. de acq. hær.* non fuit æquum tantam haberi rationem pupillaris ſubſtitutionis, vt eius tuendæ gratia, vel adrogatio quæ pupillo vtilior futura eſſet impediretur, vel tantam vim legibus fieri neceſſe eſſet, quanta fieret, ſi mutata familia, mutatóque patre idem teſtamentum, quod prior pater filio fecerat, defenderetur. Alioqui plus priuilegij haberet pupillaris ſubſtitutio, quæ eſt exorbitans a iure communi, quàm teſtamentum aliud quodlibet patrisfamilias adrogati, quod per adrogationem factum irritum, non aliter conualeſcit iure prætorio, quàm ſi noua voluntas intercedat: *l. qui liberis 11. §. teſtamento, de ſec. tab.* Subſtituto tamen neceſſario, id eſt ſeruo proſpicitur per adrogatoris ſatiſdationem, at non quaſi ſubſtituto, ſed quaſi ſeruo, id eſt non ratione hæreditatis, ſed ratione libertatis. Cur enim deterioris conditionis eſſe debeat ſeruus pupillariter ſubſtitutus, qui & liber, & impuberi hæres eſſe iuſſus eſt, quam cæteri ſerui quibus datas in ſecundis quoque tabulis libertates conſeruandas eſſe placuit? Hic enim cæteris fauorabilior, teſtatorique dilectior fuiſſe credendus eſt, à quo ſcilicet non tantùm libertatem meruerit, ſed etiam pupilli hæreditatem. Ob ídque nimirum Vlpianus de hoc ſeruo ſubſtituto loquitur, poſtquàm de aliis libertatibus locutus fuit, ruſúſque mox de legatariis loquitur, vt doceat ſatiſdationem illam ad legatorum duntaxat & libertatum tuitionem, non etiam ad teſtamentariæ ſucceſſionis cauſam pertinere.

Cur ſubſtitutio pupillaris ſit fauorabilis.

Caſus in quo maior ſit fauor legatorũ & libertatũ quàm ſubſtitutionis pupillaris.

At inquies, Potéſtne fieri vt irrito facto pupilli teſtamento, legata aliqua, vel libertates ex eo debeantur? Minimè. Et ob eam nimirum cauſam ſatiſdatio neceſſaria eſt, per quam & libertatibus & legatis proſpiciatur, vt quæ ex teſtamento peti non poterunt, ex ſtipulatione tanquam debita exigantur. Et hic germanus ni fallor Vlpiani ſenſus eſt in *d. l. his verbis.*

Dices, Cur non ergo æque ſubſtituto pupillari cuilibet proſpicimus per eandem ſatiſdationem, vt quamuis iure corruat pupillaris ſubſtitutio per adrogationem, tamen ex ſtipulatione poſſint bona peruenire ad ſubſtitutum, potiùs quàm ad legitimos ſucceſſores adrogati impubere defuncto? Nec enim minùs abſurdum eſt, eum, qui filiusfamilias & in noui patris poteſtate deceſſerit, legitimum hæredem habere intelligi, quàm vt teſtamentarium quem prior pater dederat, retinuiſſe intelligatur. Et ſanè fatendum eſt ſine hærede pupillum decedere, qui in adrogatoris familia decedit, viuo ſcilicet adrogatore. Sed tamen fauorabilior hac parte viſa eſt cauſa proximi agnati, qui legitimus pupilli hæres futurus erat, quàm teſtamentarij, id eſt pupillaris ſubſtituti, vt illi non etiam huic proſpici debuerit per remedium ſatiſdationis. Quia ſubſtituti pupillaris perſona certa eſt, quæ proinde non niſi improbe, ac contra bonos mores ſollicita eſſe poteſt de hæreditate impuberis adhuc viuentis: *leg. 2. §. interdum, ff. de vulg. & pupill. ſubſtitut.* Præmatura enim eſt ſpes ſucceſſionis, quandiu adhuc viuit is de cuius ſucceſſione tractatur: *leg. 1. § ſi impubere, ff. de collat. bonor.* adeóque indignum ſe hoc ipſo redderet ſubſtitutus, qui contra ius gentium tantopere feſtinaſſet, vt Papinianus loquitur in *l. donari 29. alias l. quidam, in fin. ff. de donat.* Præſertim cùm poſſit etiam ipſe ſubſtitutus ante pupillum mori, *l. Statius Florus 48 §. 1. ff de iur. fiſc.* nec niſi malo nimis omine caſus ille

Cur hac parte fauorabilior cauſa ſit legitimi ſucceſſoris quàm ſubſtituti pupillaris.

Digitized by Google

ſperari poſſit, vt ante ſubſtitutum pupillus ſit moriturus. At perſona illius qui ab inteſtato ſucceſſurus ſit pupillo, incerta eſt, cùm æſtimanda ſit ex tempore mortis pupilli, quo tempore quiſnam proximus ei agnatus futurus ſit, ignoratur: Verèque hoc caſu poteſt vſurpari dictum illud Imperatoris, *Nemo ſuum occidit ſucceſſorem.* Itaque cum propter vtilitatem pupilli qui adrogatur, ita ius conſtitui placuerit, vt non aliter adrogatio permittenda ſit, quàm ſi hi qui ſanguinis neceſſitudine pupillo iunguntur, id ei expedire apud Præſidem prouinciæ confirmauerint, vt ſcribunt Impp. in *d. l. 2. C. hoc tit.* non poſſunt videri improbi, qui ſolliciti ſunt de impuberis hæreditate, non iam ſibi ipſis nominatim, quam ei qui mortis pupilli tempore proximus agnatus futurus ſit, conſeruanda. Maximè verò cum ad ipſius impuberis vtilitatem principaliter id pertineat. Ne alioqui maneat eius æuita expoſita inſidiis patris adrogatoris, ſi fortè conſilium malum habuerit prætextu adrogationis irruendi in pupilli facultates, vt habet *d. l. 2.* Non enim aut meliùs, aut aliter huic periculo proſpici & occurri poſſe viſum eſt, quàm ſi caueret adrogator ſe bona pupilli vniuerſa reſtituturum in eum caſum, quo adrogatus impubes moreretur. Quibus verò? niſi legitimo ſucceſſori, quiſquis ille futurus eſſet. Ideo autem alia etiam ratione legitimo ſucceſſori, potiùs quam pupillari ſubſtituto proſpiciendum fuit, quia pupillaris ſubſtituti ius temporale eſt, cùm pupilli pubertate finiatur, legitimi verò ſucceſſoris ius perpetuum futurum erat, ſi impubes non fuiſſet adrogatus, ſiquidem quiſquis paterfamilias decedit, & inteſtatus hæreditatem aliquam vt relinquat neceſſe eſt, quæ agnato proximo per legem ſuo tempore deferatur. Difficilius ergo eſt, vt ſubſtituto pupillari nominatim, quàm vt legitimis pupilli ſucceſſoribus proſpiciatur, quia ius temporale faciliùs tollitur quam perpetuum. In propoſito autem tanto faciliùs, quod ſpes legitimæ ſucceſſionis eſt ex iure communi, ius verò ſuccedendi ex pupillari ſubſtitutione ſpeciale eſt, & exorbitans, vt loquuntur, à regulis iuris communis, quæ nec patremfamilias de aliis quàm de ſuis bonis, nec ſupremam cuiuſquam voluntatem ex alieno arbitrio pendere patiuntur: *l. verbis legis 120. De verb. ſig.* iunct. *l. illa inſtitutio 32. ff. de hær. inſt.* Facilis autem eſt reditus iuris ſpecialis ad ius commune; ſicut & vniuſcuiuſque rei ad ſuam naturam: *vulg. l. ſi vnus 27 §. pactus ne peteret, in fin ff. de pact.*

Subſtitutio pupillaris eſt ex iure ſpeciali, ſucceſſio autem legitima ex iure communi.

Sed cùm hæc ita ſint, illud adhuc mirum videri poteſt. Cur ergo libertatibus & legatis in pupillari teſtamento relictis ſuccurramus beneficio ſatiſdationis? nimirum quia non ſicut fauor & vtilitas pupilli exigit, vt adrogatio extinguat pupillarem ſubſtitutionem, quippe quæ ſimul cum adrogatione ſtare nullo modo poſſit: ita & videri poteſt illud etiam exigere, vt omnino intercidant libertates & legata, nempe quæ rupto vel irrito facto teſtamento deberi tamen ex fideicommiſſo poſſent, etiam ab inteſtato, & à ſucceſſoribus legitimis quibuſcunque: *l. generaliter 24. §. ex teſtamento ff. de fideic. liber. l. 1. C. eod.* Parum enim pupilli intereſt: Quomodo tamen eiuſdem intereſt è contrario, vt prætextu pupillaris ſubſtituti, quem ſimul cum adrogatore habere nequeat, non prohibeatur adrogati, ac prohibeatur potiùs habere ſubſtitutum pupillarem, quem tamen ſi ex teſtamento non habeat, ab inteſtato habere non poteſt, non magis quàm decedere ſimul teſtatus, & inteſtatus in iiſdem bonis. Denique irrito per adrogationem facto pupilli teſtamento, nullum ius ſupereſt pupillaris ſubſtituti, propter quod æquum ſit ei ſuccurri per ſatiſdationem, quin potius ex eo tempore incipit locus fieri legitimo quandoque futuro ſucceſſori, cui ſi nec magis quàm pupillari ſubſtituto ſuccurreretur, eueniret neceſſe eſſet vt omnes pupilli facultates remanerent penes adrogatorem, quem ea ratione ſub obtentu adrogationis in bona pupilli improbe irruiſſe conſtaret.

Porrò ad eam pupilli ſucceſſionem vocatus legitimus ſucceſſor beneficio præſtitæ ſatiſdationis, æqui boníque conſulere debet quod libertates & legata nihilominùs præſtentur, cùm ſi adrogatio nulla facta fuiſſet, nihil vtique ille ex pupilli bonis habuiſſet, tanquam excluſus per ſubſtitutionem pupillarem: Sicut & pupillaris ſubſtitutus conqueri non poteſt, quod pupillaris ſubſtitutio facta ſit irrita ob maiorem pupilli vtilitatem, cùm nec alia ratio præterquàm pupillaris vtilitatis feciſſet vt pupillo ille ſubſtitui pupillariter potuiſſet. Fauemus igitur legitimo ſucceſſori non contra ſubſtitutum pupillarem, cuiùs cauſa potior eſſe deberet; ſed contra adrogatorem; adrogatori autem contra ſubſtitutum, ex cauſa, & fauore ipſius pupilli, qui non poteſt non eſſe fauorabilior ſuo ſubſtituto; ipſis verò legatariis, & libertatibus contra legitimum ſucceſſorem, quamuis libertates & legata non ab ipſo legitimo ſucceſſore præſtari poſſint, qui nec verè ſuccedit ab inteſtato, cùm adrogati, qui filiusfamilias deceſſit, hæreditas nulla eſſe poſſit, ſed ab adrogatore præſtari debeant tanquam à domino, cuius ſolius eſt & libertates dare, & legata ſoluere. In præiudicium tamen agnati proximi, qui ſi libertates & legata ſimul cum pupillari ſubſtitutione omnino intercidiſſent, tantò amplius & locupletius pupilli patrimonium per adrogatoris hærcdúmve ipſius manus ex interpoſita ſatiſdatione conſequeretur. Itque etiam fauor libertatis poſtulat, vt quam citò fieri poſſit præſtetur, nec ei longior mora fiat per circuitum faciendæ legitimo ſucceſſori reſtitutionis bonorum pupilli. Cùm verò ſatiſdatio ſic conciperetur, vt faciendam bonorum pupillarium reſtitutionem præ ſe ferret, intelligimus non potuiſſe huiuſmodi libertates defendi iore directarum. Directæ ſiquidem competunt ipſo iure, non autem præſtantur, aut reſtituuntur; vt pluribus ſcripſimus ad *leg. 9. C. de fideicommiſſ. libert. lib. 6. Coniect. capite 16.* Nam ſi in hac ſpecie ſola iuris poteſtate conſeruarentur libertates, vt euenit aliquando factum hominis ſuppleri poteſtate legis, vt in *titul. ff. qui ſine manum. ad libert. peruen.* nulla opus eſſet ſatiſdatione, quam tamen adeò neceſſariam eſſe conſtat, vt etiamſi omiſſa ſit per errorem fortaſſe, vtilis tamen actio quaſi ex ſatiſdatione in eam rem inducatur, quemadmodum ſubiungit Vlp. in *d. l. his verbis.*

Libertates quæ conſeruantur beneficio ſatiſdationis, non defenduntur iure directarum, & quare.

Cæterùm

Digitized by Google

Cæterùm quod dicimus conſeruati libertates & legata per ſatiſdationem, ita accipiendum eſt, ſi impubes adrogatus in ea pupillari ætate deceſſerit: alioqui fieri non poteſt vt adueniente pubertate non intercidant, quæ interciderent etiamſi ſubſtitutio pupillaris per adrogationem irrita facta non fuiſſet. Facit *l. quod fideic. 93. Delegat. 1.*

An verò idem dicemus de bonorum pupillarium reſtitutione legitimo ſucceſſori facienda? Vt ſcilicet adrogato poſt pubertatem defuncto euaneſcat ſatiſdatio, & ita liberetur adrogator à reſtitutionis neceſſitate. Ita innuere videtur Marcellus in *d. l. hac autem 20 ff. hoc tit.* cùm ſcribit, hanc ſatiſdationem locum habere ſi impubes deceſſerit. At ſi ita eſt, eueniet vt omnia adrogati bona etiam inuiti remaneant penes adrogatorem. Non enim eò magis poterit ille de bonis ſuis teſtari quod pubes factus ſit, cùm in eius perſona teſtamenti factionem non ſolùm pupillaritas impediret, ſed illa etiam ratio quæ poſt pubertatem quoque manet, quod in aliena eſſet poteſtate. Sed reſpondendum eſt non idcirco futurum vt in adrogati inuiti facultates irruiſſe adrogator videatur, quia ex quo tempore adrogatus pubes factus eſt, incipit poſſe conqueri de adrogatione, ac petere vt emancipetur, atque ita priſtinum ius recuperet, ſi putet probétque ſibi non expedire, vt in patriam poteſtatem redigatur. Quod & Magiſtratus ei petenti ſolet indulgere cauſa cognita, hoc eſt ſi iuſtum puberis deſiderium eſſe animaduerterit: *l. nonnunquam 31. & ſeq. ff. hoc tit.* Quamuis regulare ſit, vt filius qui in patris poteſtate eſt, nullo modo poſſit compellere patrem, vt faciat ne ſit filius in poteſtate ſiue naturalis ſit, ſiue adoptiuus: *l. non poteſt 31. eo.* ſicut è contrario inuiti filij naturales, vel emancipati, non rediguntur in patriam poteſtatem: *l. vlt. ff. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt.* (quia ſicuti ex parte patris patria poteſtas eſt quid inæſtimabile, quod inuito patri auferendum proinde non eſt; *l. filiusfamilias 114. §. ſed ſi liberis. De leg. 2.* ita ex parte illius qui paterfamilias & ſui iuris ſemel factus eſt, inæſtimabilis res eſt quòd ſit ſui non alieni iuris) Ergo ſi impubes adrogatus, pubes factus, maneat vltrò in adrogatoris poteſtate, cùm non poſſit ignorare futurum vt in eo ſtatu nullum hæredem, neque teſtamentarium, neque legitimum habiturus ſit; nulla fit iniuria legitimo ſucceſſori, quo etiam inuito & ignorante pubes adrogandum ſe poſſet dare, ſi id ſibi crederet expedire; ipſi verò puberi, multò minùs, cùm poſſet adrogationem improbare, noluit facere, ſed in ea perſtare maluit, licèt aliquo modo videatur adrogatoris reuerentia prohiberi per verecundiam, ne de adrogatione conqueri audeat; ſemper enim verum eſt videri eum id maluiſſe: *l. ſi patre cogente 32. ff. de rit. nupt.* Quòd ſi pubes de adrogatione conqueri velit, nec tamen cauſam vllam ſatis iuſtam vel alleget, vel probet, ita vt Magiſtratus videat expedire ipſi vt potiùs in adrogatoris poteſtate, retineatur, non video quænam ei, aut legitimo eius ſucceſſori iniuria fieri videatur, cùm non adrogatori, ſed ipſi adrogato proſpiciatur. Planè ſi adrogator deceſſerit impubere relicto filio adoptiuo, & mox impubes decedat, non eo minùs hæredes adrogatoris tenebuntur, vt & bona adrogati ipſi reſtituant, & prætereà quartam partem bonorum adrogatoris: *l. ſi adrogator 22. eod. titul.* Vt enim committatur ſtipulatio ſatiſdationis, ſufficit adrogatum decedere impuberem, ſiue viuo, ſiue *l. ſi adrogator 22. ff. hoc tit.*
mortuo adrogatore decedat, quamuis adrogatio morte adrogatoris finiatur, fiatque adrogatus ſui iuris: Non aliam ſiquidem conditionem habebat ſtipulatio præter hanc, *ſi adrogatus impubes decederet, §. cùm autem impubes, hoc titul.* Puberi adrogato quamuis minori annis vigintiquinque difficilius eſt vt ſuccurratur, quia cùm ei neceſſaria ſit in integrum reſtitutio, non videtur res capere reſtitutionem cùm perſona ſtatum mutat: *l. ſi ex cauſa 9. §. Papinianus, & §. vlt. ff. de minorib.* Sed tamen magis eſt, vt ei quoque ſubueniri debeat, ſi doceat ſe in adrogatione ipſa circumuentum dolo malo adrogatoris, puta ſi prædo locupletem hominem adrogauerit: *l. 3. § ſi quis minor ff. eod.* Sed non ſufficiet vt probet ſibi expedire ſui iuris eſſe potiùs quàm alieni, vt deterior ſit conditio eius, qui ſeipſum adrogandum dedit, quàm impuberis qui per alium adrogatori datus fuit. Siquidem fieri facilè poteſt, vt expediat adrogato eximi de patria poteſtate, nec tamen ille ab adrogatore in adrogatione ipſa circumuentus ſit, quo caſu impuberi poſtea facto puberi ſuccurretur, minori verò non item.

Superioribus verò, quæ diximus, de adrogati bonis reſtituendis, addendum illud eſt. Defuncto adrogato impuberè, non tantùm ea bona quæ ille ante adrogationem habuit, legitimo ſucceſſori reſtituenda eſſe, ſed illa etiam quæ durante adrogatione adrogatori quæſita ſunt per adrogatum; puta ſi adrogatus ille ab aliquo hæres inſtitutus adierit hæreditatem iuſſu adrogatoris: *d. §. cùm autem impubes, l. vlt. ff. ſi quid in fraud. patr.* Quod etiam obtinet ſic multò magis, ſi adrogato ipſi viuo fortaſſis ſine cauſa emancipato ab adrogatore fieri reſtitutionem oporteat, aut ab hæredibus adrogatoris ante impuberem defuncti, vt in ſpecie *d. l. ſi adrogator.*

ILLATIO XII.

De legitima portione debita adrogato ex conſtitutione D. Pij.

Duodecimò ex eodem Principio fit, vt quemadmodum filiofamilias ex iuſtis nuptiis quæſito debetur à patre legitima portio, quæ olim quarta erat portionis hæreditariæ ab inteſtato competituræ, ita & filiofamilias adrogato ſimilis portio, id eſt quarta pars bonorum adrogatoris debeatur, ex reſcripto & conſtitutione Diui Pij: *d. l. ſi adrogator 22. in princip. & § 1. hoc tit. l. 2. C. eod. d. l. vlt. ſi quid in fraud. patron. l. Papinianus 8. §. ſi quis impubes 15. ff. de inoffic. teſtam. d. §. cùm autem impubes, verſ. ſed etſi, Inſtit. hoc tit.* *d. l. ſi adrogator, 2. in prin. & §. 1. hoc tit. l. 2. C. eod. l. vlt. ſi quid in fraud. patr.* Non alia vtique ratione quàm quòd paterfamilias fiat per adrogationem filiusfamilias. Atqui reſcriptum Diui Pij ad adrogatos duntaxat pertinet, non etiam ad filiosfamilias in adoptionem datos, cùm tamen non eo minus

Digitized by Google

filiusfamilias patris adoptiui ſit is, qui ante adoptionem quoque iam filiusfamilias erat. Ita eſt. Immo nec ad quemlibet adrogatum huiuſmodi reſcriptum pertinet, ſed ad impuberem duntaxat, vt apparet ex ſupradictis locis. Itaque ſi quis iam pubes factus adrogandum ſe dederit; nulla ei quarta ex eo reſcripto debebitur. Sed non erit bona conſecutio ſi quis ex eo inferat, nullam igitur quartam ei debitum iri. Nam cùm per adoptionem quamlibet fiat ſuus hæres, neceſſe eſt vt adoptiuo patri ſuccedat tanquam ſuus hæres, ſiue pater ille teſtatus, ſiue inteſtatus deceſſerit, & ſiue adrogatio, ſiue ſpecialis adoptio facta ſit: niſi ponas eum à patre exhæredatum, quo caſu ſi iuſta fuerit eius exhæredandi cauſa, certum eſt nullam ei legitimam deberi, quia nec ſi naturalis & legitimus filius eſſet, vlla tamen legitima ingrato ei deberetur. Sed ſi iniuſta fuit exhæredatio, conſtat habere illum querelam inofficioſi teſtamenti, quam porrò aliud excludere non poſſit quàm ſi habeat quartam: *l. quidam cùm filium 132. verſic. ergo exhæredatus, De verb. oblig.* Ergo etiam citra reſcriptum Diui Pij quartam habere debet filius adoptiuus, qui iuſtam exhæredationis cauſam nullam admiſerit. Cur ergo inquies, neceſſarium fuit reſcriptum Diui Pij, vt impuberi adrogato proſpiceretur? An fortè verendum erat, ne alioqui deterior eſſet cõditio impuberis quàm puberis adrogati? Minimè. Sed quia impuberis adrogati, qui cauſam ingratitudinis vix vllam admittere poterat, valdè intererat vt certus eſſet de quarta illa omnimodo habenda, neque neceſſitati querelæ aliquando proponendæ ſubiiceretur propter dubium euentum iudiciorum, ſumptus & incommoda tractandæ litis. Item quia prudentiſſimus Imperator putauit prouidendum eſſe pupillo aliquo caſu, etiam quo is, viuo adrogatore, putà ſi emancipatus moreretur. Quo tamen caſu certum eſſet, nullam ei legitimam alioquin deberi poſſe, non enim fieri magis poteſt vt ex bonis viuentis debeatur cuiquam portio legitima, quæ nihil aliud eſt niſi portio portionis ab inteſtato contingentis, vt iam diximus: *l. cùm quæritur 6. l. qua nuper 31. C. de inoff. teſtam.* quam vt viuentis vlla hæreditas & ſucceſſio ſit, quæ eſſe nequit: *l. 1. ff. de hære. vel act. vend. l. 1. ff. pro hæred.*

leg. quidam cùm filium 132. De verb. obligat.

Cur verò voluit Diuus Pius pupillo prouidere in eum quoque caſum quo emancipatus pupillus ante adrogationem moreretur? An non ea ratione videtur legitimis pupilli ſucceſſoribus magis quam pupillo ipſi prouidiſſe? Reſpondeo ad pupilli quoque vtilitatem id pertinere, vt callidi & maligni adrogatores non tam facilè conſilium caperent irruendi in pupilli facultates. Itémque vt conſtantiores fierent ad pupilli perſonam in familia retinendam, cùm præuiderent fore vt emancipato adrogato impubere, non tantùm bona ipſius omnia, ſed proprij quoque patrimonij quartam partem legitimo cuicunque impuberis ſucceſſori, nedum impuberi ipſi reſtitui oporteret: quo periculo & incommodo non liberabantur perueniente impubere ad pubertatem. Nam ſi puberem factum adrogator ſine cauſa emancipaſſet, perinde ſe obſtringebat, vt quandocunque moriens quartam ei relinquere cogeretur: *d. §. cùm autem impubes, verſic. ſed et ſi.* Quemadmodum & ſi eum immerentem exhæredaſſet, nec querelæ inofficioſi teſtamentum ſuum ſubiacere voluiſſet: *d. l. quidam.* In quo deterioris conditionis erat impubes adrogatus & exhæredatus, ſiue pubes decederet, ſiue impubes, quàm filius naturalis ex iuſtis nuptiis ſuſceptus, aut à patre naturali in adoptionem datus, adeóque quam adrogatus pubes. Nam impuberi adrogato quantumuis immerenter exhæredato non poteſt competere querela, etiamſi nihil ei relictum ſit, cùm ſemper & omni caſu habeat quartam ex conſtitutione Diui Pij, tanquam æs alienum, & ex Principali prouidentia; vt *d. l. ſi adrogator 22. §. 1.* loquitur Vlpianus & in *d. l. Papinianus, §. ſi quis impubes, ff. de inoff. teſtam.* Cæteris verò liberis nulla quartæ petitio competit, niſi per querelam, & ita demum ſi velint queri de inofficioſo patris teſtamento. Querelâ verò propoſitâ, neceſſe eſt reſcindi teſtamentum, atque ita filium ſiue adoptiuum, ſiue naturalem & legitimum, tanquam ſuum hæredem ſuccedere ab inteſtato in tota hæreditate, ſi alius ſuus hæres nullus ſit, quod in perſona impuberis & adrogati & exhæredati contingere non poteſt, cùm reſcindere teſtamentum nequeat is, qui querelam proponere non poteſt: *d. §. ſi quis impubes*, vbi ſcribit Vlpianus, quod magis eſt. Etiamſi impubes adrogatus ſit ex iis perſonis, quæ & citra adoptionem & emãcipationem queri de inofficioſo poſſunt, eſſe tamen illum remouendum à querela, *cùm*, inquit, *habeat quartam ex conſtitutione Diui Pij.* Subiungit autem, *Quod ſi egit, nec obtinuit* (neque enim obtinere poteſt in querela qui habet quartam) *an quartam perdat?* Ita namque ius cõparatum eſt, vt qui conqueſtus eſt de inofficioſo, ſi ſuccubuerit, amittere debat ea omnia quę habuit ex iudicio defuncti quod impugnauit: *l. filius 22. eo. tit.* Et reſpondet aut non eſſe admittendum hunc ad querelam inofficioſi, aut ſi admittatur, quamuis non obtinuerit quartam ei quaſi æs alienum concedendum. Cur verò de impubere adrogato loquitur Vlpianus, niſi quia in eo qui iam pubes adrogatus eſſet, aliud probari oporteret, diſtinguique an eſſet ille iuſtè, an iniuſtè exhæredatus, aut an à patre quartam haberet néc ne, quippe quam hoc caſu non habeat omnimodo ex Principali prouidentia. Sed & notãda ſunt apud Vlpianum verba illa *citra adoptionem & emancipationem.* Poſſit. n. quis mirari cur de emancipatione agi oportuerit, cùm de querela tractaretur; Quare verò, ſicut adoptio, ita & emancipatio querelæ proponendæ ius poſſit inducere. Sed reſpondendum eſt, quod iam ſuprà diximus, ad id reſpicere Vlpianum quod impuberi adrogato debetur quarta ex reſcripto Diui Pij, non illo tantùm caſu quo fuerit ipſe ab adrogatore exhæredatus, ſed illo etiam quo eum ſine cauſa pater emancipauerit: *d. ver. ſed et ſi.* quia pro exhæredatione habetur emancipatio, quæ facit vti ne amplius neceſſe ſit eum exhæredari, cùm ex eo tempore fiat extraneus, quem poſtea exhæredari ineptum eſſet: *d. l. quidam.* Qua etiam ratione puto non aliam impuberis emancipandi cauſam iuſtam eſſe potuiſſe, quàm quæ iuſta cauſa fuiſſet exhæredandi. Hac tamen differentia, quod exhæredato filio, qui fuerat impubes adrogatus, debetur omnimodo quarta ex bonis prædefuncti adrogatoris, ſiue adrogatus decedat impubes, ſiue pubes, nec inquirimus an iuſta fuerit cauſa exhæredandi, de quo ſcilicet inquiri, nec ſolet, nec poteſt, niſi propoſita querela. Emancipato autem nulla debetur quarta, niſi cùm ſine cauſa emancipatus fuit.

§. ſi quis impubes l. Papinianus, ff. de inoff. teſt.

Atque

Digitized by Google

Atque ita accipiendum eſſe quod diximus ex Iuſtin. *d. ver. ſed etſi.* Si decedens pater filium adrogatum exhæredauerit, vel etiam viuus eum ſine cauſa emancipauerit, quartam partem bonorum ſuorum ei relinquere iuberi. Ex quibus verbis apparet etiam quod paulò antè Iuſtinianus ſcribit non aliter adrogatori licere filium adrogatum emancipare, quàm ſi cauſa cognita dignus fuerit viſus adrogatus qui emanciparetur, & de adrogatoris familia eiiceretur. Ita debere accipi, vt non poſſit impunè emancipari, quandoquidem emancipationis pœnam illam pater ſubiit, vt non eo minùs quartam huic filio relinquere pater cogatur, perinde ac ſi in familia eum retinuiſſet. Alioqui quomodo poſſet filius reperiri emancipatus ſine cauſa, ſi abſolutè verum eſſet non niſi cauſa cognita & probata emancipari eum poſſe?

Nec repugnat quod diximus vix eſſe, vt iuſtam exhæredationis, aut emancipationis cauſam præbeat impubes. Hoc enim ius non ad impuberes dumaxat pertinet, ſed ad puberes quoque, ſiue emancipatos, ſiue exhæredatos, dummodo impuberes fuerint adrogati. Vt intelligamus adrogati puberis emancipationem liberam & impunitam eſſe, quamuis non etiam exhæredationem, quæ ſine cauſa facta eſſe proponatur. Poteſt namque imputari puberi, cur non ſibi melius proſpexerit per ſtipulationem in eum caſum quo ſine cauſa emanciparetur; vt ſcilicet eo caſu, vel quartam bonorum partem, vel certum quid aliud

d.l. quidam 132. de verb. oblig. pater promitteret: *d.l. quidam, verſ. quare ſic debuit.* Vbi quamuis Paulus exhæredationem cum emancipatione coniungat, fatetur tamen in præcedentibus meliorem eſſe hac parte conditionem exhæredati quàm emancipati, cùm ait exhæredatum, ſi non meruit exhæredari, poſſe agere de inofficioſo; emancipatum verò quamuis ſine cauſa hoc quoque auxilio carere. Inferens ex eo ſic interponi ſtipulationem debuiſſe, vt ſi pater filium adoptiuum emancipaſſet, aut exhæredaſſet; certum quid pœnæ nomine præſtaret.

Quid verò prodeſſe poterat exhæredationis quoque mentionem in ea ſtipulatione factam eſſe, An vt exheredatio impediretur filij etiam qui iuſtam ingratitudinis cauſam commiſiſſet? Minimè, Eſſet enim maligna illa, ſiue ſtipulatio, ſiue ſtipulationis interpretatio, & contra bonos mores, quæ inuitaret filium ad delinquendum; in eóque fauorabilior eſt cauſa impuberis adrogati, tùm quoque cùm pubes decedit, quàm puberis adrogati, aut etiam impuberis in adoptionem dati: vt exhæredatio; quamuis alioqui iuſta non debeat ei nocere, quominùs quartam habeat ex Principali prouidentia, quia nec iniuſta ei prodeſſet ad proponendam querelam, & euertendum patris teſtamentum; ſed quia filio adoptiuo immerenter exhæredato longè tutius eſt agere ex ſtipulatione, quàm querela inofficioſi, non ſolùm propter dubium euentum querelæ, cui ſolet valde obſtare fauor teſtamenti, ſed etiam quia ex Pandectarum iure filius agens querela, non aliter poterat obtinere quam ſi probaret ſe immerentem exhæredatum: *l. liber.* 28. *C. de inoff. teſt.* quouſque à Iuſtinian. id correctum eſt in *l. omnimodo* 30 *eo & Nou.* 115. *vt cùm de appell. cogn.* §. *aliud quoque capitulum.* Cùm tamen ſi ex ſtipulatione filius ageret, quæ non aliam præter hanc conditionem habuiſſet, *ſi filium exhæredaſſet pater aut emancipaſſet.* non aliud probandum habuiſſet filius, niſi quod vel exhæredatus, vel emancipatus eſſet, Patríque aut ipſius hæredi onus incumberet replicandi, probandíque iuſtis ac meritis de cauſis factam eſſe exhæredationem, vel emancipationem. Nemo autem neſcit quantum interſit cuiuſlibet, ſed præſertim actoris, vt probationibus, quæ vt plurimum difficillimæ ſunt, non oneretur: *§. commodum, Inſtit. de interd.* Etſi verò Paulus tota ea lege loquitur de illo, qui non adrogatus, ſed à patre ſuo naturali in adoptionem datus fuerit, nihil tamen putamus intereſſe an de adrogato loquamur, dummodo iam pubere tempore adrogationis; an verò de filiofamilias, ſiue impubere, ſiue pubere dato in adoptionem à patre. Quod enim patri naturali filium ſuum in adoptionem danti poteſt imputari, cur filio ſuo non melius proſpexerit; idem idem ſibi imputare pubes debet, ſi cùm ſe adrogandum vltrò dedit, melius ſibi non cauerit: Solus impubes adrogatus ille eſt, cui nihil poteſt imputari, & cuius proinde cauſam hac parte fauorabiliorem eſſe neceſſe eſt, vt quandocumque exhæredatus, vel ſine cauſa emancipatus etiam poſt pubertatem, habeat auxilium non querelæ inofficioſi teſtamenti, quod nec ſi immerenter exhæredatus eſſet, habere poſſet, ſed conſtitutionis Diui Pij, quæ quartam bonorum adrogatoris partem tribuit impuberi adrogato quandocunque poſtea, ſiue ante, ſiue poſt pubertatem, vel exhæredato, vel ſine cauſa emancipato. Quamquam autem ea quoque inter emancipationem & exhæredationem differentia eſt, quod emancipatio ab adrogatore facta ſtatim vires habet, exhæredatio verò non niſi poſt mortem exhæredantis, adeóque agnita ipſius hæreditate: *leg. ſcripto* 7. *vnd. liber. l. filium* 20 *ff. de bon. poſ. cont. tab.* non ideó tamen putandum eſt, petitionem quartæ bonorum adrogatoris ſtatim ex die emancipationis ſine cauſa factæ competere filio adrogato, eidémque emancipato, ſed ex die duntaxat mortis, & conſequenter inſpecta quoque illa bonorum quantitate, quàm moriens adrogator reliquerit: *d. l. vlt. ff. ſi quid in fraud. patron.* Vbi addit Paulus, non tantùm eam quartam partem bonorum adrogatoris ad adrogatum pertinere, ſed etiam bona ei omnia quæ patri acquiſierat reſtitui oportere, ac multò magis illa quæ ſimul cum ſuo capite in familiam adrogatoris tranſtulerat: Nam & hæc acquiſierat patri per adrogationem. Immò & eo caſu, quo ex iuſta cauſa emancipatur adrogatus, licèt quartam perdat, vt ſcriptum eſt in *d. l. vlt.* non tamen perdit bona ſua, quæ alioqui ſimul cum quarta ipſa ei reſtitui oportuiſſet: *d. §. cum autem impubes,* in illis verbis, *& tunc bona ſua ei reddit.* Planè quoniam à tempore emancipationis ſine cauſa malóque animo factæ in tempus vſque mortis, multa ex adrogationis bonis alienari per eum poſſent in fraudem conſtitutionis, rectiſſimè prouiſum eſt impuberi quondam adrogato, vt ſi tale quid admiſſum probetur, id eſt in quartæ fraudem alienatum, totum id per quaſi Caluiſianam vel Fauianam reuocetur, vt Paulus tractat in *d. l. vlt.*

leg. vlt. ff. ſi quid in frau. patron.

Hæc verò omnia cùm ita ſint, difficile videtur intelligere quam ſententiam aut rationem habeat, quod apud Vlpianum tractatum ſcriptúmque legimus in *dict. l.* 1. *§. ſi impubere. ff. de colla. bono. Si impubere,* inquit, *adrogato ſecundum reſcriptum D. Pij quarta debeatur. Videndum eſt an ſi patris naturalis bonorum poſſeſſionem petat,*

conferre quartam debeat. Tractat ſiquidem, vt apparet, de filio, qui à patre ſuo naturali & legitimo emancipatus fuerit, atque ita ſui iuris factus, deinde adrogatus; Non enim dici poſſet adrogatus qui adoptionis tempore ſui iuris non fuiſſet: *l. adrogationes 6. C. hoc tit.* nec rurſus ſui iuris eſſe potuit filius patrem habens & legitimum & naturalem, quin à patria poteſtate liberatus fuerit per emancipationem. Supponit ergo Vlpianus filium hunc à patre naturali emancipatum, & ab extraneis adrogatum, nihilominus poſſe ſuccedere patri naturali ſaltem iure prætorio, ac petere bonorum ipſius poſſeſſionem ab inteſtato. Nam de ſucceſſione inteſtati eum locum intelligi debere ex eo conſtat, quod iure veteri non fiebat collatio, quoties ex teſtamento ſuccedebatur, niſi teſtator eam fieri nominatim præcepiſſet; quod à Iuſtiniano poſteà correctum fuit, *l. 1. iunct. Auth. ex teſtamento. C de colla.* Atqui hoc primum falſum eſt, potuiſſe Vlpiani temporibus filium emancipatum, eundémque adrogatum ſuccedere patri naturali ab inteſtato, ſiue ciuili, ſiue prætorio iure; quia nec patrem naturalem habere vllum credebatur, ſed ſolùm adoptiuum, in cuius familiá per adrogationem tranſlatus fuiſſet; vt non obſcurè, nec ſemel Iuſtinianus ait in *l pen C. hoc tit.* vbi ob hanc cauſam ſcribit, in huiuſmodi filiis adoptiuis mirum illud fuiſſe, quod matrem naturalem haberent, patrem verò naturalem nullum habere intelligerentur. Is enim ſenſus eſt *verſ. quid enim materna iura.* Sed & ob eam cauſam putabat Papinianus, vt *ibidem* Iuſtinianus refert, filium hunc adoptatum, ſi à patre ſuo naturali fuiſſet exhæredatus, non eſſe admittendum ad querelam inofficioſi teſtamenti; Paulus verò admittendum quidem, ſed ſine effectu, hoc eſt eo modo quo extraneus quilibet tanquam ad publicam accuſationem, ſine vlla tamen ſpe obtinendi; vt in *l. 1. l. 6 §. 1 ff. de inof teſtam.* Nimirum quia cùm querela idcirco proponatur, vt reſciſſo teſtamento ſuccedi poſſit ab inteſtato, nec aliud ſit legitima portio, quæ inducere querelam ſolet, niſi portio hæreditatis ab inteſtato contingentis, *d. l. qua nuper. 31. C. eo.* conſequens eſt, vt non alius querelam proponere cum effectu poſſit, quàm qui habeat ius ab inteſtato quoque ſuccedendi. Et ideo non arcebantur emancipati liberi, iidemque exhæredati à querela inofficioſi teſtamenti, *l. non putauit 8 in prin ff. De bon. poſſ. contr. tab.* ſi modò petiiſſent primum à prætore bonorum poſſeſſionem illam, quæ *litis ordinanda gratia* dicebatur, de qua in *l. 6. §. vlt. l. 7. & l. 8. in prin. ff. de inoff. teſta.* per quam fierent capaces implorandi auxilij, quod totum ciuilis, non prætorij iuris erat. Nempe quoniam emancipati iure prætorio perinde habentur liberi, ac ſi nunquam emancipati fuiſſent, vt æquè poſſint ſuccedere ab inteſtato ex capite. *Vnde liberi.* At ſi non emancipati, ſed in adoptionem dati eſſent quia eo modo non tantum patrẽ priorem; id eſt naturalem & legitimum amittebant iure ciuili, vt patresfamilias fierent (fiebat enim adoptio per emancipationem, *l. vl. C. eo.*) ſed etiam nouum & alium patrem nanciſcebantur non magis poterat Prætor habere illos prò liberis patris priſtini & naturalis, quam facere vt poſſint illi habere duos patres, quod per rerum naturam impoſſibile eſt. Siquidem adoptiuum quoque patrem Prætor ius ciuile ſubſecutus, pro vero patre habebat, non minus quàm ſi & legitimus & naturalis fuiſſet etiam in ea parte edicti quæ eſt De bonorum poſſeſſionibus, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato: *l. 1. in prin. l. 3. §. 1. & ſeq. ff. de bon. poſſ. contr. tab. l. 1. §. liberos ff. vnd. liber. l. 1. § ſuos hæredes ff. de ſuis & leg.* Facit *l. ſi emancipatus 6. §. vlt. ff. de bon. poſſ. contr. tab.* Manſitque hoc ius & ciuile, & prætorium, vſque ad Iuſtiniani conſtitutionem in *d. l. pen. C. hoc ti.* quia primum fuit inductum vt naturalis patris iura per adoptionem minime diſſoluantur, niſi cùm datus fuit nepos in adoptionem auo naturali, ſiue paterno, ſiue materno: Quo vno caſu conſtituit *ibidem* Iuſtin. non per ſpeciem noui iuris, ſed coarctato ad hunc caſum eo iure, quod in adoptionibus omnibus generaliter olim obtinebat, vt ſolum patrem adoptiuum habere hic nepos intelligatur, & ad adoptionem tantummodo ſpem ſuam totam extendere debeat, non etiam patris naturalis ſucceſſionem, vt lex loquitur moleſtare. Hanc enim iuris veteris rationem fuiſſe, quam nos dicimus, oſtendit apertè Iuſtin. cùm ius nouum ita concipit, vt filio quem pater in adoptionem dederit *maneant integra iura: ſiue*, inquit, *ad inofficioſi querelam, ſiue ad alias omnes ſucceſſiones, ſiue ab inteſtato, ſiue ex teſtamento quæ liberis deferuntur.* Vnus tantum caſus fuit, quo filius in adoptionem datus, adhuc à Prætore haberetur pro filio patris naturalis, ſcilicet ſi is à patre naturali ſcriptus fuiſſet ex aliqua vel minima hæreditatis parte. Cur enim Prætor haberet pro omnino extraneo illum, quem pater tanquam filium tractauit, inſtituendo eum ſub filij nomine? Atque ita ex Labeone ſcribit Vlp. in *dicta lege non putauit. 8. §. in adoptionem*, iunct. *§. vlt. & l. ſeq. l. ſi poſt mortem 10. §. 1. & 2. l. cum emancipatus 13. §. 1. & 2. De bon. poſ. cont. ta. l. 1. §. ſi filius 12. ff. de vent. in poſſ. mit.* Ex quo apparet tantò clariùs verum eſſe quod nos defendimus, filium, quem pater naturalis in adoptionem dederat, nullo modo patri naturali ab inteſtato ſuccedere, ſiue ciuili, ſiue prætorio iure potuiſſe.

Amplius dico. Nec adoptiuum filium à patre naturali inſtitutum hæredem, potuiſſe à Prætore haberi pro filio naturali, ſi non à patre illo naturali in adoptionem datus fuiſſet, ſed emancipatus, qui ſe poſtea vltro dediſſet adrogandum. Hic enim duo concurrunt quæ illum penitus extraneum faciant, emancipatio nimirum & adrogatio. At quamuis emãcipatio facere non potuerit, vt patris naturalis iura omnino, id eſt etiam iure prætorio ſoluerentur, præſertim cùm ita ius eſſet, vt inuitus quoque filius emancipari poſſet: Nec proinde adoptio, quæ non niſi per tres emancipationes & duas manumiſſiones fieri poterat, *l. vlt. C. hoc tit.* Non tamen nouum eſt, vt magis extraneus patri naturali dicendus ſit filius, qui & ab eo emancipatus eſt, & ſubinde à ſe ipſo in adrogationem datus, quàm qui vnico actu emancipationis & adoptionis, ſimul traditus fuit patri adoptiuo à patre naturali: Nam & inde eſt quod Iuſtin. in *d. l. pe. §. vlt.* nominatim cauet nolle ſe, vt quæ illa conſtitutio contra iuris veteris rationem inducit in liberis adoptiuis, trahantur ad adrogatos; ſed velle vt in adrogatis illæſum ſeruetur ius antiquum: Non alia diſſimilitudinis ratione, quam quod in adrogatis nullum diſcrimen ſit inter patres, nempe quod nec patrum vlla diuerſitas eſt, ſed vnus tantùm pater vnáque familia, ad cuius ſolius ſucceſſionem aſpirare filius adoptiuus

l pen. C. hoc tit.

Bonorum poſſeſſio litis ordinanda gratia, quid ſit & ad quod neceſſaria.

l. vl. hoc tit.

nus poſſit. An enim ignorauit fortaſſe Iuſtinianus fieri poſſe, vt is quoque adrogetur qui patrem habeat naturalem, à quo ſcilicet fuerit emancipatus? Aut quid aliud requirimus in eo, qui adrogatur (ſi iuſtam, quæ interuenire debet, permittendæ adrogationis cauſam excipias) niſi vt ſit ille ſui iuris & in alienam poteſtatem redigi velit: Ad id igitur reſpexit Iuſtinianus, quod qui adrogatur etiamſi ante adrogationem, iam licèt emancipatus patrem habuerit naturalem, ex die tamen adrogationis nullum amplius habere creditur, cùm alium quàm naturalem ſibi vltrò elegerit. Quæ res indignum eum facit Prætor filij ius & nomen conſeruare debeat, quippe qui non tantùm ex iuris ciuilis autoritate factus ſit extraneus per emancipationem, ſed proprio etiam ſuo facto propter electum à ſe alium patrem, quem non pater naturalis ei dederit, vt in ſpeciali adoptione contingit, ſed quem ſolus ipſe ſponte quæſiuerit. Dixi *ſolus ipſe*. quia in adoptione ſpeciali etiam filij conſenſum ſiue expreſſum, ſiue tacitum interuenire quidem oportet, vt idem Iuſt. ait in *d. l. pe. verſ. cum enim tanta*. Sed non ideò tamen negari poteſt in adoptionem dari filium à patre naturali, non à ſeipſo, quia pater ille eſt qui dat filium conſentientem, non filius qui ſe dat conſentiente patre.

d. §. ſi impubere l. 1. ff. de collat. bonor.

An igitur nullus omnino caſus dari poterit, in quo poſſit locum habere quod Vlpianus ſupponit in *d. §. ſi impubere*, ab impubere adrogato petitam eſſe naturalis patris bonorum poſſeſſionem ab inteſtato? Immo vous eſſe poteſt, ſi adrogatus ille ab adrogatore ſuo emancipatus eſſe proponatur viuo adhuc patre naturali. Hoc ipſo enim quod deſinit non ſolùm habere patrē adoptiuum, ſed etiam in adoptiua eſſe familia, ceſſat ratio quæ faciebat, vt durante adoptione patrem naturalem non habere intelligeretur, ne quidem quoad Prætorem: *l. vtrum autem 9. De bon. poſſ. cont. tab.* vbi Caius ſcribit nihil intereſſe vtrum pater adoptiuus viuat, an defunctus ſit; quia hoc ſolùm quæri oportet, an filius in adoptiua familia ſit: Mors autem adrogatoris, licèt adrogatum faciat ſui iuris, non minùs quam emancipatio, non tamen adimit ei familiam adoptiuam quam adimeret emancipatio, quoniam adrogatio quæ per emancipationem diſſolueretur, per adrogatoris mortem non æquè diſſoluitur. In quo elegans obſeruanda eſt differentia inter filij adrogati emancipationem, & mortem adrogatoris. Et de hoc caſu ſenſiſſe Vlpianum ex eo quoque colligi poſſe videtur, quod in ſequentibus tractat de hærede adrogati, qui tamen hæredem habere non poteſt quandiu & adrogatio durat, & adrogator viuit. Poſſet quidem habere durante quoque adrogationis iure ſi adrogator deceſſiſſet, quia per mortem adrogatoris æquè ac per emancipationem factus eſſet ſui iuris

l. vtrum autem 9 ff. de bonor. poſſ. contr. tab.

Sed non poteſt ad eum caſum coarctari ſenſus Vlpiani, cùm ab eo propoſita quæſtio, illo etiam caſu locum habeat quo adrogator viuat, vt ſequentia oſtendunt. Omnino igitur ponendum eſt adrogatum hunc impuberem, de quo agimus, emancipatum fuiſſe ab adrogatore: Et quidem ſine cauſa, cùm alioqui nihil eſſet quod de quarta tractari poſſet. quam adrogatus ex iuſta cauſa emancipatus perdidiſſet: *d. l. vl. ff. ſi quid in frau. patr.*

Ita verò propoſita quæſtione. Si filius à patre naturali primùm emancipatus poſteà adrogatus, ſubindéque rurſum ab adrogatore emancipatus, patris naturalis bonorum poſſeſſionem petat, an conferre Quartam debeat? Subiungit quæſtionem hanc in eo eſſe, Vtrum hæredi ſuo relinquat Quartæ actionem, an non? Quod ipſum videtur etiam obſcurum. Quid enim commune habet propoſita quæſtio, An conferre Quartam debeat cum illa, an hæredi ſuo Quartæ actionem relinquat? Sed tamen ſi bene intueamur, pendet hæc ex illa. Certum namque eſt, eum qui conferre tenetur, non alia conferre, vel inuitum cogi, vel volentem poſſe, quam quæ in bonis habeat, cùm ob eam cauſam collatio bonorum appelletur. Non aliunde autem meliùs ſciri poſſit, an hæc Quartæ adrogatio ſit in bonis adrogati, néene, quam ſi ſciamus an in eius hæredem tranſmitti poſſit petitio Quartæ, an non: Quod enim ad hæredem tranſmittitur, id quin noſtris in bonis ſit, negari non poteſt: Ergo ſi ad hæredem adrogati petitio Quartæ tranſmittatur, reſpondendum erit ad propoſitam quæſtionem, adrogatum conferre Quartam debere: Vtpotè quam in bonis ſuis habeat: Si autem non tranſmittatur, non debere adrogatum conferre id quod in bonis non habeat. Reſpondet verò Vlp. ad vltimam quæſtionem, magis eſſe vt adrogatus Quartæ petitionem ad hæredem transferat, quia, inquit, perſonalis actio eſt. Cuius rationis per elegantis ſenſus ille eſt, quem tradidit Iacob. Cuiac. ad Paulum *lib. 1. Sent. tit. 12. §. vlt.* vt differentiam indicare Vlpianus voluerit, quæ eſt inter Quartam iſtam, quæ ex bonis adrogatoris debetur adrogato per conſtitutionem Diui Pij, & partem hæreditatis quæ alicui delata eſſet, & cuius nomine poſſet competere petitio hæreditatis. Nam ſi cui delata ſit hæreditas, ſiue ex aſſe, ſiue ex parte, & is decedat priuſquam eam agnouerit, nihil tranſmittit ad hæredem, id eſt ne quidem petitionem hæreditatis, quam potuerat inſtituere adeundo hæreditatem ſi voluiſſet: Quia nec hæreditatem ipſam non aditam tranſmittere poteſt, vt Paulus *ſupradicto loco* ſcribit, cùm nihil iuris habeat in ea, vel in eam, niſi quantum adeundo nanciſcitur. At Quarta bonorum adrogatoris non ſolùm defertur adrogato, ſed etiam debetur ex reſcripto Diui Pij tanquam creditori, & tanquam æs alienum, ob idque perſonalis in eam rem actio comparata eſt, ſcilicet condictio ex lege, id eſt ex reſcripto illo Imper. quod legis vim obtinet. Porrò iuris certiſſimi eſt, actiones omnes perſonales per legem duodecim tàbularum, & ipſo iure transferri ad hæredem: *l. vlt. C. de har. vel act.* Non etiam cæteras, quæ non ſunt perſonales; quia iſtius tranſmiſſionis non alia ratio eſt, quàm quia lex vt faciat hæredem, induxit fictionem hæreditatis quæ defuncti perſonam repræſentet: *l. hæreditas 34. ff. de acquir. rer. dom.* cum ſimilibus. Quod non fieret plenè ſi perſonales actiones quæ defuncto, & in defunctum competierunt, ad hæredem non transferrentur.

Cur petitio Quartæ, quæ debetur adrog. tranſmittatur ad eius hæredem, non etiam petitio hæreditatis tametſi iam delata nondum tamen aditæ.

Dices non minùs vindicationes, quæ actiones in rem ſunt, quàm perſonales tranſire in hæredem, nec proinde ſeparandas hac in re perſonales à realibus. Reſpondeo tranſire in hæredem nō actionem in rem quæ competebat defuncto, ſed dominium, ſiquidem hæreditas nihil aliud eſt quam dominium, nec hæredis appellatio quicquam aliud ſignificat quam dominum: *§. vlt. Inſt. de hæred. qualit. & differ.* Dominium autem in hæredem tranſlatum facere,

vt

vt non minùs ei competat vindicatio quàm defuncto, cùm ſit proxima cauſa vindicationis, nec tam domino quàm dominio inhæreat ius vindicationis. Qua ratione fatendum eſſet, hypothecariam, quæ licèt ipſa quoque vindicatio ſit, non tamen ex dominij iure proficiſcitur, ſed ex pignoris conuentione, nec ad cauſam dominij vllo modo pertinet, non poſſe tranſire in hæredem, niſi acceſſoria eſſet ad principalem obligationem, quæ ipſo iure tranſit, & ſine qua conſtitui hypotheca non potuiſſet. Planè tranſit poſſeſſio & pignoris, & hypothecæ, ſi ea penes defunctum fuit: Non quidem ipſo iure, cùm hæreditas quæ tota eſt iuris, nihil niſi ea quæ iuris quoque ſunt, transferre in hæredem poſſit; ſed ita demum ſi eam hæres occupauerit: *l. cum hæredes 23 ff. de acq. poſſ.* quia hoc quoque iuris eſt, vt non minùs habeat hæres ius poſſidendi eam rem, quam defunctus iure poſſedit, cum & ex iure plurimùm poſſeſſio mutuetur, inquit Papin in *l. poſſeſſio 49. eo. tit.*

l. cùm hæredes 23. ff de acqu. poſſ.

Nec ſuperioribus contrarium eſt, quod hæreditatis petitio inter perſonales actiones, adeúque quod magis eſt inter eas, quæ bonæ fidei ſunt, adnumeratur in *§. actionum, Inſt. de act. l. vl. in fi. C. de hær. pet.* Vnde etiam eſt, quod nec longi temporis præſcriptione ſummouetur, *l. hæreditatis 7. eod.* Eſt enim proculdubio ſcripta in rem, licèt mixtam habeat perſonalem actionem, vt ſcriptum eſt in *d. l. hæreditatis.* Neque verò perſonalis illa actio priùs naſcitur, aut vlla eſt, quàm adita ſit hæreditas. Datur enim hæredi: Hæres autem nemo fit per ſolam delationem, ſed per ſolam acquiſitionem. Sed etſi hæres adierit hæreditatem, adhuc tamen tentari poteſt, defuncto illo ante inſtitutam petitionem hæreditatis, litémque de ea conteſtatam, non fieri tranſmiſſionem actionis huius in hæredem hæredis. Id enim eſt quod apertè Paulus *ſupradicto loco* ſcribit, duriórque videtur Cuiacij interpretatio quàm vt admitti poſſit, cum Pauli ſententiam ad eum caſum coarctat, quo hæres inſtitutus non ſolum ante conteſtatam de petitione hæreditatis litem, ſed etiam ante aditam hæreditatem deceſſerit. Quid enim attineret tractare de tempore litis conteſtatæ ſuper hæreditatis petitione, ſi necdum adita hæreditas eſſet? An non præſupponit aditam eſſe hæreditatem, quiſquis dicit litem de hæreditatis petitione conteſtatam vel fuiſſe, vel non fuiſſe? Præſertim verò cùm *ibidem* fateatur Cuiacius, hæreditatis petitionem eſſe in rem. Et ſanè ita eſt, quia nec datur contra alium quàm contra eum qui vel eam pro hærede, aut pro poſſeſſore poſſidet, vel rem aliquam hæreditariam: *l. regulariter 9. & ſeqq. ff. de hæred. pet.* Quod verò dicitur in perſonam, ideò fit, quoniam perſona, quæ huiuſmodi actione conuenitur, non ad hoc conuenitur, vt hanc, vel illam rem reſtituat, vt contingeret in actione ſpeciali in rem, ſed vt reſtituat hæreditatem, id eſt quicquid deberi ab eo poteſt occaſione hæreditatis; quæ cùm ſit nomen iuris, & fructuum & vſurarum recipit acceſſionem.

Paulus lib. 1. Sentent. tit. 11. §. vlt.

Cæterùm non poteſt dici obligationem vllam eſſe perſonalem, ex qua naſcatur petitio hæreditatis, nec proinde quæ poſſit facere, vt petitio hæreditatis inter eas actiones perſonales adnumerari debeat, quæ per legem duodecim Tabularum in hæredem tranſmittuntur. Quod in ea Quarta, de qua nunc agimus, id eſt quæ adrogato debetur ex bonis adrogatoris diuerſum eſt. Haber enim adrogatus perſonalem actionem pro illa Quarta conſequenda ex Diui Pij conſtitutione, quæ & ipſa in neceſſarium antecedens inducit obligationem, hoc ipſo quod iubet, vt adrogator eam Quartam adrogato relinquere compellatur. Nec aliud apertius & accommodatius exemplum quærendum eſt ad *l. vnic. ff. de cond. ex leg.* quæ nouam obligationem induci vult, vt poſſit competere noua actio ex lege.

Rectè igitur, & eleganter Vlp. in *d. §. ſi impubere*, ita ſcribit, *& magis eſt vt ad hæredem transferat; quia perſonalis actio eſt.* Cui conſequenter ſubiicit, *Igitur etiam de quarta conferenda cauere eum oportebit.* Nimirum non illo ipſo caſu de quo proximè dictum fuit, hoc eſt, quo Quarta ipſa, aut Quartæ actio iam conferenda ſit, ſed illo, quo neque Quarta, neque Quartæ actio conferri adhuc poſſit, vt ob eam cauſam neceſſariò confugiendum ſit ad remedium cautionis: cui conſtat ita demum eſſe locum, ſi collatio ipſa fieri nondum poſſit: quod euenit quoties bona nulla ſunt quæ conferri queant, ſpes tamen adeſt fore vt aliquando ſint bona quæ conferri oporteat; Vt putà ſi quid ſub conditione debeatur ei qui conferre tenetur: *l. 1. §. ſi ſub conditione ff. de dot. colla.* Non enim ſpes bonorum venit in collationem, ſed bona ipſa, Spes bonorum inducit ſpem collationis, Spes verò futuræ collationis neceſſitatem cautionis. Poteſt autem interdum euenire, vt adrogatus præſentem iam habeat Quartam, vel Quartæ actionem, Interdum verò vt ſpem duntaxat eius aliquando habendæ. Quartam habet, ſi ponas defunctum iam adrogatorem, ex cuius bonis ea Quarta non ſolum debita fuerit adrogato, ſed etiam ſoluta. Quartæ verò actionem, ſi ponas fuiſſe illum ſine cauſa emancipatum, vel quoquo modo exhæredatum ab adrogatore qui iam deceſſerit, ſed qui tamen nihil, aut minus Quarta ei reliquerit: vt ideo neceſſe illi ſit agere ex conſtitutione Diui Pij, ad Quartam conſequendam. Cui caſui & ille ſimilis erit, ſi adrogator alio hærede inſtituto, reliquerit quidem Quartam adrogato, ſed eam tamen nondum hæres ei ſoluerit. His enim caſibus cùm teneatur filius adrogatus conferre id quod habet, non etiam id quod non habet, non poteſt ad aliud eſſe obligatus, niſi vt conferat Quartæ actionem quam habet, non etiam Quartam ipſam quam non habet. Nam & actionum collatio fit, ſicut & cæterorum bonorum: *l. 2. § emancipatus, ff. De collat. bon* cùm & actiones, non minùs quam bona mobilia & immobilia, bonorum appellatione contineantur: *l. bonorum 40. in fin. ff. de verbor. ſign.* At nec Quartam habet adrogatus, nec Quartæ actionem, ſi ponas adrogatorem adhuc viuere, ex cuius bonis quæ mortis tempore erũt, Quarta illa debeatur, etiamſi fuerit ab eo ſine cauſa emancipatus; quoniam non ad aliud tenetur adrogator ex conſtitutione D. Pij, niſi vt Quartam bonorum ſuorum partem adrogato moriens relinquat. Viuo igitur adrogatore, nec haberi poteſt, nec deberi. Quid ergo? Spes tantum eſt, ſed tamen certa debitum eam iri mortuo quandocunque adrogatore: perinde ac ſi ſe adrogator ſtipulatione obſtrinxiſſet, de Quarta illa, vel alia re qualibet poſt mortem ſuam reſtituenda. Quo caſu nemo dubitaret, quin ſpes debiti etiam conditionalis, & cuius conditio nondum extitiſſet, ad hæredem tranſmitteretur: *§. ex conditionali, Inſt. de verb. obl.* Quantò magis

defuncto

Digitized by Google

magis defuncto adrogato poſt impletam iam debiti conditionem? Hic enim caſus eſt, de quo Vlpianum tractare diximus, cùm ait adrogatum tranſmittere ad hæredem ſuum Quartæ petitionem. Alioqui ſi moreretur ille in familia ſui adrogatoris, nullum haberet hæredem, nec proinde quicquam ad eum tranſmittere poſſet. Immò nec ad eos, quos ſi adrogatus non fuiſſet habiturus erat legitimos ſucceſſores; quamuis defuncto eo impubere, bona omnia quæ adrogato in patris adoptiui familiam tranſtulit, iis reſtitui debeant, quia debitum Quartæ non eſt ſimile reſtitutioni bonorum: Siquidem hoc caſu reſtitutio bonorum nullam aliam habet conditionem præter hanc, *Si adrogatus in pupillari ætate decedat*: quam conditionem ſiquando impleatur, neceſſe eſt impleri viuo pupillo, quando nemo poſt mortem ſuam moritur, ſed in vita ſua. At debitum Quartæ partis bonorum conditionem alternatiuè duplicem habet, vtramque ab iſta conditione reſtitutionis longè differentem: ſcilicet, ſi impubes adrogatus vel exhæredabitur, vel ſine cauſa emancipabitur: *d. §. cùm autem impubes, in fin. hoc tit.* Ergo ſi moriatur impubes in familia adrogatoris, deficit conditio, vtpote quæ poſtea impleri nunquam poſſit, cùm non poſſit impubes poſt mortem ſuam emancipari vel exhæredari. Nec aliud erit, tametſi ante mortem ſuam exhæredatus proponatur, dummodo deceſſerit viuo adrogatore, cùm tantiſper nullum effectum habuerit exhæredatio, viuo ſcilicet eo qui exhæredauit, cuius præterea hæreditatem aditam eſſe neceſſe eſt, vt exhæredatio confirmetur: *l. ſi ita ſcriptum 13. §. vlt. l. Gallus 29. §. in omnibus, De liber. & poſthu. l. ſi quis filio 6. in prin. ff. de iniuſt. rupt. l. ſcripto 7. vnd. liber. d. l. filium 20. De bon. poſſ. contr. tab.*

Differentia inter bonorũ reſtitutionẽ, & debitum Quartæ. Ratioque differentiæ.

Hoc igitur caſu quo impubes ſpem tantùm habet, ſed certam habendæ aliquando quartæ ex bonis ſui adrogatoris, hoc eſt quo fuit ab eo ſine cauſa emancipatus, quid conferet fratri ſuo naturali? Vtique non Quartam quam non habet, neque rurſum Quartæ actionem & petitionem, quæ needum nata eſt, nec ipſam denique ſpem quæ iam competit, cuius ſpei collatio nulla ſit. Nihilne igitur? Nihil prorſus, ſed tantum cauebit de conferenda Quarta, vbi eam ipſe, ipſiúſve hæres quiſquis ille futurus eſt, conſecutus erit. Qui proculdubio ſenſus eſt Vlpiani *in verſiculo illo; Igitur & de Quarta conferenda cauere eum oportebit.* Nam ſicuti qui iam confert, nec cogitur, nec poteſt cauere de poſtea conferendo, ita nec alio caſu ad cautionis remedium confugimus, quam quo melius aliud nihil fieri queat, id eſt quo collatio ipſa fieri non poſſit, neque rei, neque actionis.

Quod cùm ita ſit, fatendum eſt, non poſſe defendi interpretationem & reſtrictionem illam quæ apud Vlpianum ſequitur, conceptá his verbis, *ſed hoc ita demum, ſi iam nata eſt Quartæ petitio.* Nam immo verò, quoties iam nata eſt Quartæ petitio, id eſt actio ad Quartam petendam, ea ipſa actio conferenda eſt, non autem cauendum de ea conferenda. Siquidem nihil hoc caſu impedit collationem, cùm actiones quoque, vt diximus, cæterorum bonorum exemplo conferantur: præſtátque longè minus quàm debeat is, qui cauere vult de conferendo eo, quod iam conferre poſſit ſi velit, quódque debeat conferre. Denique nemo vnquam cautione oneratur niſi cùm neceſſe eſt, *l. hæc ſtipulatio 14. §. 1. ff. vt leg. nom. caueat.* præſertim cùm cautio contenta non eſt nuda repromiſſione; ſed exigit ſatiſdationem, vt hæc: *l. 1. § inter. De collat. bonor.* quemadmodum autem ſatiſdationis neceſſitati nemo ſubiiciendus eſt ſine cauſa, *l. ſi creditores 31. ff. de reb. autor. iud. poſſid. l. 5 § vlt. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* ita nec ſemper audiendus eſt, qui vltrò ſatiſdationem offert, ſi debeat etiam ſoluere vel conferre: *l. quod ſi non ſoluere 10. ff. de pignor. act. l. item liberatur 6 § 1. ff quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluit.* Atqui cùm iam nata eſt Quartæ actio, nihil impedit quominùs actio ipſa conferatur, nec rurſus quominùs eius collatione liberetur frater naturalis, citra vllam cautionem, cùm ad aliud teneri non poſſit niſi vt conferat id quod habet in bonis. Nullus ergo caſus reperiri poteſt, quo tractandum ſit de cautione, ſi iam nata Quartæ actio, adeóque petitio proponatur.

Emendatio d. § ſi impubere.

Sequitur, *cæterùm ſi adhuc pater adoptiuus viuat qui eum emancipauit, dicendum eſt, cautionem quoque ceſſare.* Quæro igitur, quonam demum caſu poſſit locum habere, quod in præcedentibus ſcriptum eſt, de Quarta conferenda cauere filium oportere? Non enim caſus ille adferri poteſt, quo pater adoptiuus iam deceſſerit, cùm eo defuncto neceſſe ſit, vel Quartam haberi iam, vel ſaltem deberi, vel numquam debitum iri. Si iam habeat eam filius, Quarta ipſa conferenda eſt, non actio, nec de cautione tractandum. Si nondum habeatur, ſed tamen debeatur, Quarta ipſa conferri non poteſt, actio ipſa omnimodo conferenda eſt. Si verò neque debeatur, & certum ſit numquam debitum eam iri, froſtratoria & illuſoria, & proinde iniqua erit ſatiſdatio, ſi ad eam filius obligetur. E contrario hic vnus & germanus caſus eſt, vt iam diximus interponendæ cautionis, quo de Quarta tractari poſſit viuo adhuc adrogatore, qui filium adrogatum iam ſine cauſa emancipauerit.

Quid ergo reſpondebimus ad rationem illam quæ ſequitur apud Vlpianum? Videtur enim elegans & recta: *præmatura eſt enim*, inquit *ſpes collationis, cùm adhuc viuat is, cuius de bonis Quarta debetur.* Reſpondendum immo non eſſe præmaturam ſpem collationis. Futura quidem eſſet præmatura collationis petitio, cùm adhoc nihil eſt quòd conferri poſſit. Sed ſpes collationis non poteſt eſſe præmatura eo tempore, quo iam certum eſt Quartam omnimodo debitum iri: quod euenit cùm filius adrogatus fuit emancipatus ſine cauſa, licèt adhuc viuat adrogator; non enim debiti incertitudinem poteſt inducere quod adrogator viuit, cùm non idcirco debitum ſit conditionale, ſed in diem incertam quidem, id eſt mortis adrogatoris, ſed quam tamen omnimodo tandem aliquando extituram eſſe certum eſt, cùm fieri per rerum naturam nequeat vt non aliquando moriatur adrogator: *l. nam ſi cùm moriar 17. cum l. ſeq. ff. de cond. indeb.* Quod autem debetur ſub conditione omnimodo extitura, purè deberi exiſtimatur, *l. impoſſibilis 7. in fi. de verb. obl. l. ſi pupillus 9. §. 1. ff. de nouat.*

Neque obſtat quod dici ſolet, diem incertum pro conditione haberi: *l. 1. §. 2. l. dies incertus 75. De cond. & demonſtr. l. talis ſcriptura 30. §. ſed etſi ſub conditione, De legat. 1* Tunc enim id obtinet, cùm is qui poſt diem habiturus eſſet actionem, ſi interea decederet nihil tranſmitteret ad hæredem: vt putà cùm quis poſt mortem ſuam alteri hæreditatem reſtituere, aut quid aliud per fidei-

Dies incertus pro conditione.

commiſſum

Digitized by Google

fideicommiſſum præſtare iuſſus eſt. Quo caſu, quamuis certum ſit, hæredem, qui rogarus fuit, aliquando moriturum, nec tamen fideicommiſſum pro purè relicto habeatur, illud obſtat quod ante hæredem rogatum fideicommiſſarius ipſe mori poteſt, vt eleganter Paulus ſcribit in *l. Stacius Florus 48. §. 1. in fi ff. de iur. fiſc. l. ſi in perſonam 21. C. de fideic.* Nempe quia fideicommiſſarius conditionalis moriens ante conditionem impletam, nihil tranſmittit ad hæredem: *l. 4.* & paſſim *ff. quand. dies leg. ced. l. is cui 42. De obl. & action.* At in propoſito caſu, iam diximus ex Vlpiano ipſo, quod & verum eſt, filium adrogatum, cui ſemel cœperit Quarta deberi ex cauſa emancipationis per adrogatorem ſine cauſa factæ, tametſi deceſſerit ante natam petitionem, id eſt poſteaquam dies quidem ceſſit, ſed prius tamen quam venerit, non eo minùs tranſmittere petitionem Quartæ ad quemcunque ſuum ſucceſſorem. Ergo quod adhuc adrogator viuit, incertúmque eſt quando ſit moriturus, facere non poteſt quominus de quarta ſuo tempore conferens in præſens caueri oporteat, quippe cuius petitio non tam conditione, quàm mora ſuſpendatur.

Videtur autem ratio illa, quam nos impugnamus, ad id reſpicere quod dici ſolet, improbum eum eſſe qui ſollicitus ſit de viuentis hæreditate: *l. 2. §. interdum, de vulg. & pupil. ſubſt. l. donari 29.* aliàs *l. quidam, §. 1. ff. de donat.* Et ita paſſim ab Interpretibus noſtris accipitur. Sed quam parum ad rem noſtram id pertineat ex ſuperioribus intelligi poteſt. Is enim demum improbè ſollicitus eſt de hæreditate viuentis, qui ad hæreditatem ipſam aſpirat, quæ ſicut viuentis hominis nulla eſt, *l. 1. ff. de hær. vel act. vend. l. 1. ff pro hær.* ita nec ante patrisfamilias mortem ab vllo ſperari probè poteſt, videtúrque hæc ſollicitudo plena non ſolum mali ominis, ſed etiam triſtis & periculoſi euentus, vt ait Iuſtin. in *l. vlt. C. de pact.* quod non parum verendum ſit, ne tandem de alterius morte captanda cogitet, eiuſque votum gerat is, qui tam citò de aliena cogitat hæreditate, quæ nec vlla ſit, nec eſſe poſſit niſi poſt mortem.

Qua etiam ratione, cum de legitima illa portione loquimur, quæ dicitur debita eſſe liberis in bonis parentum, & viciſſim parentibus in bonis liberorum, non patimur vt de illa quæratur viuo patrefamilias ex cuius bonis debetur, quia quamuis non ſit pars hæreditatis, ſed bonorum, ſicut & Quarta Diui Pij, vt tractant Noſtri ad *l. cum quæritur 6. C. de inoff. teſt.* quippe cuius ratio proponatur deducto ære alieno, ac funeris impenſa, *l. Papinianus 8. §. Quarta autem ff. eo.* tamen formam & quantitatem accipit ex inteſtati ſucceſſione, legitimáque hæreditate, cùm nihil aliud ſit, vt iam ſuprà diximus, quam portio portionis ab inteſtato contingentis, nec proinde priùs de illa quæri poſſit quàm de ipſa inteſtati ſucceſſione quæreretur. In eóque differt nimirum à Quarta Diui Pij, quæ licèt non aliorum bonorum Quarta ſit, quam eorum quæ mortis tempore in adrogatoris hæreditate reperientur, tamen iam inde à tempore impletæ conditionis, id eſt factæ per adrogatorem emancipationis ſine cauſa, ac proinde viuo adhuc adrogatore ipſo debetur, vſque adeò vt ſi interim adrogatus decedat, petitionem eius ad hæredem ſuum tranſmittat: quod perinde nemo dixerit defuncto filio emancipato ante patrem, aut mortuis liberis ante matrem; tranſmitti ſcilicet in eorum hæredes petitionem legitimæ, quæ liberis ipſis debita fuiſſet, ſi ſuperuixiſſent. Non enim debetur illa legitima, neque re, neque ſpe, niſi prorſus improba, ne liberis quidem, qui licet ex parentum voto inuitentur ad parentum ſucceſſionem, non ideo tamen in patrios, aut maternos annos inquirere honeſtè poſſunt; cùm nihil faciliùs euenire poſſit, quam vt ordo mortalitatis turbetur, & liberi ante parentes moriantur, quo caſu appareret clariùs nullam iis legitimam debitam vnquam fuiſſe.

In quo conueniant & differant quarta Diui Pij & legitima quæ cæteris liberis & parentibus debetur.

Quare ſi de legitima illa tractaretur, & filius emancipatus patri ſuo volens ſuccedere cum fratribus in familia retentis, ad collationem ex Prætoris edicto vrgeretur, viua adhuc matre; non negarem improbam fore, nedum præmaturam ſpem collationis, ſi fratres in familia retenti petere vellent, vt emancipatus hic ex alia fortaſſis matre ſuſceptus caueret de legitima illa, quã ex maternis bonis quandoque habiturus eſſet, conferenda. Supponeret enim ea cautio in neceſſarium antecedens morituram matrem ante filium, quod nec ſperare, nec cogitare probus filius poteſt: ad cuius pietatem potiùs pertinet, vt ſe & mortalem cogitet, & matris fato ſuperſtitem eſſe non deſideret.

Sed nec ea ratio, quæ collationis æquitatem inducit, hoc caſu locum habet, Nempe illa, quod emancipatus auferens fratribus paterna, non debeat ſibi propria retinere illa, quæ ob emancipationem acquiſiit, & quæ hodie non haberet ſi emancipatus non fuiſſet. In quorum numero apparet, legitimam portionem poni non poſſe, quæ aliquando fortaſſis ex bonis maternis ei debebitur, non magis quam ipſam maternam hæreditatem; eo quoque caſu quo illam habiturus ſit, præmoriente ſcilicet matre, non tamen eam habiturus ſit tanquam emancipatus, ſed tanquam filius, & eo prorſus iure quo habiturus erat ſi emancipatus non fuiſſet.

Quæ omnia diuerſa ſunt in ea quarta, quæ filio adrogato debetur ex conſtitutione Diui Pij. Debetur enim illa, non quia adrogator moriturus ſit ante adrogatum, quæ ſpes non minus improba eſſet in adrogato, quàm in filio naturali; ſed quia fuit emancipatus ſine cauſa: Et ideo quamuis adrogatore viuo filius impubes deceſſerit, non minus tranſmittit ad hæredem ſuum Quartæ huius petitionem, quàm ſi adrogator primus, deinde impubes deceſſiſſet. Sed & fatendum eſt huic filio adrogato non eſſe quæſitum tale ius habendæ Quartæ ex bonis adrogatoris, propter emancipationem, quia ſi non fuiſſet à patre ſuo naturali emancipatus, non potuiſſet ab alio adrogari, nec proinde quicquam ſibi ex bonis adrogatoris vnquam acquirere aut ſperare. Æquiſſimum igitur eſt collationem fieri huius Quartæ, vel actionis, aut ſi neque Quarta habeatur, neque actio nata ſit, caueri ſaltem de collatione ſuo tempore facienda.

Denique quantum interſit inter Quartam Diui Pij, & eam portionẽ quam nos Legitimam appellamus, ex illo maximè conſtat, quod Quarta Diui Pij dicitur æs alienum *d. l. ſi adrogator 22. §. 1. ff hoc. tit. d. l. Papinianus 8. §. ſi quis impubes ff. de inof. teſt.* ob idque petitur ratione perſonali, ſicut & cætera omnia quæ aliis creditoribus debentur. Nam & hæreditarium æs alienum, aliquando illud etiam intelligitur, de quo agi non potuit cum defuncto, vt in exemplis à Caio poſitis in *l. hæreditarium 7. ff. de reb. auto. iud. poſſid.* Legitima verò neque æs alienum dici poteſt

Digitized by Google

teſt, quamuis malè ac imperitè à pleriſque Interpretibus ſic appelletur, neque actione perſonali peritur niſi actione ex teſtamento, cùm in teſtamento relicta fuit, vel cùm habetur pro relicta ex Iuſtiniani conſtitutione in *leg. omnimodo 30. Cod. de inoff. teſtam.* ſed ſi non ſit relicta ab eo qui relinquere debuit, agitur querela inofficioſi teſtamenti, non ad Quartam, ſed ad hoc vt teſtamentum reſcindatur, vt ſucceſſioni ab inteſtato locus aperiatur. Concludamus igitur non Vlpiani eſſe, ſed vel Triboniani, vel imperiti alicuius interpretis totam illam poſtremam clauſulam *d. §. ſi impubere*, ab illis verbis, *ſed hoc ita demum*: ad *finem vſque §.* quod à tot clariſſimis Interpretibus, qui locum illum & viderunt, & ante nos explicare voluerunt, obſeruatum non fuiſſe miramur.

ILLATIO XIII.

De fœminis quoque adrogandis.

l. hac autem 20. §. 1. & l. ſeq. ff. hoc tit.

DEcimotertiò ex eodem ſupradicto Principio fit, vt non ſolùm in adoptionem dari, ſed etiam adrogari poſſit fœmina, perinde ac maſculus: *d. l. hac autem 20. §. 1. & l. ſeq. ff. hoc tit.* quia natura non tantùm filiosfamilias, ſed etiam filiasfamilias facit: *l. non cuiuum 4. ff. de his qui ſui vel alie. iur. ſunt.* In adrogatione tamen fœminæ, videtur fuiſſe ratio aliqua dubitandi, propterea quod adrogationis permittendæ non alia cauſa eſt, quàm vt familia adrogatoris conſeruetur ac perpetuetur, quòd per fœminam fieri nequit. Sed cùm adrogatio omnis fiat & cauſa cognita, & imperio Principis; nihil cauſæ eſt cur non ſaltem ex Principis reſcripto fœminæ quoque perinde ac maſculi adrogatio permittatur.

ILLATIO XIV.

De ſubſtitutione pupillari facta filio adrogato.

DEcimoquartò ex eodem Principio fit, vt filio adrogato poſſit adrogator ſubſtituere pupillariter, non minùs quam filio naturali & legitimo, quem haberet in ſua poteſtate: Sed cum hac tamen differentia, quod pater naturalis & legitimus filio ſuo impuberi pupillariter ſubſtituere poteſt in bonis omnibus, quæ pupillus mortis ſuæ tempore relicturus ſit, etiamſi aliunde quàm à patre ipſo prouenerint, quia per pupillarem ſubſtitutionem non patri ſucceditur, ſed filio, nec in patris, ſed in filij bonis: *l. ſed ſi plures 10. §. ad ſubſtitutos, ff. de vulg. & pup. ſubſt.* Vnde eſt quod exhæredato quoque ſubſtituere pater poteſt, *l. 1 §. 1. ff. eod.* quia nihil prohibet exhæredatum habere bona, ſcilicet aliunde quàm à patre. Adrogator verò non poteſt ſubſtituere filio adrogato, niſi in eis ſolis quæ ipſe filio dedit, hoc eſt ad Quartam vſque, & ſi quid aliud præterea ei adrogator reliquerit: *d. l. ſed ſi plures. §. in adrogato, eod.* Vbi tamen addit Vlpianus idem admittendum eſſe in aliis quoque pupilli bonis, quæ is beneficio adrogatoris habuerit, vt putà ab amico aliquo, vel cognato adrogatoris, quem credibile ſit non niſi adrogationis contemplatione motum fuiſſe, vt pupillo daret.

Anton. Fabr. Iuriſp. Papin. Scient.

Fiunt autem iſta omnia optima iuris ratione, vt enim poſſit adrogator pupillo adrogato ſubſtituere directò, illud facit quod habet ille pupillum in poteſtate, nec minùs pater ſit iure ciuili, quàm is qui & naturalis ſimul & legitimus pater eſt. Cur ergo prohibeatur filio adrogato ſubſtituere pupillariter, cùm ius pupillariter ſubſtituendi ſit ex moribus populi Romani, *l. 2. eo. De vulg.* & conſequenter ex iure ciuili non ſcripto Romanorum? Præſertim verò cùm pupillaris ſubſtitutio, ſit etiam vtilis, adeóque honorifica pupillo, cuius vtique intereſt teſtamentarium habere potiùs quàm legitimum hæredem: *l. Iulianus 42. ff. de acq. hæred.* Vt verò pupillaris illa ſubſtitutio non alia pupilli adrogati bona effectu ipſo complectatur, quam quæ ipſe ab adrogatore ſuo, aut eius contemplatione ab aliis habuerit; & ſic contra vulgares pupillaris ſubſtitutionis regulas inductum videtur, quæ non magis patiuntur vt pupillus, quam vt alius quilibet paterfamilias decedat pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus. Ex eo tamen fit quod aliter eueniret, vt adrogator hoc ipſo ſolo quod filio impuberi ſubſtitueret pupillariter, liberaret ſe ab obligatione quam per adrogationem contraxiſſet reſtituendorum legitimis pupilli ſucceſſoribus bonorum omnium adrogati: faceret enim vt è contrario peruenirent ad eos, quos ipſe non minùs ſibi quàm filio hæredes elegiſſe videretur. Numquam autem in debitoris poteſtate eſſe debet, vtrum debeat: *l. 2 §. Scæuola, ff. de eo quod cert. loc.* nec vt immutet legem formámque ſtipulationis quæ ab initio fuerit certa: *l. vero procuratori 12. §. penult. ff. de ſolut.*

Cur pupillaris ſubſtitutio filio adrogato facta nō alia quàm adrogatoris bona complectatur.

Dices, ita fieri vt decedat pupillus hic pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus Nego, & falſam conſecutionem eſſe poſtea probabo. Saneque nimis abſurdum illud eſſet, & à iuris ratione omnino alienum. Sed tamen dico, etiam ſi cum Interpretibus noſtris id admittere quis vellet, admitti hoc neceſſariò debuiſſe, maioris abſurdi euitandi gratia; eſſéque hoc exemplum accommodatum ad eam iuris regulam, quæ habet, Quoties nihil ſine captione inueſtigari poteſt, eligendum eſſe id quod minimum habeat iniquitatis; id eſt quod minus ſit inconueniens, & minùs abſurdum: *l. quoties nihil 100. De regul. iur.* Quò etiam pertinet quod in hanc ſententiam iactare Interpretes ſolent Poſito vno inconuenienti, neceſſe eſſe vt alia multa ex eo ſequantur. Primum enim illud inconueniens eſt, vt quis ex patrefamilias fiat filiusfamilias, aut vt qui iam filiusfamilias eſt mutet patrem, & in alterius patris familiam ac poteſtatem tranſeat, duóſque quodammodo patres habere videatur. Inde verò proficiſcuntur cætera omnia ſiue abſurda, ſiue incommoda, quæ circa adoptiones vel adrogationes paſſim occurrunt. Quæ tamen omnia Legiſlator ciuilis parum curat, quia videt multò magis eſſe è populi ſui vtilitate, ad quam referre omnia & ſolet & debet, vt adoptiones, & adrogationes in Republica recipiantur.

l. quoties nihil 100. de reg. iur.

Planè ſi adrogator filio adrogato ſubſtituere per fideicommiſſū velit, in ea quidē Quarta quā ex Diui Pij reſcripto ei relinquere debet velut æris alieni loco, non poterit; quia non tā ex iudicio patris, quàm ex Principali prouidentia eā habere intelligitur: *d. l. ſi adrogator 22. §. 1.* Certum autem eſt; bona propria filij non poſſe fideicommiſſo contineri: *l. cohæredi 41. §. cum filia.*

Digitized by Google

De vulg. & pupill. l. ſequent quæſtio 68. de legat. 2. cùm in eo differat fideicommiſſum à pupillari ſubſtitutione, quod illa honor, hoc autem onus eſt. Sed in cæteris bonis quæ ab eodem adrogatore ſupra Quartam pupillus habuerit, nemo dubitat quin etiam per fideicommiſſum ei ſubſtituere adrogator poſſit, ſicut & alij cuilibet hæredi quantumuis extraneo ſubſtituere poſſet. Non tamen, vt puto in iis etiam quæ adrogatoris contemplatione habuerit pupillus, mortuo iam adrogatore, aut etiam viuo illo, ſi qua tamen ſint quæ viuo adrogatore acquiri poſſint adrogato, putà qui alia ratione fuerit liberatus à patria poteſtate: Aut quæ ita fuerint ei filio relicta, vt non etiam per ipſius perſonam adrogatori ipſi fuerint acquiſita, putà ſi adrogator conſenſerit vt filio ipſi, non ſibi per filium acquirerentur. Fuerunt enim filijfamilias etiam iure veteri capaces acquiſitionis, patre ita volente & conſentiente, vt à nobis oſtenſum eſt *lib. 7. Conieƈt. ex l. cogi 16. §. ſi pater. ff. ad SC. Trebell. l. is qui hæres 13. §. vlt. ff. de acq. hæred. l. 1. C. qui admit. ad bono. poſſ.*

Cæterum ſi ponas aliquid relictum fuiſſe adrogato in ſui adrogatoris poteſtate conſtituto, quod per eum adrogatori non reluctanti acquiri potuerit, non video qua ratione adrogato ipſi quæſitum dici poſſit; nec proinde quis fieri locus quæſtioni, Vtrum in iis bonis permittendum ſit adrogatori vt filio ſubſtituat, ſiue pupillariter, ſiue per fideicommiſſum. Bona enim adrogatoris ſunt, non adrogati: quod non ſimiliter dici poteſt de iis bonis, quæ pupillo adrogato relicta ſint, & acquiſita poſt mortem adrogatoris. Illa namque adrogati, non adrogatoris bona ſunt, licèt ab amico, vel cognato adrogatoris relicta ſint contemplatione, ac veluti remuneratione quadam adrogationis & ideo in fideicommiſſum venire non poſſunt; quamuis veniant in ſubſtitutionem pupillarem: *dict. § in adrogato*, quia nec nouum eſt vt plenior ſit pupillaris ſubſtitutio, quàm fideicommiſſum; per quam ſcilicet fiat, vt pupillus & hæreditatem teſtamentariam habeat, & teſtamentarium hæredem.

Plenior eſt iure ſubſtitutionis pupillaris quàm fideicommiſſi

Et de his ſanè bonis omnino accipiendum eſt quod ſcribit Vlpian. in *dicta l. 10. §. in adrogato, in fin. ff. de vulg. & pup. ſubſt.* id eſt de iis, quæ adrogato fuerunt acquiſita mortuo adrogatore, vt ſcilicet veniant in ſubſtitutionem pupillarem quam pater adrogator ſimpliciter & indiſtinctè fecerit adrogato: licèt neque ſpecialem eorum bonorum mentionem fecerit, neque vniuerſaliter ſubſtituere potuerit in omnibus bonis adrogati: quia cùm per pupillarem ſubſtitutionem filio ſuccedatur, non patri; & in hæreditate filij, non patris; conſequens eſt, vt in æſtimando patrimonio pupilli, hoc eſt, vt ſciatur quid in ipſius hæreditate ſit, vel non ſit, tempus illud inſpici oporteat, quo hæreditas pupillaris eſſe incipit, id eſt quo pupillus iam mortuus eſt, vt in ea reperiantur illa etiam bona, quæ nec patris nec pupilli fuerunt tempore mortis patris.

Denique in pupillarem ſubſtitutionem ab adrogatore, ſicut & ab alio quolibet patre factam, veniunt bona omnia pupilli vndecunque quæſita: Solis iis ſpeciali iure exceptis, quæ ex cauſa adrogationis in familiam adrogatoris ſimul cum adrogati capite tranſlata, aut poſt adrogationem poteſtatis iure adrogatori per adrogatum acquiſita, legitimis pupilli ſucceſſoribus ex ſtipulatione adrogationis tempore interpoſita reſtitui oportet. Quamquam ſi quis ſubtilius agere, ac rem ipſam ita vti eſt, æſtimare velet, minùs accommodata exceptio iſta eſſe videbitur. Non enim reſtituuntur bona iſta pupilli agnatis proximis, tanquam legitimis ſucceſſoribus, & iure ſucceſſionis inteſtati, vt vulgo creditur, ſed tanquam iis qui ab inteſtato ſucceſſuri fuerant, ſi adrogatio nulla facta fuiſſet, vt loquitur Marcellus in *d. l. non aliter 18. hoc tit.*

d. l. non aliter 18. ff. hoc tit.

Cæterum fieri non poteſt vt pupillus moriens in adrogatoris familia, eos habeat hæredes legitimos, & ab inteſtato, quos habiturus eſſet citra adrogationem, cùm familiam mutando & patrem, agnatos quoque mutauerit, nouique agnati illi ſint, quos hæredes ab inteſtato habere debeat, ſi nullum ab adrogatore habuit ſubſtitutum. Nec alius priſtinis agnatis ius ſupereſt ad conſequenda pupilli bona, quæ habituri erant ſi non fuiſſet ille adrogatus, niſi vt agant ex interpoſita ſtipulatione, vel actione vtili tanquam ex interpoſita, ſi interpoſita nulla fuit: Non enim poſſunt ab inteſtato ſuccedere qui non ſunt amplius agnati, neque cum nouis agnatis quibus ſolis lex 12. tab. hæreditatem defert, concurrere. Similiter igitur dicendum eſt, ſi adrogator filio impuberi adrogato dederit ſubſtitutum pupillarem, eſſe illum hæredem pupilli in ſolidum in teſtamento, cùm pupillaris ſubſtitutio ſemper ſit teſtamentum filij; nulla verò ex parte pupillum decedere inteſtatum, quamuis ſubſtitutus ille idémque hæres teſtamentarius priſtinis agnatis bona omnia quæ pupilli fuerant, aut per pupillum adrogatori acquiſita reſtituere teneatur velut æris alieni loco. Fit enim illa reſtitutio, vi & poteſtate obligationis & actionis perſonalis, non iure ſucceſſionis. Immò facienda eſt ab hærede & ſucceſſore ſiue teſtamentario, ſiue legitimo ipſius pupilli; quoties ponimus deceſſiſſe illum & impuberem & inſtitutum ab adrogatore. Quod ideo adiicere libet, quia ſi eſſet ille à patre adrogatore emancipatus ſine cauſa, ſicut ei ipſi reſtituenda eſſent bona, tam quæ ante adrogationem habuiſſet, quàm quæ conſtante adrogatione patri quæſiuiſſet, *d. §. cùm autem impubes, hoc tit.* Ita & defuncto illo impubere ante factam ſibi reſtitutionem, dubitandum non eſſet, quin eandem petendæ reſtitutionis facultatem tranſmitteret ad legitimos ſuos hæredes, eoſdem hoc caſu futuros, qui futuri erant ſi adrogatio nulla facta fuiſſet: ſiquidem emancipatio quælibet, dummodò ritè facta, quamuis iniuſtè ac ſine cauſa, ſicuti diſſoluit adrogationem, ita eos agnatos reddit, quos adrogatio abſtulerat, nouóſque extinguit quos dederat adrogatio. Adeò priſtinæ adoptionis veſtigium nullum ſupereſt, vbi ea ſemel diſſoluta eſt per emancipationem: *l. in omni iure 13. ff. hoc tit.*

l. in omni iure 13. ff. hoc tit.

Quòd ſi adrogatus in familia quidem adoptiua permanſerit, ſed tamen ab adrogatore ſuo exhæredatus ſit ſine cauſa, quemadmodum Quartam habere debet ex bonis adrogatoris, ſecundum Diui Pij conſtitutionem; ita & multò magis bona ſua recuperare, ne plus iuris alioquin habere videatur in bonis adrogatoris, quam in iis quæ aliquando propria fuerunt: Néve melior ſit conditio agnatorum pupilli, quibus adrogatio ius agnationis ſuſtulerit,

Digitized by Google

ſuſtulerit, quàm ipſius pupilli, qui nunquam deſinit idem ille eſſe qui fuerat ante adrogationem.

Idque eſt quod innuere videntur Impp. in *d. l. 2. C. hoc tit.* in illis verbis, *in facultates eius, quæ ei diligenti prouiſione ſeruandæ ſunt.* Oſtendunt enim reſtitutionem bonorum pupilli adrogati non tantùm priſtinis eius agnatis, ſed & pupillo ipſi nonnullis caſibus faciendam eſſe: quod & apertiùs ſcriptum eſt in *d. §. cùm autem impubes.*

Quid ergo ſi impubes hic iuſtè ſit exhæredatus? Quamquam vti iam diximus vix eſt, vt in eius perſona poſſit iuſta exhæredationis cauſa contingere. Et puto idem hoc caſu dicendum fore quod diceremus ſi iuſtè, & cauſa cognita fuiſſet emancipatus. Quo caſu placeret, Quartam quidem eum amittere, ſed tamen non eo minùs bona ſua ipſi reſtitutum iri oportere, *d. §. cùm autem.* Nimirum ſi impubes proponeretur. Nam ſi poneres & factum puberem, & iuſta ex cauſa exhæredatum; non puto aliud ei ius ſuperfuturum, niſi proponendæ querelæ inofficioſi teſtamenti: in qua tamen fieri non poſſet vt non ſuccumberet qui iuſtè exhæredatus eſſet. Itaque ſicuti cùm adrogatus exhæredatus eſt iuſtè, & quærimus an habere Quartam debeat ex reſcripto Diui Pij ſuprà diſtinximus, *illat. 22.* puberem ab impubere, id eſt non tantùm an pubes, vel impubes fuerit adrogatus; ſed etiam an adrogatus, qui adrogationis tempore fuit impubes, poſtea deceſſerit adhuc impubes, an verò iam pubes factus. Ita & eandem diſtinctionem adhibendam putamus, cùm quærimus an bona pupilli adrogati iuſtéque exhæredati, ſint ei, eiúſve priſtinis agnatis reſtituenda; vt exiſtente eo impubere, bona ipſius omnimodo reſtituantur; pubere verò exiſtente, nullo modo. Et ſanè impuberi magis, quã puberi fauere æquum fuit; vt & in ſpecie *l. neceſſariis 57. De acquir. hered.*

Quid in filio adrogato ſiue pubere ſiue impubere exhæredato.

ILLATIO XV.

De adoptione in nepotem.

DEcimoquinto ex eodem ſupradicto Principio fit, vt non tantum in locum filij, ſed etiam in locum nepotis adoptare quis poſſit: adeóque tametſi filium nullum habeat, *l. adoptare 37. ff. hoc tit. d. l. ſi adrogator 22. §. vlt.* vbi Vlpianus monet, quod à nobis quoque monendum ſupererat; ea omnia quæ in ſuperioribus diximus de impubere adrogato, eadem dicenda eſſe, non ſolùm ſi in locum filij, ſed & ſi in locum nepotis impuberem aliquis adrogauerit. Quemadmodum enim natura non tantùm filiosfamilias facit, ſed etiam ex filiisfamilias nepotes, ita & adoptio, quæ naturæ exemplo filiosfamilias facit, conueniens eſt vt nepotes quoque facere poſſit.

Illa tamen differentia eſt inter nepotes & filiosfamilias qui per adoptionem fiunt, quod in filiisfamilias adoptiuis nulla diſtinctio eſt, quin tanquam ex adoptatore ipſo ſuſcepti adoptentur: implicarétque contradictionem, ſi quis diceret adoptari quem in filium, familias à Titio, tanquam ex alio quem ex adoptatore ipſo ſuſceptum: ſiquidē non poſſet, à natura filiusfamilias Titij eſſe is, qui ex alio quàm ex Titio ſuſceptus eſſet; At cùm quis adoptatur in locum nepotis, diſtinguendum eſt an adoptetur tanquam ſuſceptus ex filio, quem adoptator adhuc viuum habeat, aut aliquando habuerit; an verò tanquam ex quolibet natum: Non quod vtroque caſu non ſit perinde nepos iure legis, qui in locum nepotis adoptatur, atque nepos eſſet iure naturæ ſi ex filiofamilias natus eſſet: Sed quia priore tantùm caſu, non etiam poſteriore nepos hic iura conſanguinitatis nanciſcitur cum nepote naturali, quem ex eodem filio ſuſceptum habebat auus, idémque adoptator; vt eleganter ſcribit Proculus in *leg. ſi is qui nepotem 44. eod. titul.* vbi ait, Si is, qui nepotem ex filio habet, in nepotis loco aliquem adoptauerit, mortuo auo iura conſanguinitatis inter nepotes futura non eſſe: Sed ſi ſic adoptauit, vt etiam iure legis nepos ſuus eſſet, quaſi ex eodem filio ſuo, puta Lucio, & ex eius matrefamilias natus eſſet, contra fore. Rectè verò *iure legis*, ad differentiam alterius nepotis qui non tantum legis, ſed etiam naturæ iure nepos eſt eidem auo, vt proinde nihil neceſſe ſit cum Duareno locum emendare, ac legere *iure, legéque.*

Quò etiam pertinet quod Vlpianus ſcribit in *dicta leg. ſi paterfamilias 15. §. 1. eod. tit.* Eum qui duos filios, & ex altero eorum nepotem habet, ſi velit nepotem quaſi ex altero natum ſic adoptare, poſſe hoc efficere ſi eum emancipauerit, & ſic deinde adoptauerit quaſi ex alio natum: *facit enim hic*, inquit, *quaſi quilibet, non quaſi auus: & qua ratione quaſi ex quolibet natum poteſt adoptare, ita poteſt & quaſi ex altero filio.* Et ſane cùm filiatio illa, vt ita dicam, quæ per adoptionem inducitur, tota ſit fictitia & imaginaria; & ex arte iuris, mirum non eſt ſi poſſit quis aliquem nepotis loco adoptare, etiamſi vel filium nullum habeat, aut ſi tanquam ex alio filio ſuſceptum, quam ex quo ſit ſuſceptus. Quamuis natura facere non poſſit, vt nepotem ex filio ille habeat, qui filium nunquam habuit, aut vt ex filio Lucio nepos ſit, qui ex filio Semptonio ſuſceptus eſt. Nam & inde eſt, quod etiam is qui vxorem non habet, filium tamen adoptare poteſt: *leg. & qui vxores 30. hoc titul.* Sufficit enim quod habere poſſet ſi vellet, quamuis non poſſit id ſufficere ad hoc, vt filium naturalem & legitimum ſibi acquirat. Nuptiis enim iiſque veris & iuſtis in eam rem opus eſt. Nimirumque ex hoc vno proficiſcitur quod diximus de nepotibus: Poſſe ſcilicet quem adoptari loco nepotis tanquam ſuſceptum non ſolum ex filio certo, ſed etiam ex alio incerto ac imaginario qui nunquam fuerit: quod euenire neceſſe eſt cùm quis in nepotem adoptatur ab eo, qui filium nullum habeat, at ne quidem vxorem fortaſſis vnquam habuerit. Et id eſt quod ait Pomponius in *leg. adoptiones 43. eod.* adoptiones non ſolum filiorum, ſed & quaſi nepotum fieri, vt aliquis nepos noſter eſſe videatur, perinde quaſi ex filio, vel incerto natus ſit. Non enim ſenſus ille eſt, vt poſſit quis in nepotem adoptari tanquam ſuſceptus ex quolibet (ſicuti namque nepos naturalis dicitur ex filij comparatione, ita & neceſſe eſt omnem qui adoptatur in locum nepotis, adoptari tanquam ex aliquo filio:) ſed hoc ſibi vult Pomponius, non eſſe neceſſe vt adoptetur quaſi ſuſceptus ex hoc, vel ex illo filio certo, puta ex Lucio, aut ex Semptonio, ſed poſſe adoptari

l. ſi is qui nepotem 44. eo.

tanquam ſuſceptum ex quolibet filio, id eſt etiam incerto & imagioario.

Quo etiam ſenſu accipiendum eſt, quod diximus ex Vlpiano in *dicta leg. ſi paterfamilias, §. 1.* in illis verbis, *quaſi ex quolibet natum poteſt adoptare.* Ex quolibet ſcilicet filio, vel incerto, id eſt etiam incerto, & qui nullo certo nomine demonſtrari poſſit, cùm reuera nullus ſit; ſed tamen non niſi tanquam ex filio, alioqui non tanquam ex aliquo extraneo. Nemo enim ſibi poteſt acquirere nepotem adoptiuum, quaſi ex eo ſuſceptum qui extraneus fuerit, cum adoptio in his demum perſonis locum habeat, in quibus etiam natura poteſt habere, vt dicemus *Princ. ſeq. ex l. adoptio 16. hoc ti.*

Itaque vt dicamus apertiùs quod Vlpian. ſenſit *in dicto §. 1.* qui habet duos filios, & ex altero nepotem, poteſt quidem hunc ipſum nepotem ex Lucio filio, adoptare in nepotem quaſi ex Sempronio, perinde ac ſi ex quolibet alio etiam extraneo natus eſſet. Non enim ideò minùs adoptari poſſet in locum nepotis, at non quaſi ex quolibet, ſed quaſi ex Sempronio, qui non quilibet, id eſt extraneus, ſed filius proponatur. Quod ſi Sempronius non eſſet, adhuc poſſet adoptari nepos hic ex Lucio in locum nepotis quaſi ex alio filio qui neque eſſet, neque vnquam fuiſſet: itémque adoptari à quolibet, id eſt etiam ab eo qui non ſit auus naturalis, ſed tamen non niſi quaſi ab auo & conſequenter tanquam ex aliquo filio, ſiue certo, ſiue incerto ſuſceptus; quoniam auum habere non poteſt, niſi qui pro patre illum habeat, qui eiuſdem aui filius ſit, vel certus, vel incertus; cùm per filij perſonam duntaxat auus nepoti, viciſſimque nepos auo coniungatur: *l. dotem 6 ff. de collat. bonor.*

ILLATIO XVI.

De cognationis iure quod per adoptionem quæritur.

DEcimoſextò ex eodem Principio fit, vt qui in adoptionem datur, his duntaxat cognatus fiat, quibus agnaſcitur: quibus vero non agnaſcitur, nec cognatus fiat: *leg. qui in adoptionem 23. ff. hoc tit.* Nempe quia per adoptionem filiusfamilias tantùm fit is qui adoptatur, non autem filius ſimpliciter, & abſolutè; id eſt, vt ſuprà explicauimus, non niſi iure ciuili filius eſt, quia ius ciuile non alium filium agnoſcit, quam qui ſit filiusfamilias, ſicut nec alium patrem quam qui ſint agnati: quoniam nec ad aliud reſpicit quàm ad conſeruationem familiarum, quæ porrò non per alios conſeruari poſſunt quàm per maſculos, eóſque qui per maſculos ſint coniuncti. Et hæc ratio illa ipſa eſt, ſicque explicanda, quam Paulus reddit in *d. l. qui in adoptionem*, iis verbis, *adoptio enim non ius ſanguinis, ſed ius agnationis adfert.* De quo plura poſteà dicemus *Princip. 2.*

l. qui in adoptionem 23. ff. hoc tit.

ILLATIO XVII.

De filio adoptato per emancipatum.

DEcimoſeptimò ex eodem Principio fit, vt is quem filius emancipatus adoptauerit, nepos meus non ſit: *l. quem filius 26. eo.* quia cùm per adoptionem non filius ſimpliciter & abſolutè, ſed filiusfamilias acquiratur vt proximè diximus, fieri non poteſt, vt qui à filio meo emancipato adoptatur nepos meus fiat, ſiquidem in familiam meam non venit, à qua ipſius pater adoptiuus, quem nos emancipatum ponimus, omnino alienus eſt: factus nimirum extraneus per emancipationem: *l. quin etiam 55. in fin. ff. de rit. nupt.*

ILLATIO XVIII.

De illo qui natus eſt ex filio adoptiuo.

DEcimooctauò ex eodem Principio fit, vt ex adoptiuo natus, adoptiui locum obtineat in iure ciuili: *l. ex adoptiuo 27. ff. hoc tit.* quia cùm adoptiuus filius, id eſt per adoptionem filiusfamilias factus, ſit in familia adoptatoris, conſequens eſt, vt qui ex eo poſtea naſcitur durante adoptione, eandem familiam ſequatur, id eſt perinde in eiuſdem adoptatoris familia ſit, ac ſi eſſet ipſe quoque adoptatus; quamuis reuera per naturam magis quàm per adoptionem ex proprio capite in eius qui adoptauit familia reperiatur: quanquam poteſt vno caſu, hic quoque nepos in adoptiua familia natus, admitti ad bonorum poſſeſſionem aui naturalis, ſed ex decreto, non ex edicto Prætoris, ſcilicet ſi poſt mortem aui adoptiui fuerit hic nepos emancipatus à patre ſuo naturali, ſicut & ſi filius emancipatus ſublato filio vel emancipato adrogandum ſe dediſſet, ac mortuo patre adoptiuo deceſſiſſet, vt ſubtiliter tractat African. *l. ſi duobus 14 § filius, De bon. poſſ. contr. tab.* vbi rationem adfert, *ne alioquin nepos hic ab omnium bonis excluderetur.* Loquor autem de illo qui ex filio adoptiuo poſtea naſcatur, durante tamen adoptione; quoniam in eo qui iam ante adoptionem natus eſſet, aliud probari poteſt. Si quis enim filium habens & ex filio nepotem, vtrumque in ſua poteſtate, filium ſolum dederit in adoptionem, nemo dubitat quin ex eo nepos nihilominus retineatur in aui naturalis poteſtate, vt Modeſtinus ſcribit in *l. adrogato 40. eo. tit.* vbi elegantem hanc differentiam conſtituit inter adoptionem & adrogationem, quod adrogatio ſimul cum capite adrogati transfert omnes ipſius liberos in familiam adrogatoris: adoptio non item. Nempe quia adrogatio fit eius qui ſit paterfamilias, adoptio verò eius qui ſit filiusfamilias. Qui paterfamilias eſt, totam familiam ſuam, vt ſecum trahat neceſſe eſt. Qui vero filiusfamilias eſt, cùm neque familiam, neque proprios liberos in ſua poteſtate habere poſſit, cur alienam familiam ſecum trahat? An non ita fieret iniuſtitia patrifamilias, qui filium quidem in adoptionem dare voluit, ſed nepotem in familia retinere? Id ſiquidem eſt quod Caius ſcribit in *l. liberum 28. hoc. ti.* liberum arbitrium eſſe ei, qui filium & ex filio nepotem in poteſtate habeat, filium quidem poteſtate dimittere, nepotem verò in poteſtate ſua retinere: vel ex diuerſo, filium quidem in poteſtate retinere, nepotem verò manumittere. Etſi enim de emancipatione potius, quam de datione in adoptionem loqui Caium apparet ex verbo *manumittendi*, aut potiùs (nam & adoptio per manumiſſiones fiebat, *l. vlt. C. eod.*) ex illis ſequentibus, *vel omnes ſui iuris efficere*, tamen dubitandum non eſt: quia dationis in adoptionem eadem

leg ſi duobus 14 § filius, de bon. poſſ. contr. tabul.

ratio

ratio hac parte ſit, quæ emancipationis, cùm vtroque caſu, id eſt, tam qui dat in adoptionem, quam qui emancipat, vltrò à ſe abdicet ius patriæ poteſtatis.

ILLATIO XIX.

De cæco adoptante, vel adoptato.

Decimonono ex eodem Principio fit, vt etiã cæcus & adoptare, & adoptari poſſit: *l. etiam cæcus 9. ff. hoc tit.* quia oimirum & filiusfamilias eſſe,& filiumfamilias habere perinde poteſt, ac ſi cæcus non eſſet: nec tam corporis quam animi oculis eget is, qui vel adoptat, vel adoptatur, vt nihil ſine maturo conſilio iudicióque faciat. Nam & eadem ratione placuit cæcum quoque iudicandi officio fungi poſſe: *l. cæcus 6. ff. de iudic.*

l. etiam cæcus 9. ff. hoc tit.

ILLATIO XX.

De voluntate illorum duntaxat, qui ſuæ poteſtatis ſunt, in adrogationibus exquirenda.

Vigeſimo ex eodem Principio fit, vt in adoptionibus,quæ fiunt per adrogationem,eorum duntaxat qui ſuæ poteſtatis ſunt voluntas exquiratur, quoniam ſolus ille filiusfamilias fit: aliorum verò, quos ille in ſua poteſtate habebat, nihil intereſt niſi per conſequentias, cùm iam ſint in aliena poteſtate. Sin autem à patre dantur in adoptionem, in his vtriuſque arbitrium ſpectandum eſt, vel cooſentiendo, vel noo contradicendo: *l. in adoptionibus 5. ff. hoc tit.* quia & eius intereſt qui per adoptionem filiusfamilias fit, & patris etiam, qui hac ratione filium amittit.

l. in adoptionibus 5. eod.

ILLATIO XXI.

De non exquirenda in adoptionibus voluntate illorum, inter quos iura agnationis conſequuntur.

Vigeſimoſeptimò ex eodem Principio fit, vt cùm quis adoptatur, ſiue Principis autoritate, ſiue Magiſtratus imperio, non ſit neceſſaria in eam rem autoritas,vel voluntas eorum,inter quos iura agnationis conſequuntur, id eſt non niſi per conſequentias acquiruntur: *l. cùm adoptio fit 7. eo. hoc tit.* Nempe quia per adoptionem id dumtaxat agitur principaliter, vt filiusfamilias quis fiat. Vt verò fiat agnatus omnibus qui ſunt in familia, non agitur, ſed fit in conſequentiam neceſſariam. Quemadmodum & cùm quis nuptias contrahit, non niſi de quærendis liberis cogitat, non etiam de agnationis iure quod inter iuſtos liberos, qui ex iis nuptiis ſuſcepti erunt, & alios agnatos conciliandum ſperatur. Ergo ſicuti agnatorum conſenſus non requiritur,autoritas vero multò minus,ad hoc vt quis per iuſtas nuptias filiumfamilias ſibi paret. Ita neque illo caſu quo velit quis per adoptionem ſibi filiumfamilias comparare.

Non idem iuris eſt ſi agatur de confirmanda per Principem adoptione quæ fuerit non iure facta. Etſi enim à Principe confirmari poteſt, non aliter tamen quam adhibitis etiam his qui contradicant, id eſt qui huiuſmodi adoptionis confirmatione læderentur, *l. adoptio 38. cum l. ſequ. hoc tit.* Nam & idem eueniret ſi confirmandus eſſet ſtatus liberorum ex iniuſtis nuptiis, aut ex alio quolibet illegitimo coitu ſuſceptorum, vt alibi dicemus. Nec ſanè æquum eſt, eodem iure cenſeri adoptionem non iure factam, quo cenſeatur ea quæ iure facta ſit, præſertim, cùm agitur de præiudicio tertij. Et diuerſitatis ratio euidens illa eſt, quod adoptionis non iure factæ confirmatio nunquam fit, niſi cauſa cognita. Vbi autem cauſæ cognitio neceſſaria eſt, nihil fieri debet inauditis iis quorum intereſt: *l. etiam 29. §. vl. ff. de minor.* & abſurdum iniquúmque eſſet, Principem confirmando adoptionem, eorum ius lædere, quos ipſa adoptio non læſiſſet? *arg. l. nec vtilem 20. ff. ex quib. cauſ. maior.* At adoptio fit ex ſola voluntate adoptantis, & eius qui adoptatur, itémque Magiſtratus, aut Principis, qui autoritatem præſtat. Ob idque dicitur eſſe actus voluntariæ iuriſdictionis, non contentioſæ: *l. 2. ff. de off. procon.*

Alio iure cēſetur adoptio iure facta, alio ea quæ non iure facta eſt & indiget confirmatione.

Ar quamuis ſuprà dixerimus, In adoptionibus plerumque cauſæ cognitionem interuenire, præſertim verò ſi adrogatio facta proponatur; id tamen ita accipiendum eſt, vt non patiatur Princeps fieri adrogationem, quin eius faciendæ cauſa aliqua & allegetur, & probetur: Non etiam vt per ſpeciem iudicialis diſceptationis ea cauſæ cognitio interponatur, quomodo interponenda eſſet, ſi de adoptione confirmanda tractaretur. Adoptionem enim facere facti eſt, confirmare verò iuris. Qui adoptat, non lædit ius familiæ quam auget. Qui confirmat adoptionem non iure factam, lædit, quia peius eſt malè factam eſſe adoptionem, quàm nullomodo: *arg. l. vnic. in fi. ff. quand. dies vſusfr. leg. ced.* Denique adoptio fit ab eo qui de familia ſua diſponendi liberum habet arbitrium, Adoptionis verò confirmatio per Principem, qui non tanquam familiæ dominus ita facit, ſed tanquam Princeps, id eſt tanquam communis pater omnium, ad quos ea res pertinere poteſt: quem proinde æquum eſt nihil conſtituere, niſi auditis iis qui ex eiuſmodi confirmatione læderentur.

Cauſæ cognitio neceſſaria ad confirmandam adoptionem non iure factam, differt ab ea quæ adhibetur ad permittendam adrogationem.

Obſeruandum tamen eſt, hanc diſtinctionem adoptionis vel iure, vel noo iure factæ, ad eam duntaxat adoptionis ſpeciem pertinere, quæ ſpeciali nomine *Adoptio* appellatur: non item ad Adrogationem, quæ cum non niſi ex Principis autoritate & cauſa cognita fieri poſſit, vix eſt, vt non iure facta videatur, ſiquidem autoritas Principis qui eſt ſupra leges, ſupplet defectum ſolemnitatum omnium, quæ ex legibus alioqui requirerentur.

ILLATIO XXII.

De iure ſui hæredis per adoptionem acquirendo.

Vigeſimoſecundò ex eodem Principio fit, vt qui adoptatur, ſicuti per adoptionem filiusfamilias fit, ita & ſuus hæres fiat patri, quoniam quiſquis filiusfamilias eſt, cum in poteſtate ſit, & primum in cauſa ſuccedendi locum

locum obtineat, non poteſt non etiam ſuus hæres eſſe; vt *ſuprà* diximus *illat.* 1. Vnde eſt, quod ſi quis poſt factum teſtamentum adoptauerit apud populum, illum qui ſui iuris eſt, hoc eſt, qui patrem non habet, aut apud Prætorem, illum adoptauerit, qui in poteſtate patris eſt, rumpitur eius teſtamentum quaſi agnatione ſui hæredis, vt ſcribit Caius *in Inſtit. lib.* 2. *tit.* 3. *De exhær. liber.* §. *ſi quis poſt factum.* Sed hoc ita, ſi quis in filij locum adoptatus ſit: Nam ſi quis nepotem quaſi natum ex eo filio, quem in poteſtate habet, conſentiente filio adoptauerit, non agnaſcitur hic ſuus hæres auo poſtea decedenti, quippe cùm poſt mortem aui quaſi in patris recidat poteſtatem: *l. ſi quis nepotem* 10. *ff. hoc tit.* tanquam qui per adoptionem ab auo factam, effectus ſit filiusfamilias filij moriente auo, qui adoptionis tempore paterfamilias erat. Idem namque contingeret ſi naturalis ſimul & legitimus auo nepos fuiſſet, id eſt ex iuſtis filiifamilias nuptiis quæſitus: §. 1. *infr. quib. mod. ius patr. poteſt. ſoluit.* Quid ergo ſi in huiuſmodi adoptione facta in locum nepotis ex eo filio, qui fuit in poteſtate, conſenſus filij interuenerit? Certum eſt, futurum hoc caſu, vt auo mortuo non recidat nepos in poteſtatem filij, cui alioquin, vel ignoranti, vel etiam inuiſo ſuus hæres adgnaſceretur, quorum neutrum æquum eſſe diximus, *illat.* 5. *ſupr. eo.* Ergo adgnaſcetur ſuus hæres auo. Nec enim videri poteſt ei obſtare perſona filij, in cuius poteſtatem neque recidat moriente auo, neque poſtea recidere vnquam poſſit. Neque ad rem pertinet, quod non ſit adoptatus niſi tanquam nepos. Non enim ex eo fit, vt à filio anteuertatur in cauſa ſucceſſionis, cùm nec filius ille adoptantis pater eius eſſe intelligatur. Sufficit autem ad inducendum ius ſui hæredis, quod quis ſit in poteſtate, nec ab alio anteuertatur in cauſa ſuccedendi; quamuis non filius ſit, ſed nepos: vt in *l. ſi quis filio* 6 *ff. de iniuſt. rupt. l. ſcripto* 7. *ff. vnd. liber.* Itaque eodem iure cenſendus eſt hic nepos, quo cenſeretur ſi in nepotis locum adoptatus eſſet ab eo, qui filium nullum haberet: quod fieri poſſe *ſuprà* diximus *illat.* 15. Quo tamen caſu non poſſet dubitari quin morienti auo adoptiuo eſſet nepos ſuus hæres, ſiquidem à nemine anteuerteretur. Hoc ipſum verò non alia de cauſa, quàm quia patrem nullum haberet. Sola namque patris perſona interpoſita illa eſt, quæ impedit ne is qui nepotis locum obtinet, ſuus hæres auo dici poſſit.

l. ſi quis nepotem 10. *ff. hoc tit.*

ILLATIO XXIII.

De emancipato reuertente in patriam poteſtatem per adoptionem.

Viceſimotertiò ex eodem Principio fit, vt is etiam qui ſemel patria poteſtate liberatus eſt; in poteſtatem honeſtè reuertatur per adoptionem: *l. qui liberatus* 12. *ff. hoc titul.* Nam cùm adoptio ſit veluti ſubſidiaria naturæ; vt qui naturalem & legitimum filium nullum habet in poteſtate, habeat ſaltem legitimum; nihil vetat, eum, qui fuerit antea emancipatus, redire in poteſtatem, rurſúmque fieri filiumfamilias per adoptionem; quamuis non poſſit redire in vterum matris, vt iterum naturalis & legitimus, & conſequenter in poteſtate ex iuſtis nuptiis naſcatur. Ideò autem Vlp. *in dicta leg. qui liberatus*, ſcribit, Eum qui liberatus eſt patria poteſtate, in eandem poteſtatem honeſtè poſteà reuerti non poſſe citra adoptionem. Vt intelligamus poſſe quidem reuerti etiam citra adoptionem, ſed ex cauſa tantùm ingratitudinis: *l. vnic. C. de ingrat. liber.* qua cauſa fœdior & turpior alia eſſe nulla poteſt. Sed tamen hoc ipſum accipiendum eſt de eo, qui fuerit aliquando in poteſtate tanquam filius naturalis & legitimus, non adoptionis iure. Nam eum quem quis adoptauerit, ſi emancipauerit, vel in adoptionem dederit, iterum adoptare non poteſt: *l. adoptare* 37. §. 1. *ff. hoc tit.* Nempe quia ſicuti nemo per naturam bis naſcitur in eiuſdem patris poteſtate, ita nec per adoptionem fieri poteſt, vt eiuſdem patris filiusfamilias bis fiat, cùm adoptio naturam imitetur, vt iam *ſuprà* diximus, ex *l. adoptio* 16. *eod.* Et ſanè vix eſt, vt certo iudicio & conſilio velit quis iterũ adoptare illum, quem iam adoptatum aliquando à ſe abdicauerit, ſiue emancipatione, ſiue datione in adoptionem.

l. qui liberatus 12. *ff. hoc tit.*

ILLATIO XXIV.

De effectibus qui conſequuntur diſſolutionem adoptionis.

Viceſimoquartò ex eodem Principio fit, quod Papin. ſcribit in *leg. in omni* 13. *eod. titul.* In omni ferè iure, finita patris adoptiui poteſtate nullum ex ſtatu priſtino veſtigium retineri, adeò vt ipſa etiam patria dignitas quæſita per adoptionem, finita adoptione deponatur. Nam cùm is qui adoptatur, non idcirco filius fiat abſolutè, ſed filiusfamilias, id eſt filius iure ciuili; conſequens eſt vt iure quoque ciuili poſſit omnino tolli vinculum adoptionis, ex *reg. leg. nihil tam naturale* 35. *De regul. iur. leg. prout* 80. *ff. de ſolut.* vtque ſublato eo vinculo, quod non niſi iuris ciuilis poteſtate ſuſtinebatur, in eum ſtatum redigantur omnia in quo erant ante factam adoptionem.

l. in omni 13.

Itaque filius adoptiuus, ſi emancipetur, non intelligitur eſſe ex liberis, ne iure quidem prætorio; *l.* 1. §. *& ſui, l.* 3. §. *ſed ſi ſit: ff. de bonor. poſſ. contr. tabul.* Qui etiam ſenſus eſt *l.* 1. §. *pen.* in illis verb. *in adoptiuis dummodo maneant liberi. ff. de leg. præſt.* Iunge *l.* 1. §. *liberos ff. vnd. liber. l. ſi quis poſthumos* 9 §. *vlt. De lib. & poſthum.* Quod in filio naturali & legitimo ſecus eſt; Is enim quantumuis emancipetur, & per emancipationem deſinat eſſe filius iure ciuili, incipiátque haberi pro extraneo, *l. quinetiam* 55. §. 1. *ff. de rit. nupt.* remanet tamen filius iure naturæ, quia ſanguinis & naturæ iura nullo iure ciuili dirimi poſſunt: *l. iura ſanguinis* 8. *ff. de reg. iur.* ob ídque & à Prætore in omnibus habetur pro filio, cenſetúrque eodem iure, quo ſi emancipatus non eſſet, vt conſtat ex omnibus ferè partibus edicti *De bon. poſſ.* Idcirco autem addita eſt à Papiniano dictio *ferè*; quia nonnunquam euenit vt priſtinæ adoptionis veſtigium aliquod remaneat etiam poſt emancipationem, vt in ſpecie *d. l. quinetiam, in prin.* vbi ſcriptum eſt, nefas exiſtimari eam quoque vxorem ducere, quæ per adoptionem filia, neptíſve eſſe cœperit: In tantùm vt etſi per emancipationem adoptio diſſoluta ſit, idem iuris remanet. De quo ſcripſimus *ad Prin.* 6. *illat.* 5. *tit. pra.*

Subiungit verò Papin. patriam quoque dignitatem amitti diſſoluta adoptione, quoniã ea omnium

nium minimè amitti videbatur, tanquam quæ omnino adhæreat perſonæ cui ſemel fuit acquiſita. Quid enim perſonalius, vt ita dicam, & à perſona inſeperabilius eſt, quam dignitas? Nam & inde eſt quod placet eidem Papiniano, dignitatem, quæ ex perſona patris, eiuſdémque Senatoris filio acquiſita ſit, propter ſuperuenientem caſum eiuſdem patris remoti à Senatus, ei auferendam non eſſe: *l. filiam 9. ff. de Senat. l. generali 24. §. vlt ff. de rit. nup.* Sed aliud eſt patrem amittere ſuam dignitatem, aliud verò amittere ius & nomen patris, id eſt ipſam, vt ita dicam paternitatem. Qui amittit dignitatem ſuam, ſi remaneat pater, non nocet filio; quin cum filij nomine & iure dignitatem quoque retineat ille, quæ ſibi aliquando tanquam filio fuit acquiſita. Qui verò dignitatem quidem retinet, ſed deſinit eſſe pater, quod fit diſſoluta adoptione, ſicut adimit filio nomen filij, ita & ea omnia quæ non niſi iure filij habere filius poterat. Plus enim eſt amittere ſubiectum quàm accidens. Patria dignitas nihil niſi accidens eſt, quod paternitatem ipſam quodammodo pro ſubiecto habet, aut ſaltem pro cauſa vt in filium deriuari poſſit. Itaque nil neceſſe eſt, vt filius adoptatus amittat dignitatem patris adoptiui, quamuis pater ipſe eam amiſerit. At amiſſo filij nomine & iure, fieri nequit, vt quicquam retineat ex eo quod vel adhuc ſit, vel aliquando fuerit patris. Huc pertinet quod de Senatoris filio, ſiue naturali, ſiue adoptiuo emancipato ſcriptum eſt in *l. 6. & 7. ff. de Senator.*

ILLATIO XXV.

De emancipato nepote apud patrem adoptatum concepto.

VIceſimoquintò ex eodem Principio fit, quod ſubiungitur ex Pomponio in *l. ſed etiam 24. eod. tit. De adopt.* Etiam nepotem ex filio, qui apud patrem adoptatum conceptus & natus ſit, per emancipationem iura omnia perdere. Eadem proſus ratione quam nos *in præcedente illatione* vſurpauimus. Niſi quod in perſona huius nepotis, maior quædam ratio dubitandi eſſe videbatur, quod & innuit dictio illa *etiam*, poſita in principio legis. Cur verò maior ratio dubitandi in hoc nepote? Nempe quia cùm eſſet ille conceptus, & natus in familia & poteſtate aui adoptiui, videbatur, non tantùm ciuilis, ſed etiam naturalis iuris vinculo cum auo uſſe coniunctus, ac proinde ſublato per emancipationem vinculo ciuili, ſupereſſe naturale: Vt dici ſolet cùm filius naturalis & legitimus à patre emancipatur. Sed non ita eſt. Nam hic nepos licèt in aui familia natus ſit, nullo tamen alio iure quam per adoptionem ei coniungitur, cùm non niſi per patrem coniungatur, qui pater ipſe adoptiuus tantùm eſt; nec fieri poteſt, vt ex aliquo deſcendentes plus iuris habeant, quam ille ex quo deſcendunt: quod vulgo probari, & rectè ſolet, ex *l. ſi viua matre 3. C. de bo. mater.* ſed non meliùs aut apertiùs, quàm ex hoc loco.

l. etiam 24. ff hoc tit.

ILLATIO XXVI.

De non cogendo patre adoptiuo vt filium adoptiuum emancipet.

VIceſimoſextò ex eodem Principio fit, vt filius adoptiuus non magis cogere poſſit patrem adoptiuum vt ſe emancipet, quam filius naturalis & legitimus patrem legitimum ſimul & naturalem: *l. non poteſt filius 31. ff. hoc. tit.* ſcilicèt cùm æquè filiusfamilias ſit, & in poteſtate patris adoptiui, acſi ex iuſtis nuptiis quæſitus eſſet. Ius autem patriæ poteſtatis inæſtimabile quidpiam eſt, quod nec alio quidem rogante amittere pater cogitur; Multò minùs ergo filio cogente, aut potiùs cogere volente, *l filiusfamilias 114. §. ſed ſi liberos. De leg. 1.* Excipiendus tamen caſus ille eſt, quo adrogatus ſit impubes, qui poſteà pubes factus emancipari deſideret. Audiendus enim eſt, ſed tamen cauſa cognita, vt ſuprà diximus *illat. 11. ad fi. ex l. nonnumquam 32. & ſeq. hoc tit.*

l. non poteſt filius 31 ff. hoc tit.

ILLATIO XXVII.

De permittenda vitrico eidémque tutori adoptione priuigni ſui.

VIceſimoſeptimò ex eodem Principio fit, vt priuignum ſuum, id eſt vxoris filium vitrico eidémque tutori adoptare permittatur, vt ab Impp. Tito Antonino reſcriptum fuiſſe Papinianus refert in *dict. l. nonnumquam 32. §. 1. hoc tit.* Cùm enim ex ea quam vxorem habet, naturales & legitimos liberos ſperare poſſit, cur non & illum adrogare qui ex ſeipſa ſit ſuſceptus? At dubitatio maior ex eo naſci videbatur, quod hic qui adoptabat, non tantum vitricus eſſet, ſed etiã tutor priuigni ſui Difficilius enim eſt, vt ei adrogare permittatur, qui tutelam vel curam alicuius adminiſtrauit, ſi minor annis vigintiquinque ſit, qui adrogatur, ne fortè ideo eũ adroget ne rationes reddat: *l. nec ei 17. eo. ti.* Sed tamen non poteſt hæc res facere, vt abſolutè ac ſimpliciter huiuſmodi adrogatio debeat inhiberi: Cùm poſſit is, qui adrogare vult, ante omnia docere tutelam à ſe bene adminiſtratã, ſéque priuigni ſui creditorem eſſe potiùs quam debitorem: quo caſu nihil ſanè ſupereſt quod impediat adrogationem, præſertim ſi ex aliis argumentis conſtare poſſit, iuſta aliqua & probabili de cauſa moueri tutorem hunc, vt priuignum ſuum potius quam alium, erga quem minorem habeat adfectionem, velit adrogare: Nec aliter poſito iure eueniat, vt quod pupillorum fauore conſtitutum eſt, in eorum perniciem retorqueatur; quod eſſe numquam debet: *l. pen. C. ad SC. Trebell. l. nulla 25. De legib* Planè ſi priuignus hic, pubes factus, probauerit expedire ſibi non redigi in tutoris poteſtatem, æquum erit audiri eum, & à patre ſuo adoptiuo emancipari, atque ita priſtinum ius ſuum recuperare, vt ex Marciano ſubiungitur in *l. & ſi pubes 33. De adopt.* Denique ſicut plena cauſæ cognitio adhibetur in adrogatione impuberis cuiuſlibet ſiue permittenda, ſiue diſſoluenda, ita & in hoc potiſſimùm ea cauſæ cognitio verſari debet, vt ex adrogati vtilitate omnia æſtimentur.

d. l. nonnumquam §. 1.

Digitized by Google

ILLATIO XXVIII.

De patre, qui filium, ex quo nepotem in poteſtate habebat, emancipauit, eundémque poſtea adoptauit.

Vicesimooctauò ex eodem Principio fit, vt ſi pater filium, ex quo nepos illi eſt in poteſtate, emancipauerit, & poſtea eum adoptauerit, mortuo eo nepos in patris poteſtatem non reuertatur: *l. ſi pater filium 41. hoc tit.* vbi addit Modeſtinos. Nec eum nepotem in patris poteſtatem reuerti, quem auus retinuerit filio dato in adoptionem, quem denuo redadoptauit. Quia in filio ſiue adoptato, ſiue redadoptato, nihil intuetur ius ciuile niſi quod ſit filiusfamilias per adoptionem; Et conſequenter eum, qui ex huiuſmodi filio antequam emanciparetur, fuit naturalis & legitimus nepos, non magis habere poteſt pro nepòte ex eo filio adoptino, quàm ſi ex alio natus fuiſſet; quia & is filius alius eſt, cùm & extraneus ſemel factus ſit per emancipationem, & adoptione ſecuta nouus filiusfamilias effectus, ex eo iure, ex quo talís numquam fuerat; quamuis reuera, & naturaliter maneat idem ille, qui fuerat filius naturalis & legitimus ante emancipationem. Patria autem poteſtas non iuris naturalis eſt, ſed tota iuris ciuilis, vt ſuprà diximus ad *tit. De patr. poteſt.* Non ergo fieri poteſt, vt nepos de quo agimus, auo mortuo recidat in poteſtatem patris ſui naturalis, qui iure ciuili deſierit haberi pro eius patre ex die emancipationis. Nec enim adoptio ſuperueniens facit filium ciuilem & legitímum eius ipſius, cuius fuerat antea & naturalis & legitimus. Ita & facit eum patrem illius, cuius antea fuerat naturalis & legitimus pater. Siquidem nemo ex eo ſolo quod filiusfamilias ſit, pater etiam hoc ipſo factus videri poteſt. Et hoc fortaſſe eſt, propter quod Papin. in *l. filio 23. De liber. & poſt.* non eſt auſus ſcribere generaliter & indiſtinctè, In omni iuris parte ſic obſeruari, vt veri patris filius adoptiuus numquam intelligatur: ſed addita dictione *ferè*, quæ ſi addita non eſſet, ſanè Papiniani locus ille cum hac Modeſtini ſententia omnino pugnaret.

l. ſi pater filium 41. eod.

ILLATIO XXIX.

De transferendis in patrem adoptiuum oneribus adoptati.

Vicesimononò ex eodem Principio fit, vt onera eius, qui in adoptionem datus eſt, ad patrem adoptiuum transferantur: *l. penult. ff. hoc titul.* Nam cùm onera totius familiæ non ad alium, quàm ad patremfamilias ſpectare poſſint, *l. ſi is qui 56. §. poſt mortem, ff. de iur. dot. l. penult. ff. de agnoſc. & alend. liber.* ius autem ciuile non magis quam natura duos eiuſdem perſonæ patres poſſit agnoſcere: Conſequens eſt vt onera filiifamilias adoptiui non ad patrem naturalem pertinere debeant, in cuius familia amplius non ſit, quique ob eam cauſam nec amplius patrem illum habere intelligatur, ſed ad patrem adoptiuum transferantur, quem ſolum ius ciuile agnoſcit pro patre.

l. pen. ff. hoc tit.

Sed hoc ex iuris quidem veteris ratione verè dicitur, At non ex Iuſtiniani conſtitutione in *l. pe. C. hoc tit.* quæ induxit, vt per adoptionem non diſſoluantur iura patris naturalis, niſi eo caſu quo adoptio fiat per auum naturalem. Etſi videtur ea conſtitutio ad cauſam ſucceſſionis pertinere, potiùs quàm adeò generaliter accipi debere, vt hodie filius adoptiuus patri ſuo naturali ſit oneri, potiùs quam adoptiuo. Alioquì vix eſſet vt cuiuſquam momenti adoptio eſſe videretur.

ILLATIO XXX.

De liberis naturalibus in ſeruitute ſuſceptis non adoptandis, niſi ex Principis reſcripto.

Trigeſimò ex eodem Principio fit, vt liberi naturales, id eſt in ſeruitute ſuſcepti non poſſint adoptari, & in patriam poteſtatem redigi etiam volentes, niſi ex reſcripto Principis: *l. vlt. ff. hoc tit.* quia in hoc comparatæ ſunt adoptiones, vt filiosfamilias faciant eos, qui ſi ex patre adoptiuo nati eſſent, filiifamilias naturales eſſent, id eſt vt ſuppleant vicem naturæ, non vt naturam vel corrigant, vel adiuuent: denique vt efficiant legitimos tantùm, non legitimos & naturales ſimul, quos ſola natura auxilio iuſtarum nuptiarum concurrente facere poteſt. In quoque mirum non eſt, minùs iuris habere illum, qui ſi non contra, ſaltem extra leges natus eſt, quam ſi alterius patris filius & naturalis & legitimus eſſet, cùm faciliùs accommodandum ſit auxilium legis ei, qui iam legitimus eſt, quàm illi qui necdum legitimus eſt, nec natiuitatis ſuæ tempore naturalis quidem fuit. Hoc enim addere lubet, vt intelligamus illationem hanc ad eos tantùm pertinere, qui ex contubernio nati ſunt: quandoquidem illorum, quos hodie Naturales appellamus, id eſt qui ex concubina vel alio coitu illicito ſunt, nomen quoque ipſum legibus Romanis fuit incognitum ante tempora Conſtantini, vt diximus ad *Princip. 2. De nupt. illat.* 1. ex Iuſtiniano *in Nouell. 89. quib. mod. natur. effic. ſui.* Qui verò in ſeruitute nati eſſent, licèt benignitate digni viderentur, tanquam ita nati ex neceſſitate, propter iuris ciuilis prohibitionem, quæ inter alios quam ciues Romanos nuptias contrahi non patitur, perinde tamen erant ſine patre, ac ſi vulgo quæſiti eſſent: *l. 3. C. ſol. matr.* neque prius naturalium liberorum nomen habebant, quam & ipſi, & ipſorum parentes eſſent manumiſſi: vt ſupradicto loco à nobis oſtenſum eſt. Quis ergo miretur reſcripto Principis opus fuiſſe ad faciendum, vt legitimum patrem habere poſſet is, qui natus fuiſſet ſine patre? Alioqui videretur lex plus facere quàm natura ipſa facere potuiſſet, quæ nec naturalem patrem ab initio vllum dediſſet. Idcirco autem *in illatione* adieci verba illa, *etiam volentes*: quia certum eſt, inuitos filios naturales in patriam poteſtatem redigi non poſſe: *l. vlt. ff. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt*, ſicut nec alios vllos qui ſui iuris ſint. Ne quidem ex Principis reſcripto: *ar. l. 4. C. de emancip. liber.* Alioquin traheretur Principis beneficium ad alterius iniuriam, contra *l. ex facto 43. De vulg. & pup. ſubſt. l. impuberi 40 ff. de adm. tut. l. cùm filiusfamilias 28. ff. de teſtam. milit.* ſiquidem fieri nequit, vti ne minuatur ius illius, qui in alienā familiā trāſeundo, ſi antea fuit paterfamilias, haud dubiè capite minuitur: *tot. tit. De cap. minut.*

l. vlt. ff. hoc tit.

l. 3. C. ſolut. matrim.

ILLA

Digitized by Google

ILLATIO XXXI.

De non permittenda fœminis adoptione.

TRigeſimoſeptimò ex eodem Principio fit, vt fœminæ adoptare non poſſint, id eſt ne quidem per adrogationem, quia nec proprios filios ſuos habent in poteſtate: *l. mulierem* 5. *C. hoc tit.* §. *fœmina, Inſt. eo.* Vnde eſt quod nec fœminæ habent ſuos hæredes, *l.* 4. §. *ad teſtamenta. ff. de bon. poſſ. contr. tabn.* quia ſuus hæres eſſe non poteſt, qui non ſit in poteſtate: *l. ſcripto* 7. *ff. vnd. liber.* Ex reſcripto tamen Principis, adrogatio iſta permitti interdum poteſt ex iuſta cauſa, puta in ſolatium amiſſorum liberorum, vt ſcriptum eſt in *d. l. mulierem.* Itaque ſatis aptè illatio hæc congruit cum præcedente. Iunge *l. ſi is* 8. *Cod. de long. temp. præſcrip. l. ſi ſuſpecta* 29. §. *quoniam. ff. de inoff. teſt.*

l. mulierem 5. *C. hoc titu.* §. *fœmina Inſt. eod.*

ILLATIO XXXII.

De ſeruo per Dominum ſuum adoptato.

TRigeſimoſecundò ex eodem Principio fit, quod Catonis primùm autoritate inductum fuiſſe refert Iuſtin. in §. *vlt. hoc tit.* vt ſi quis ſeruus à domino ſuo adoptatus ſit, hoc ipſo liber fiat. Quia cùm per huiuſmodi adoptionem fiat filiusfamilias, in neceſſarium antecedens fit etiam liber; ſiquidem filiusfamilias eſſe nemo poteſt qui non ſit & liber & ciuis Romanus. Dubitari nomen poterat an ob eam rationem impediri potiùs adoptio videretur, quaſi in eum collata, qui eorum omnium ſit incapax quæ ſunt iuris ciuilis. Sed fauor & libertatis & adoptionis contrariam ſententiam extorſit, iuncta præſertim Catonis autoritate. Cuius exemplo conſtituit etiam Iuſtin. in *l. vnic.* §. *ſimiliquè* 10. *C. de latin. lib. toll.* vt variis ex coniecturis libertas tacitè data intelligatur: inter cæteras verò coniecturas illa ſufficiat, ſi quis ſeruum ſuum inter acta *filium* nominauerit. Sufficiat inquam non ad dandum ei ius filij, ſed ad dandam libertatem, vt idem Iuſtin. explicat in *d.* §. *vlt. hoc tit.*

PRINCIPIVM. II.

De iure agnationis, non ſanguinis, per adoptionem acquirendo.

ADoptio non ius ſanguinis tribuit, ſed tantùm ius agnationis: *l. quod in adoptionem* 23. *ff. hoc tit.* quia cùm adoptio ſit actus legis, vt in ſequentibus dicemus, non naturæ, fieri non poteſt vt ea tribuat quæ ſunt naturæ, non iuris. Atqui iura ſanguinis ſunt à natura, non à iure ciuili, non à lege: Vnde eſt quod nullo iure ciuili dirimi poſſunt: *l. iura ſanguinis* 6. *De regul. iur.* Ex ea ſcilicet regula, quæ vult illa, quæ ſunt naturalia, eſſe immutabilia: §. *vlt. Inſt. de iur. nat. gent. & ciuil.* Nec igitur per actum legitimum transferri in alium poſſunt. Translatio ſiquidem & acquiſitio iurium ſanguinis in familia adoptiua, præſupponeret eorundem amiſſionem in familia priſtini patris naturalis. Alioqui idem filiusfamilias duorum patrum naturalis filius eſſe intelligeretur; quod per rerum naturam fieri nullo modo poteſt. Idque eſt quod *Principio ſuperiore* diximus, eum qui adoptatur, non filium ſimpliciter & abſolutè dici poſſe, ſed filiumfamilias, vt intelligamus legitimum duntaxat filium effici, non naturalem, cùm *fily* nomen naturale ſit, *filijfamilias* verò ciuile, *l. tutelas* 7. *ff. de capit. minut.*

l. iura ſanguinis 6. *De reg. iur.*

ILLATIO I.

De iure cognationis non quærendo per adoptionem, niſi quod ſit vnitum cum agnatione

EX hoc Principio illud primùm fit, quod Paulus ſcribit in *d. l. qui adoptionem*, vt qui datur in adoptionem, his duntaxat, quibus agnaſcitur, cognatus fiat; quibus verò non agnaſcitur, nec fiat cognatus. Nempe quia cùm *Cognationis* nomen duplicem habeat ſignificationem, Vnam generalem, quæ tam agnationem quàm cognationem ſpecialem complectitur; Alteram ſpecialem, quæ cognatos ab agnatis diſtinguit, hoc eſt eos qui per fœminas coniuncti ſunt, ab iis qui per maſculos: Euenit vt per adoptionem ea quidem cognatio contrahatur, quæ agnationem facit, at non etiam illa, quæ ab agnatione diſtinguitur. Eſt enim *agnationis* nomen ciuile ac legitimum, id eſt lege 12. tabularum, *d. l. tutelas*, & conſequenter ipſum quoque nomen *cognationis*, ex qua parte agnationem complectitur. At ex qua parte ſignificat coniunctionem illam naturalem, quæ ſolo naturæ, non etiam legis vinculo continetur, nomen naturale eſt, non ciuile: *l.* 4. §. *cognationis l. Iuriſconſultus* 10. §. *cognati* 1. *& ſeq. ff. de gradib. & adfin.* Sicut enim natura neſcit diſtinctionem iſtam agnatorum & cognatorum, quia non minùs pro cognatis habet eos qui per fœminas, quam qui per maſculos coniunguntur: Ita nec ius ciuile alios cognatos nouit, quam qui ſunt agnati, id eſt qui per maſculos in eadem familia poſitos coniuncti ſunt, propterea quod nihil niſi familiam intuetur, omnéſque leges ſuas refert ad conſeruationem & amplificationem familiarũ: Vtpote ex quibus ipſa quoque Reipublicæ dignitas & amplitudo æſtimanda ſit. Proinde ſi quis quærat an cognatio per adoptionem contrahatur, apparet non poſſe reſponderi ſine diſtinctione. Contrahitur enim cognatio illa, quæ etiam agnatio eſt; at non illa quæ agnatio non eſt: vt apertiùs tractat Vlpianus in *l.* 1. §. *cognationem, ff. vnd. cogn.* vbi addit ex hoc euenire, vt is qui in adoptionem datus eſt, tam in familia naturali patris iura cognationis retineat, quam in familia adoptiua nanciſcatur: ſed cum hac tamen differentia, quod eorum tantùm cognationem in adoptiua familia nanciſcetur, quibus fit agnatus; in naturali autem, omnium retinebit.

Cognationis nomen duplicem habet ſignificationem.

Agnationis nomen ciuile ac legitimum eſt: Cognationis verò naturale.

Quod ipſum tamen non ſic accipiendum eſt; quaſi eodem modo cognationes in familia naturali poſt adoptionem retineantur, quo ante adoptionem habebantur, ſed ita, vt qui ſic filius adoptiuus antea in familia naturali cognatos agnatóſque ſimul habebat, agnatos habere deſinat, ſed tamen retineat tanquam cognatos.

Digitized by Google

ILLATIO IV.

De adoptione ad tempus non facienda.

QVartò ex eodem Principio fit, vt adoptio non poſſit fieri ad tempus: *leg. quæſitum 34. ff. hoc tit.* vbi Paulus ſcribit, Si tibi filius in adoptionem hac lege datus ſit, vt poſt triennium mihi eundem des in adoptionem, nullam eſſe actionem. Nec enim, inquit, moribus noſtris conuenit filium temporalem habere. Nempe quia nec natura hoc facere poteſt, vt alicui filius ſit temporalis. Solent enim perpetua eſſe, quæ cauſam naturalem habent: *l. foramen 28. ff. de ſeru. vrb. præd.* Notandum autem eſt quod lex ait, *moribus noſtris*, ad id nimirum reſpiciens quod diximus ad *Princ. 1.* ius adoptionis moribus populi Romani fuiſſe introductum.

Solent eſſe perpetua, quæ cauſam habent naturalem.

ILLATIO V.

De adoptione non facienda ſub conditione.

QVintò ex eodem Principio fit, vt neque ſub conditione poſſit fieri adoptio, quia naturæ quoque proprium hoc ius eſt, vt nihil vnquam faciat ſub conditione, liberos vero multò minùs. Naturaliter enim fieri quid, nihil aliud eſt quàm fieri reuera. Sub conditione verò fieri è contrario, nihil aliud eſt, quàm interim non fieri; ſiquidem conditio quælibet ſuſpendit actum: *leg. 1. in fin. leg. qui balneum 9. leg. peſſor. 11. ff. qui potior. in pignor. hab. leg. generaliter 29. §. 1. ff. qui & à quib. manum.* Et ſi poteſt hæc illatio aliam quoque videri rationem habere, illam nimirum quod adoptio ſit actus legitimus, vt vulgo creditur, actus autem legitimi, neque diem recipiant, neque conditionem, *leg. actus legitimi 77. De reg. iur.* Sed nos non probamus, & adoptionem legitimum actum eſſe negamus. De quo dicemus *Princ. ſeq.*

Natura nihil vnquam facit ſub conditione.

ILLATIO VI.

De adoptione facta à non habente vxorem.

SExtò ex eodem Principio fit, vt etiam qui vxores non habent, filios adoptare poſſint: *leg. & qui vxores 30. ff. hoc titul.* itémque vt is qui filium nullum habet, poſſit in locum nepotis quaſi ex filio adoptare: *leg. adoptiones 43. eod.* Scilicet quia nullum impedimentum eſt, quominus per rerum naturam poſſint iſti, & alij, ſi qui ſimiles ſunt, liberos ſperare.

Poſſunt denique ad hoc etiam Principium accommodari multæ illationes ex iis, quas attulimus ad *Princ. 1. ſup. hoc tit.*

PRINCIPIVM IV.

Adoptionem legis actionem eſſe.

ADoptio legis actio eſt: *l. magiſtratum 4. ff. hoc tit. l. 3. ff. de off. procenſ.* Lex enim ſola illa eſt quæ adoptionem facit, & quæ patri adoptanti dat filium, ac filio adoptiuo patrem adoptiuum; licèt in eam rem requirat factum hominis & voluntatem vtriuſque, id eſt tam adoptantis, quàm eius qui adoptatur. In quo differt adoptio à matrimonio. Etſi enim matrimonium quoque iuſtum, id eſt legis authoritate confirmatum eſſe oportet, matrimonium tamen non legis, ſed naturæ & hominis actio eſt, quia tale factum interuenit, ex quo etiam ſine lege aliquis effectus ſequi poſſet, id eſt coniunctio maris & fœminæ. Ex qua coniunctione nullis quoque legibus proditis non minùs liberos ſuſcipere poſſent homines, quam bruta animantia, quæ nullis niſi naturæ legibus reguntur. At quid commune habet voluntas ſola habendi liberos, quantumuis iuncta cum ſolemnitatibus iuris, ad eum effectum conſequendum, vt hoc ipſo liberi acquirantur, ſi poteſtas legis ea non eſſet quæ & patrem faceret, & liberos: Ex hoc quoque inferri poſſe videtur, actus legitimos differre ab actionibus legis. Quaſi actus legitimi, non legis ſed hominum actiones ſint, quamuis ſecundum leges, & quæ legum authoritatem requirant: Cuiuſmodi eſt aditio hæreditatis, mancipatio, optio, & ſimiles de quibus in *l. actus legitimi 77. De reg. iur.* In his enim omnibus factum hominis verſatur magis quàm poteſtas legis: nec tam ſunt illa iuris nomina quàm facti. At adoptio nomen iuris eſt, ſoláque lex eſt quæ & patrem facit & liberos, dummodo accedat voluntas & eius qui adoptat, & eius qui adoptatur. De quo tamen & nos iam aliquid ſcripſimus: & quia maxima eſt inter magnos ætatis noſtræ Iureconſultos contentio, erit alibi fortaſſe copioſiùs differendum.

Differentia adoptionis, & matrimonij.

ILLATIO I.

De adoptione non apud alios Magiſtratus facienda, quàm apud quos legis actio eſt.

EX hoc Principio illud primùm fit, vt apud eos demum Magiſtratus fieri adoptio poſſit, apud quos eſt legis actio: *l. 1. C. hoc tit. & l. Magiſtratum 4. ff. eod.* vbi ſcribit Modeſtinus, quod magis eſt, Magiſtratum ipſum, apud quem legis actio eſt, poſſe apud ſe liberos ſuos & emancipare, & in adoptionem dare. Quemadmodum è conuerſo ſcribit Paulus *in lege præcedenti*, Si conſul, vel Præſes filiusfamilias ſit, poſſe eum apud ſemetipſum vel emancipari, vel in adoptionem dari: quia hoc caſu præſentia requiritur Magiſtratus apud quem legis actio eſt, non vt Magiſtratus quicquam faciat, ſed vt appareat legis eſſe actionem. Quò etiam pertinet quod idem Paulus ait in *l. apud filiumfamilias 18. de man. vind.* apud filiumfamilias Magiſtratum manumitti poſſe, etiamſi filiusfamilias ipſe manumittere non poſſit.

ILLATIO II.

De adoptione, & manumiſsione facta apud Legatum Proconſulis.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt apud Legatum Proconſulis nemo poſſit adoptare, *quia omnino non*, id eſt nullomodo, *eſt apud eum legis actio*, inquit Vlpianus in *d.l.3. De off. procunſ.* Licèt ſi quæratur an apud eundem Legatum poſſit manumiſſio fieri, diſtinguendum ſit an talem iuriſdictionem ille ſibi adroget ſuo nomine, an nomine Proconſulis. Priore caſu non poteſt, quia non habet Legatus ſuo nomine iuriſdictionem talem. Poſteriore verò caſu, id eſt alieno nomine, ſcilicet Proconſulis, à quo mandatam habeat iuriſdictionem, poteſt; vt ſcribit Paulus in *l. apud Proconſulem 17. ff. de man vind.* Sic enim locos illos conciliare malo, quàm cum Cuiacio malè addere negationem ad Paulum in *d. l. 17.* Separo autem adoptionem à manumiſſione, quia manumiſſio non legis actio eſt, ſed hominis. Adoptio verò non tam hominis quam legis. Ob idque opponitur naturæ; & liberi quos adoptio facit, opponuntur liberis quos natura dat, in *l. 1. ff. hoc tit.* cùm tamen vtroque caſu, id eſt in ſuſcipiendis liberis tam per matrimonium, quàm per adoptionem, factum hominis interuenire neceſſe ſit, legiſque authoritatem ad confirmandum idquod homo facit. Sed differentia illa eſt, quod matrimonium eſt actio naturæ quantumuis iuſta & legitima quoque ſit, Adoptio verò actio legis, hoc eſt per legem non ſolùm confirmata vt matrimonium, vt manumiſſio, aliique actus omnes quos legitimos appellamus; ſed etiam inducta, & in qua lex egit quidem facto aliquo hominis ad procreandos liberos adoptiuos, ſicut & natura ad procreandos naturales, ſed tanquam inſtrumento; quemadmodum artifex ſuis inſtrumentis.

a l. 3. ff. de off. procunſ.

De differentia adoptionis & manumiſsionis.

Cæterùm ſicut in matrimoniis natura, ita & in adoptionibus lex ipſa eſt artifex liberorum, non homo. At non ſimiliter poſſis dicere in manumiſſione legem eſſe artificem libertatis, & manumiſſionem eſſe legis actionem, cùm ex iure gentium ſint manumiſſiones, non ex lege ciuili: *l. 4. & 5. De iuſtit. & iur.* quamuis lex ciuilis certas manumiſſioni ſolemnitates dederit, quas apud cæteros populos manumiſſio non habet. Vnde eſt, quod ſi quando lex det libertatem ſine vlla manumiſſione, vt in caſibus, de quibus in *tit. Qui ſine manum. ad liber. peru.* dicatur ſupplere factum hominis, & illud repræſentare, vt loquitur *l. vlt. C. ſi manci. ita fuer. alien.* Quod in adoptione non ſimiliter contingit, in qua nimirum lex non hominis factum repræſentat, quod interuenire neceſſe eſt, ſed naturæ, quæ nulla ex parte concurrit. Siquidem factum hominis, quod ad faciendam adoptionem interuenire debere diximus, tale non eſt, quale natura exigeret ad liberos procreandos. Conſiſtit enim totum in verbis, aliiſque ſolemnitatibus, non niſi ad voluntatis declarationem pertinentibus.

ILLATIO III.

De abſente, aut diſſentiente non adrogando.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt neque abſens, neque diſſentiens adrogari poſſit: *l. neque abſens 24. D. hoc tit.* Cùm enim adoptio omnis, id eſt tam quæ imperio populi olim, nunc Principis, quàm quæ authoritate Magiſtratus fit, legis actio ſit, ſuas habet ſolemnitates quas lex ei dedit. Quæ porrò adrogationem non aliter fieri patitur, quàm per interpoſitam, duplicémque interrogationem, vt Caius ſcribit in *l. 2. D. hoc tit.* vbi ait inde dictam Adrogationem, quod & is qui adoptat rogatur, id eſt inquit, interrogatur an velit eum, quem adoptaturus eſt, iuſtum ſibi filium eſſe; & is qui adoptatur, rogatur quoque & interrogatur, an id fieri patiatur. Qui porrò abſens eſt, rogari non poteſt. Vnde fit vt neque inter abſentes ſtipulatio contrahi poſſit, quia nimirum contrahitur per interrogationem: *l. 1. D. de verb. obl. l. 1. C. de contr. & commit. ſtipul.* Qui verò præſens eſt, licèt rogari poſſit, ſi tamen diſſentiat, non poteſt adrogari, cùm non aliam ob cauſam rogetur, niſi vt ſciatur an pati velit: non patitur autem, qui rogatus expreſſim diſſentit.

Alia ſpecies adoptionis quæ fit authoritate Magiſtratus, id eſt per quam filiusfamilias datur à patre in adoptionem, habet quoque ſuas, ſed alias ſolemnitates. Solebat namque olim fieri per tres emancipationes, & duas manumiſſiones in filiis; aut per vnam emancipationem in cæteris liberis, vt Iuſtin. refert in *l. vlt. C. hoc tit.* vbi tamen ius iſtud vetus corrigens conſtituit, vt liceat parenti qui liberos in poteſtate ſua conſtitutos in adoptionem dare deſiderat, ſine vetere obſeruatione emancipationum & manumiſſionum, hoc ipſum actis interuenientibus apud competentem iudicem manifeſtare, præſente illo qui adoptatur, & non contradicente, necnon illo qui eum adoptat. Quæ conſtitutio veteres quidem illas ſolemnitates, vt apparet, ſuſtulit: Sed non ideò fecit, vt hodie adoptio non ſit actus ſolemnis, cùm in vicem veterum ſolemnitatum illa hodie inducta ſit, vt acta interuenire oporteat, cum præſentia & conſenſu trium perſonarum, eius qui dat in adoptionem, eius qui datur, & eius qui accipit; itémque apud iudicem competentem, id eſt apud quem, vt olim, ſit plena legis actio, vt loquitur *l. 1. C. hoc tit.*

Solemnitas ſimplicis adoptionis.

Nec enim hodie minùs quàm olim adoptio legis actio eſt, cùm neque naturæ, neque hominis actio dici poſſit. In quo errare video pleroſque putantes poſt ſublatam priſcam illam ſolemnitatem, non poſſe amplius adoptionem dici actum legitimum, indéque fieri, vt inter actus legitimos non enumeretur in *d. l. actus legitimi 77. De reg. iur.* Ideò enim non enumeratur, quia legitimus actus; neque eſt, neque vnquam fuit, ſed legis actio, quod longè plus eſt. Sicut & emancipatio, quæ nec inter alios actus legitimos recenſetur, quamuis mancipatio cenſeatur, per quam fiebat emancipatio. Nempe quia Emancipationem cùm dicimus, actionem illam intelligimus, non per quam filius mancipetur, id eſt alienetur, ſed per quam exeat de patria poteſtate, quod non niſi per legis actionem fieri poteſt, cùm ius ipſum patriæ poteſtatis quod per emancipationem diſſoluendum eſt, ſit à lege ciuili

quamuis

Digitized by Google

quamuis non ſcripta, non autem vel ab homine, vel à natura: quod in manumiſſionibus diuerſum eſt, quæ ſunt iuris gentium, ſicut & ſeruitutes, & poteſtas dominorum in ſeruos: *§. 1. ſup. De his qui ſui vel alien. iur. ſunt.* Itaque errant etiam qui putant, emancipationem exemplo manumiſſionis eſſe actum legitimum: Et illi quoque errarent, qui dicerent ſublatis hodie veteribus emancipationis ſolemnitatibus deſiiſſe emancipationem eſſe actionem legis, & ſolemnem, & quæ fieri poſſit apud alium quàm competentem iudicem, id eſt apud quem plena ſit legis actio. Repugnat enim *l. vlt. C. de emancip. liber.* in illis verbis, *intrare cõpetentis iudicis tribunal, vel eos adire Magiſtratus quibus hoc facere, vel ex legibus, vel ex longa cõſuetudine permiſſũ eſt.* Et ſanè quis credat Iuriſconſultũ in enumerandis actibus legitimis qui non recipiunt diem neque conditionem, prætermiſſurum fuiſſe adoptionem & emancipationem, quibus nihil erat olim frequentius, nihil maioris momenti, ſi poſſent dici actus legitimi? Nam quomodo potuit Papinianus reſpicere ad Iuſtiniani conſtitutionem pòſt tot ſecula factam quæ ſuſtulit antiquas ſolemnitates? Aut ſi Papinianum à Triboniano hac in re violatum volumus, cur facta eſt mentio mancipationis, quæ amplius in vſu non eſt, aut aditionis hæreditatis; Cùm aditio eſſet olim illa quæ fieret per cretionum ſolemnitatem, hodie ſublatam per Theodoſij conſtitutionem in *l. cretionum 17. C. de iur. delib.*

ILLATIO IV.

De patre naturali, qui loqui non poteſt, filium ſuum in adoptionem dante.

l. ſi pater 29. D. eod. tit.

QVartò ex eodem Principio fit, quod Calliſtratus ſcribit in *l. ſi pater 29. D. hoc titul.* Si pater naturalis loqui quidem non poſſit, alio tamen modo quàm ſemone manifeſtum facere poſſit, velle ſe filium ſuum in adoptionem dare, confirmanda ſit adoptio tanquam non iure facta, ſed perinde tamen ac ſi iure facta eſſet. Non enim poteſt videri iure facta, quæ deſtituta eſt ſuis ſolemnitatibus, inter quas vna illa olim fuit, quæ etiamnum ſupereſt, vt verbis opus eſſet ad declarandam voluntatem ex parte tam eius, qui in adoptionem daret, quàm eius qui in adoptionem acciperet, non tamen ex parte eius qui in adoptionem daretur. Hunc enim ſufficiebat olim, & hodie ſufficit non eſſe contradicentem: *d. l. vlt. C. hoc tit. l. etiam infantem 42. D. eod.* vbi hanc ob cauſam ſcriptum eſt etiam infantem in adoptionem dari poſſe, quod non ſimiliter de adrogatione dici poſſet, quia adrogatum cùm ſui iuris ſit non ſufficit non contradicere niſi etiam rogatus, id eſt interrogatus cõſentiat. Sicuti nec abſens quis adoptare, neque adrogare, neque per alium eiuſmodi ſolemnitatem peragere poteſt: *l. poſt mortem 25. ff. eod.* Ex eóque apparet, etiam hodie ſolemnitatem aliquam in adoptionibus requiri, vt proximè dicebamus; quandoquidem poſt illam quoque Iuſtiniani conſtitutionem, non minùs antè poſſit quis eandem Calliſtrati ſententiam vſurpare: Sicut & illud ipſum quod ab Imperatoribus reſcriptum eſt in *l. adoptio 4. C. eod.* adoptionem non tabulis licet per tabellioné conficiendis, ſed ſolemni iuris ordine apud Præſidem ſolere copulari: ſupple, Vel apud alium Magiſtratum, apud quem ſit plena legis actio, ex *d. l. 1. & vlt. eod.* Item quod in *l. adoptio 38. D. eod.* adoptionem non iure factam à Principe confirmari poſſe.

ILLATIO V.

De adoptione temporali.

l. quæſitum 34. D. eod.

QVintò ex eodem Principio fit, quod Paulus ſcribit in *l. quæſitum 34. D. hoc tit.* nullam eſſe actionem, ſi tibi filium meum in adoptionem dederim hac lege, vt eundem poſt trienniũ mihi des in adoptionem. Nec enim moribus noſtris conuenit, vt inquit Paulus, temporalem filium habere. Senſus eſt, adoptionem legis actionem eſſe, legem verò ſicuti perpetua eſt, ita licet agat aliquando in tempore, ſcilicet in iis in quibus factum & miniſterium hominis requirit, nihil tamen vnquam facere ad tempus. Et verò abſurdum eſſet tempus, quod non eſt legitimus modus finiendæ obligationis ab homine contractæ, *l. obligationum ferè 44. §. placet. D. de obligat. & action.* haberi tamen legitimũ modum finiẽdæ adoptionis, quam non homo, ſed lex ipſa fecerit.

ILLATIO VI.

De dignitate per adoptionem augenda, non minuenda.

l. per adoptionem 35. ff. hoc tit.

SExtò ex eodem Principio fit, vt per adoptionem dignitas non minuatur, ſed augeatur; ita vt ſiue Senator, ſiue Senatoris filius ſit is qui adoptatur à plebeio, nihilominus etiam poſt adoptionem ſe maneat Senator, filiúſve Senatoris: *l. per adoptionem 35. hoc titulo.* Cùm enim adoptio nihil niſi legis actio ſit, abſurdum eſſet legem actione ſua tollere quod ipſa dediſſet, cuiuſmodi ſunt omnes quæ in Republica ſunt dignitates. Multò minùs igitur tollet legis actio id quod natura ipſa dederit. Itaque alienæ ciuitatis ciui in adoptionem rectè dato, non mutatur patria, ſed additur, ac propterea ius originis in bonorum ac munerum obſequium per adoptionem non minuitur: vt eleganter ſcriptum eſt in *l. in adoptionem 7. C. eod.* Cui non diſſimiliter Papin. in *l. ordine 15. § vl. D. ad municip.* Ius originis, inquit, in honoribus obeundis ac muneribus ſuſcipiendis adoptione non mutatur, ſed nouis quoque muneribus filius per adoptiuum patrem adſtringitur. Legis ſi quidem actio omnis, liberalitas, & beneficentia eſt. Ad beneficentiam verò & liberalitatem pertinet, vt det illa, non vt adimat; quemadmodum non ineleganter Iuſtin. ait *Nouell. 81. Conſtit. quæ dignit cap. 2. in fin.*

ILLATIO VII.

De loco facienda adoptionis.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt & adoptari & emancipari filius à patre poſſit quocunque loco, id eſt non quidem apud quemlibet Magiſtratum vel iudicẽ: vt hodie loquimur poſt Tribonianum, ſed in eo quoque loco in quo Magiſtratus, apud quem legis actio eſt, nullam exerceat iuriſdictionem; putà apud Proconſulem, in illa etiam prouincia quam ſortitus non ſit: *l. emancipari 36 in prin. & §. 1. D. hoc tit.* Lex enim cùm vbique imperet, non eget hoc, vel illo loco ad actionem ſuam exercẽdam: Indiget duntaxat præſentia & honore magiſtratus, vt eam actionẽ

cum dignitate poſſit exercere. Nec mirum videri debet, quod in *d. §. 1.* manumiſſio cum adoptione coniungitur. Etſi enim ab adoptione in eo differt, quod manumiſſio, vt ſuprà diximus, actus legitimus eſt, adoptio verò legis actio: in eo tamen conuenit quod quocunque loco fieri poteſt, dummodo apud eum, qui talem habeat iuriſdictionem, id eſt vt apud eum poſſit manumiſſio fieri: *l. 2. in prin. §. 1. D. de offic. Proconſ.* Eſt enim tam manumiſſio, quàm adoptio iuriſdictionis, ſed voluntariæ, non contentioſæ. Vnde fit vt etiã apud ſeipſum poſſit Magiſtratus, apud quem legis actio eſt, & emancipare liberos ſuos, & in adoptionẽ dare: *l. magiſtratum 4. D. hoc tit.*

ILLATIO VIII.

De adoptione, quæ non iure facta ſit, à Principe confirmanda.

l. adoptio 38. eod.

OCtauò ex eodem Principio fit, vt adoptio non iure facta confirmari à Principe poſſit, vt ait Marcellus in *l. adoptio 38. hoc tit.* quia cùm ſit actio legis, & Princeps ſit ſupra leges, dubitari nequit, quin poſſit Princeps idipſum facere quod lex poteſt. Hactenus tamen intereſt an adoptio ritè ab initio facta ſit, an à Principe confirmetur, quod cùm adoptio ritè fit, non eſt neceſſaria in eam rem authoritas eorum, inter quos agnationis iura conſequuntur: *l. cùm adoptio 7. eod.* cùm verò adoptionis confirmatio fit à Principe, audiendi ſunt ij quorum intereſt: *l. nam ita 39. eod.* quia iniquum eſſet Principem lædere ius agnatorum, quos adoptio ipſa ab initio non læſiſſet, vt ſuprà diximus *ad Princip. 1. illat. 21. arg. l. nec vtilem 10. D. ex quib. cauſ. maior.*

ILLATIO IX.

De patre impugnante emancipationem filiæ non ritè à ſe factam.

l. poſt mortem 25. D. eod.

NOnò ex eodem Principio fit, quod Vlpian. ſcribit in *l. poſt mortem 25. D. hoc tit.* Poſt mortem filiæ, quæ vt materfamilias quaſi iure emancipata vixerat, & teſtamento ſcriptis hæredibus deceſſerat, patrem aduerſus factum ſuum quaſi non iure illam nec præſentibus teſtibus emancipaſſet, controuerſiam mouere prohiberi. Non enim rationem illam hoc habet, quod, vt vulgo creditum eſt, nemini liceat contra factum ſuũ venire; ſed quia cùm adoptio ſit legis actio, non eſt permittendum patri, vt poſt filiæ mortem non tam filiæ, quàm legi illuſiſſe videatur. Planè viua filia non prohibetur pater de emancipatione iure diſputare: *l. 2. C. ſi adu. rem iud.* dummodò tamen ſciat incumbere ſibi onus probandi non ritè factam fuiſſe: *l. ab ea parte 5. §. 1. D. de proba.* licet non minùs contra factum ſuum veniat, qui viua filia, quàm qui poſt eius mortem impugnat à ſe factam emancipationem.

ILLATIO X.

De emancipatione illius qui etiam ex Principis beneficio fuerat adoptatus.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt eum quem quis licet ex beneficio Principis adoptauit, poſtea emancipatione ſuk umi à familia ſua ſeparare minime prohibeatur: *l. adoptatum 9. C. hoc tit.* Nam cùm emancipatio, non minùs quàm adoptio, legis actio ſit, nihil vetat vnam actionem legis per aliam diſſolui, vel ex ipſa iuris regola quæ habet, vnumquodque diſſolui debere eodem iure quo eſt colligatum: *l. nihil tam naturale 35. De reg. iur. l. prout 80. D. de ſolut.*

ILLATIO XI.

De adoptionis commento.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt adoptionis commentum dixerit eleganter, vt omnia ſolet, Papin. noſter in *l. fideicommiſſum 76. D. de condit. & demonſtr.* vbi ſcribit fideicommiſſum ab aliquo relictum ſub hac conditione, *ſi ſine liberis diem ſuum obierit*; adoptionis commento non excludi, hoc eſt non ob id minùs deberi, quod ita grauatus liberos ſibi per adoptionem quæſiuerit. An quòd liberi per adoptionem quæſiti non ſint liberi? Minimè verò, cùm liberos & filiosfamilias non minùs adoptio faciat, quàm natura: *l. 1. D. hoc tit.* Sed quia quæſiti ſunt per actionem legis, non per actionem naturæ, ac proinde modo commentitio & fictitio magis quàm vero. Omnis enim legis actio, fictio eſt, & commentum; ſicut & omnia quæ iuris poteſtate inducuntur: licet id quod ex illa legis actione fit, reuera ſubſiſtat, nec ſimiliter fictitium & imaginarium dici poſſit. Nam & ſic videmus hæreditatem eſſe nomen iuris & fictionis non niſi iuris intellectum habentis: *l. hæreditas 50. D. de hæred. peti.* nec eo minùs tamen fieri per hæreditatem, vt dominium rerum omnium hæreditariarum ſola legis poteſtate re vera, nec tantùm fictitiè hæredi acquiratur: *§. vlt. Inſtit. de hæred. qualit. & differ.* Sic & Conſtituti clauſula, fictitius eſt modus transferendæ poſſeſſionis: *l. quod meo 18. D. de acquir. poſ.* ea tamen transfert proculdubio veram, & realem poſſeſſionem.

Hæreditas eſt nomen, & commentum iuris.

Clauſula cõſtituti modus eſt fictitius transferendæ vera poſſeſſionis.

Cur verò per huiuſmodi liberos ex adoptione quæſitos fideicommiſſi conditio non extinguatur, ratio illa eſt, quia non ſit credibile de talibus liberis ſenſiſſe teſtatorem, ſed de naturalibus tantùm: Siue, quòd in conditionibus verba omnia naturaliter, non ciuiliter ſint accipienda: *l. qui hæredi 44. l. Mæuius 55. ff. eod. tit. De condit. & demonſtr. l. hæredibus 77. §. vlt. ff. ad S.C. Trebell. l. ſeruus decem 68. ff. de ſolut.* Siue quòd abſurdum fuerit in poteſtatem debitoris conferri, an debeat nécne: *l. 2. §. de eo quod cert. loc.* & an fideicommiſſi conditionem velit extinguere: *l. nec ei 17. ff. hoc titul.* Eſſet autem in poteſtate illius, à quo relictum fideicommiſſum fuiſſe ponimus, fideicommiſſarium eludere per per commentum adoptionis, ſi adoptiuos liberos reliquiſſe ſufficeret ad extinguendam huius fideicommiſſi conditionem.

Cur liberi adoptiui non extinguant conditionem fideicommiſſi relicti ſi ſine liberis.

ILLATIO XII.

De adoptione facta per eum cui fuerat relictum in tempus liberorum.

DVodecimò & vltimò ex eodem Principio fit, vt is cui in tempus liberorum aliquid relictum eſt, non poſſit adoptando conſequi legatum: *l. ſi ita quis 51. §. vlt. De legat. 1.* Non quòd adoptiui

adoptiui quoque liberi,appellatione liberorum iure ciuili non contineantur , ſed quia teſtamentorum verba naturaliter , non ciuiliter accipi ſemper debeant , præſertim ad euitandum abſurdum illud quod per contrariam interpretationem eueniret , ſi in poteſtatem legatarij conferretur vt ex caſuali conditione faceret poteſtatiuam. Eſt enim in cuiuſque poteſtate, vt adoptiuos liberos ſibi quærat , non etiam vt naturales. Et ad hoc, aliáque huiuſmodi reſpiciens Iuſtinianus in §. *plurimis* .8. *Inſtit.hoc tit.* ſcribit , in plurimis cauſis eum , qui adoptatus vel adrogatus eſt , adſimilari ei qui ex legitimo matrimonio natus eſt. Vt intelligamus non adſimilari in omnibus cauſis ; In iis ſcilicet in quibus rei veritate,non fictione opus eſt.

§. in plurimis 8 hoc tit.

Quò etiam referri poteſt elegans illud Papiniani reſponſum in *l. filio* 23.*ff.de lib.& poſt.* vbi ſcribit , filio, quem pater poſt emancipationem à ſe factam iterum adrogauit , exhæredationem antea ſcriptam nocere. Nam in omni ferè iuris parte, inquit , ſic obſeruari conuenit,vt veri patris adoptiuus filius numquam intelligatur, ne imagine adumbretur veritas naturæ : quaſi non tam in alienam familiam tranſlatus quod per adoptionem quamlibet aliàs fieri ſolet, quàm familiæ paternæ redditus videatur. Adeò vt nec quicquam referre putet Papinianus, quod ad propoſitum attinet , an filij , an nepotis loco hunc filium exhæredatum pater adrogauerit. Etſi enim referre ſolet , an filij, an verò nepotis iure quis cenſeatur , hic tamen certum eſt eandem eſſe perſonam quæ antea in familia fuerat,& quam exhæredauerat pater,qui licèt poſtea hunc ipſum filium emancipauerit, deinde aut in filij,aut in nepotis locum adrogauerit , non poteſt tamen videri receſſiſſe ab ea voluntate quam declarauerat in teſtamento, cum quo tandem decedere voluerit.

Nec diſplicet quod ad eum locum notat Bart. quando fictio & veritas tendunt ad vnum, fictionem non præualere veritati , ſed veritatem fictioni : licet Papinianus totam rem hanc ſubtiliùs æſtimare videatur , cùm negat poſſe dici filium hunc adoptiuum veri patris ſui. Quaſi nulla hîc fictio admitti , aut induci poſſit , obſtante veritate & poteſtate naturæ : Sicuti dicere ſolemus non poſſe in eadem perſona directas actiones & vtiles,quæ non niſi fictitiæ ſunt,concurrere : *l. ſi hæres* 70. *ff. ad SC. Treb.* nec rurſus duas obligationes quarum vna maior ſit , alia minor , quia ſemper maior tollit minorem, *l.debitori* 50.*ff. de fideiuſſ.l.ſi reus* 13.*ff.de duob.reu.* Adiecit autem Papin. dictionem *ferè* , ob ea quæ ſcripſimus *ad Princ.*1.*illat.* 28.*in fin.hoc tit.*

TITVLVS DVODECIMVS.

Quib. modis ius patriæ poteſtatis ſoluitur.

PRINCIPIVM I.

De Patria poteſtate , qua ſoluitur morte.

MORTE *patrisfamilias ſoluitur patria poteſtas* , vt Iuſtin. *initio huius tit.* ſcribit , & aliis pene innumeris iuris locis comprobari poteſt:Eleganter verò ex *l.mulier* 22. *verſic.Braſidas ff.ad SC.Trebell.l. ſi ita eſſe* 15. *ff. quand.dies legat.vel fideic ced.* Ratio autem Principij huius non obſcura pendet ex eo,quod vulgo iactari ſolet, Mortem ſoluere omnia : Nam ſi omnia,Ergo & patriam poteſtatem. Quænam enim poſſit eſſe poteſtas hominis mortui qui nec amplius ſit homo? Conſtat ſiquidem fieri per mortem,vt nullus iam ſit qui defunctus eſt, quamuis fuerit aliquando. Vnde & defuncti libertum, nullius libertum dici adnotauimus ad *tit. De libertin.* Atqui tritum eſt,non entis nullas eſſe qualitates,nec poſſe patriam poteſtatem, aut quam aliam qualitatem vllum eſſe ſine ſubiecto : *l.ſi Titio* 22.*in princ.ver.qui autem in rerum natura,d.t.quand.dies leg.ced.*

l. mulier 22. v. Braſidas ff.ad SC. Tr.

Inde eſt quod morte cætera quoque omnia perinde amittuntur , vt puta dominium quod viuentis fuit ; ita vt defuncto patrefamilias, omnes illius res quas viuus in dominio ſuo habuerat , in nullius bonis eſſe dicantur: *leg.* 1. §. 1. *ff. de rer diuiſ.* propter quam cauſam poſſent naturali iure & ratione fieri primi occupantis , niſi lex huius periculi metu induxiſſet fictionem hæreditatis , ad repræſentandam perſonam defuncti , vt res hæreditariæ non ſine domino eſſe viderentur : *l. hæreditas enim* 34. *l. hæreditas in multis* 61. *ff. de acq. rer.dom* Multò magis poſſeſſio per mortem amittitur quæ tota facti eſt,aut ſaltem plurimùm facti habet, *l.deniq.* 19.*ex quib.cauſ.maior.* ſiue à ſedibus,ſiue à pedum poſitione dictam velimus, *l.* 1.*ff.de acq. poſſ.* Licet enim retineri poſſit ſine corpore,non tamen ſine animo,qui porrò in homine defuncto nullus ſupereſt. Idque adeò verum eſt , vt nec iuris fictione poſſeſſio defuncti in hæreditatem ipſam , quantumuis perſonam defuncti repræſentet , continuari poſſit : *l.* 1. §. *Scæuola.ff.ſi is qui teſta.lib. eſſe iuſſ.* multo minùs in hæredem,qui ideirco non retinere poſſeſſionem dicitur quam defunctus habuit , ſed eam adipiſci : *l.cùm hæredes* 23.*ff.de acqui. poſſ. l.* 2. *in princ.ff.quod legat.* quamuis poſt adeptam ab hærede poſſeſſionẽ,iungatur ea poſſeſſio hæredis cũ poſſeſſione defuncti,ad implendã vſucapionem, quæ ipſa iuris,non facti eſt: *l.cùm miles* 30.*in prin. ff.ex quibus cauſ. maior.* Denique nihil omnino noſtrum eſſe , aut in noſtra poteſtate, aut ad nos pertinere poteſt,quod nõ voluntatis vinculo retineatur. Adeò pendent omnia ex voluntate. Atqui voluntas ipſa morte extinguitur,cùm is qui mortuus eſt,velle amplius nũ poſſit: *l.ſi ita legatum* 65.§.*illi ſolet, De legat. primo.* Mirum igitur non eſt morte diſſolui omnia , & cum cæteris omnibus patriam quoque poteſtatem.

l. 1 §.*Scæuola ff ſi is qui teſt lib. eſſe iuſſ.*

Digitized by Google

Hanc verò tantò magis quòd tota eſt iuris ciuilis & propria ciuium Romanorum, vt diximus ad *titul. De patr. poteſt.* Non poteſt autem ciuis dici qui defunctus eſt, cùm per mortem deſierit habere caput in ciuitate, in qua nec mortuum ſepeliri fas erat, vt non niſi per viuos homines Ciuitatem, totámque Rempublicam viuere ac ſubſiſtere oſtenderetur. Nam & ſi qua alia ratione quàm morte deſiiſſet paterfamilias habere caput in ciuitate, intercidebat quoque ius patriæ poteſtatis, vt *in ſequentibus* dicemus.

Et huc pertinet quod Vlp. ſcribit in *l. pronunciatio 195.§.2.verſic.pater autem familias.* Cùm paterfamilias moritur, quotquot capita ei ſubiecta fuerint, incipere ſingulas familias habere: Singulos enim patrumfamilias & nomen & ius ſubire. Quod ipſum quid aliud eſt, quàm liberari eos à patria poteſtate: Siquidem paterfamilias ille eſt, qui non ſolùm in alterius poteſtate non eſt, ſed & alios omnes qui in familia ſunt habet in ſua poteſtate. In ſumma, qui in domo dominium habet, vt *ibidem* ſcribit Vlp. Addens, quod notandum eſt, hoc nomine rectè appellari etiam pupillum, & alium quemlibet, tametſi filium nullum habeat. Non enim, inquit, ſolam eius perſonam, ſed & ius demonſtramus cùm patremf. appellamus.

Cæterùm quamuis verum ſit patrisſamilias morte, diſſolui reuera ius & vinculum patriæ poteſtatis, non tamen id vſque adeò abſolutè ac præcisè accipiendum eſt, vt non etiam poſt mortem aliqua ſuperſint veſtigia priſtinæ poteſtatis: Et quidem quæ ſuos effectus habeat, & producat in annum vſque filij decimumquartum, quaſi per iuris fictionem producta in id vſque tempus patris vita, ne videatur pupillus eſſe ſine patre quandiu tueri ſeipſum per ætatem non poteſt. Hinc namque profectum eſt: ius dandi tutoris, hinc ius etiam faciendæ pupillaris ſubſtitutionis, quod vtrumque decimiquarti anni fine concluditur. Quid enim aliud eſt tutor niſi vicarius quidam & vices gerens patris? Aut quid aliud poteſtas illa tutoris in capite libero, vt habet definitio tutelæ, niſi quædam imago & portio patriæ poteſtatis: Rurſum quonam obſecro colore induci moribus potuiſſet, vt impuberi filio in poteſtate conſtituto hæredem facere pater poſſet, atque ita de alienis rebus contra legis 12. tab. verba diſponere, ſi non illud priùs fictione iuris admiſſum fuiſſet, vt patria poteſtas etiam poſt patris mortem in id vſque pubertatis tempus protraheretur: Quandoquidem patria poteſtas, vt ſuo loco diſputauimus, ſola illa eſt quæ facit, vt patris & filij vna eadémque perſona eſſe exiſtimetur: Et conſequenter, vt patris quoque & filij vnum ac idem patrimonium videri debeat: Quo admiſſo non tam de alienis rebus, quàm de ſuis propriis diſponere pater creditur, qui filio ſuo impuberi dat ſubſtitutum pupillarem.

Ius dandi tutoris, & ſubſtituendi pupillariter filio impuberi, vnde profectum ſit.

Sanè poſt filij pubertatem nullum patriæ poteſtatis veſtigium ſupereſſe conſtat, quia neque neceſſe eſt, vt aliquid ſuperſit, cùm ex eo tempore poſſit ipſe filius aut ſeipſum tueri, aut ſaltem adire Magiſtratum, vt ab eo petat curatorem, cuius conſilio & fide gubernetur. Qua de cauſa placuit etiam tutelam finiri pubertate, vt dicemus ad *tit. Quib mod.tut.finit.* Nec poſſe patrem filio ſuo puberi quamuis in poteſtate conſtituto curatorem dare, non magis quàm mater, aut alius quilibet poſſet: *l.1. §. vlt. ff. de confirm. tutor. l. penu. C. de teſtament, tutel. §.1. Inſtit. de curat.* nec ſi pubes proponatur prodigus, vel furioſus, *l. ſi furioſo 16. in princip. & §.1 ff. de curat. furioſ* vbi ſcriptum eſt eam dationem curatoris eſſe apud Prætorem. Eſt enim perpetuum, vt ficuti fictio iuris nunquam niſi ex neceſſitate inducitur, ita non niſi quatenus neceſſitas poſtulat, aut protrahatur, aut retineatur. Nulla autem neceſſitas eſt extendendæ patriæ poteſtatis vltra pupillares annos, neque ratione pupillaris ſubſtitutionis, cùm ab ea ætate poſſit pupillus ipſe iam factus pubes ſibi facere teſtamentum, *l. à qua ætate 5.ff. qui teſt fac.poſſ. l. ex facto 43. De vulg. & pupill. ſubſt.* Neque ratione adminiſtrationis, cùm minor aut ſibi ſufficere, aut ſi petat, curatorem à prætore accipere poſſit. Planè differentia illa remanet inter patrem, & alium quélibet qui curatorem puberi dederit, quod qui à patre datus eſt, omnimodo confirmari ſolet, id eſt etiam citra inquiſitionem: qui verò ab aliis, non niſi cum inquiſitione, vt *ad eum titulum, De curat.* fuſiùs dicemus.

Cur tutela finiatur pubertate, nec poſſit pater filio puberi curatorem dare.

ILLATIO I.

De libera bonorum paternorum adminiſtratione, quam filiusfam. nanciſcitur mortuo patre.

Ex hoc Principio fit, vt mortuo p[illegible]e filiusfamilias liberam bonorum paternorum adminiſtrationem nanciſcatur: *l. in ſuis 11. ff. de liber. & poſt.* Sola enim patria poteſtas illa eſt, quæ impedit ne viuo patre poſſit filius de bonis paternis tanquam de ſuis liberè diſponere.

l. in ſuis 11. ff. de liber. & poſt.

ILLATIO II.

De nepote recidente in poteſtatem patris ſui, mortuo auo.

Secundò ex eodem Principio fit, vt ſi quis filium in poteſtate habeat, & ex filio nepotem etiam in poteſtate, morte quidem ipſius tollatur patria poteſtas in filium qui reperitur ſui iuris, ſed tamen recidat nepos in patris ſui poteſtatem, nec eo magis ſui iuris factus videri poſſit, vt *in huius tit. initio* Iuſtin. ſcribit, poſt Vlpianum in *l. nepotes 5. ff. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt.* vbi ait ille, nepotes ex filio ſolere mortuo auo recidere in filij poteſtatem, hoc eſt patris ſui, ſimili modo & pronepotes, & deinceps, vel in filij poteſtate ſi viuit & in familia manſit, vel in eius parentis qui ante eos in poteſtate eſt: Et hoc non tantum in naturalibus, verùm in adoptiuis quoque iuris eſſe. Ratio eſt, quia ſolum ius patriæ poteſtatis quod habebat auus in proprium filium, efficiebat ne viuo auo nepos eſſet in filij eiuſdémque patris ſui poteſtate, cum fieri nequeat vt alium in ſua poteſtate habeat is, qui non ſit ſuæ poteſtatis: *l. ſic euenitt 21. ff. ad leg. Iul. de adult.* Non magis quàm vt aliquid poſſideat is, qui ipſe ab alio poſſidetur: *l. cùm heredes 23. §.1. ff. de acq. poſſ.* Sublato igitur impedimento patriæ poteſtatis per mortem aui, ſupereſt vt nihil prohibeat quominùs ipſo iure filius naneiſcatur ius patriæ poteſtatis in nepoté, quem ex iuſtis nuptiis ſuſceperit: Cùm ad inducendum ius poteſtatis nihil aliud requiratur, niſi vt liberi ex nuptiis iuſtis ſuſcepti ſint, dùmodò nihil aliud ſit impediméto.

l. nepotes 5. ff. de his qui ſui vel alien. iur ſunt.

Quam

Digitized by Google

Quam ob cauſam in propoſita quoque ſpecie, etiam viuo auo nepos in ſui patris poteſtate eſſet, ſi fieri poſſet vt vel in poteſtate ſua alium habere poſſet ille qui in aliena eſſet, vel in duorum poteſtate ſimul & eodẽ tempore quis conſtitueretur. quod vtrumque impedimentum tollitur ſublata per mortem aui patria ipſius poteſtate. Vt proinde quod eo primùm tempore filius filium ſuum in ſua poteſtate habere incipit, non fiat ex noua aliqua cauſa, aut per formam acquiſitionis noui iuris, ſed tanquam per amotionem obſtaculi, quod impediebat ne ius illud patriæ poteſtatis filio iam quæſitum in liberos ſuos ex iuſtis nuptiis exercere vires ſuas poſſet.

Obſeruandum autem eſt huius nepotis ius quoddam ſingulare, in eo, quod quandiu & patrem & auum habet, neque pater, neque auus ſubſtitutum pupillarẽ ei dare poteſt: Non auus, quia licet eum in ſua poteſtate habeat quandiu viuit, non poteſt tamen filij ſui ius lædere, in cuius poteſtatem ſe defuncto nepos hic recaſurus eſt, *l. 2. in princip.* iis verbis, *& deinceps ſi qui non recaſuri ſunt in patris poteſtatem, D. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* niſi miles proponatur qui in ſuis duntaxat bonis hunc nepotem inſtituere, eique ſubſtitutum dare velit. Eſt enim hoc priuilegium militis cuiuſlibet, ſiue paterfamilias, ſiue filiusfamilias ille ſit, vt hæreditati ſuæ qualem vult legẽ dicere poſſit, dum ne alterius ius minuatur: *l. cum filiusfamilias 28. de teſtam. milit. l. impuberi 40. de admin. tutor.* Non rurſum pater, quia non habet filium ſuum in poteſtate quandiu auus viuit. Non poteſt autem ſubſtitutio pupillaris fieri niſi ab eo qui habeat impuberem in poteſtate, *d. l. 2. De vulgar. & pupil.* Quamquam hoc quoque caſu, illa etiam exceptio ſubiicienda eſt, Niſi ſit miles qui in ſuis duntaxat bonis filio ſuo velit ſubſtituere. Valebit enim ſubſtitutio, at non tanquam pupillaris, ſed tanquam militaris. Quomodo accipiendum puto, quod ſcriptum eſt in *d. l. cùm filiusfamilias, & in l. miles ita 41. §. penult. eod. tit. De teſt. milit.* Non enim eadem ratio eſt huius militis, quæ illius, qui filio ſuo impuberi ſubſtituit pupillariter ea mente, vt ad ſubſtitutum non alia bona peruenire velit, quàm quæ à ſe ad filium inſtitutum peruenerint. De quo in *l. ſed ſi plures 10. §. ad ſubſtitutos, De vulg & pupill ſubſt.* Illa namque ſubſtitutio verè pupillaris eſt, cùm ei facta ſit cui pupillariter ſubſtitui nihil prohibebat: Licèt ob militis priuilegium in eo differat à cæteris pupillaribus ſubſtitutionibus, quod non omnia pupilli bona comprehendit, ſed ea tantùm quæ habuit ille à patre. At quæ fit ſiue ab auo, ſiue à patre milite, nepoti in aui paterni poteſtate conſtituto, & poſt aui mortem in patris poteſtatem recaſuro, fit ab eo qui pupillariter ſubſtituere nullo modo poteſt: Ne quidem ex priuilegio militari, quia priuilegiũ militis in eo conſiſtit, non vt pupillariter poſſit ſubſtituere illi, cui ius commune ſubſtitutionem pupillarem fieri non patiatur, ſed vt cuilibet etiam maiori annis vigintiquinque poſſit militariter ſubſtituere, hoc eſt qualem velit hæreditati ſuæ tam inſtituendo, quàm ſubſtituendo legem dicere. Cùm verò pupillariter ſubſtituit ei, cui etiam iure communi pupillariter ſubſtituere poſſet, verumtamen hac mente, vt cætera filij bona non veniant in pupillarem ſubſtitutionem, pupillaris ſanè ſubſtitutio eſt, ſed tamen coniuncta cum militari, quippe quæ in conſequentiam priuilegij militaris, quod pater habuit, efficiat vt contra vulgares iuris communis regulis pupillus decedat pro parte bonorum teſtatus, pro parte verò inteſtatus.

Tutelæ non eadem quæ hæreditatis hac in re ratio eſt. Nam nec militem liberis recaſuris in poteſtatem tutorem dare poſſe à Diuis Fratribus reſcriptum eſt, *l. 2. De teſtam. tutel. dict. l. cùm filiusfamilias.* Huiuſque diuerſitatis rationem duplicem, & vtramque perelegantem reddit Papin. in *d. l. impuberi 40. de admin. tut.* Vnam illam, quòd non in aliis circa ſupremam voluntatem imperitiæ venia datur, quàm in bonis militum. Non autem de bonis ſuis diſponit miles qui dat filio tutorem, quia liberi noſtri quos ex iuſtis nuptiis ſuſcepimus, in dominio noſtro non ſunt, ne tùm quidem cùm in poteſtate noſtra ſunt; Quanto minùs igitur ſi non in noſtra, ſed in parentis noſtri ſint poteſtate, aut ſi mortuis nobis in alterius recaſuri ſint poteſtatem; Alteram, quòd priuilegium illud militis, vt de bonis ſuis teſtetur quomodo velit & quomodo poſſit, vt loquitur *l. 1. eod. titul. De teſt. milit.* non niſi ob militiæ præmium militibus datum eſt, ſicut & cætera omnia, hoc eſt vt eo veluti præmio inuitarentur milites ad belli munia & pericula alacriùs obeunda. Tutela verò inquit Papinianus, non ob militiæ præmium, ſed patriæ poteſtatis iure mandatur. Qui locus probat elegantiſſimè quod in huius Principij explicatione diximus, non alio iure, vel iuris colore permitti patri vt filio ſuo impuberi tutorem det, quàm quòd patria poteſtas poſt mortem quoque patris in tempus vſque pubertatis per fictionem & interpretationem iuris extendatur. Cui tamen fictioni locus nullus relinquitur in perſona eius, poſt cuius mortem nepos recaſurus ſit in alterius poteſtatem, ne imagine & fictione iſta, naturæ veritas adumbretur, vt *ad ſi. tit. præc.* dicebamus ex eodẽ Papin. in *l. filio 23. in prin. De liber. & poſthum.*

Differentia iuris a & hæreditatis persona militis teſtatoris

Planè quod dicimus mortuo auo nepotem recidere in poteſtatem patris ſui, conſtat ita accipiendum eſſe, ſi ſit nepos ex filio in poteſtate retento & ſuperſtite. Alioqui ſi ponas eſſe nepotem ex filio emancipato, aut filium quidem in aui poteſtate retentum, ſed tamen auo viuo defunctum, non poterit nepos iſte auo moriente recidere in poteſtatem patris ſui, qui vel iam deceſſerit, vel propriam familiam habeat diuerſam omnino ab ea, quæ fuit viuentis aui, & in qua nepos ex inſtanti mortis aui paterfamilias & conſequenter ſui iuris reperitur. Vt non obſcurè hoc loco Tribonianus declarat. Quò etiam pertinet quod Modeſtinus ſcribit in *l. ſi pater filium 41. ff. de adopt.* De cuius ſententia ſcripſimus ad *Princip. 1. tituli ſuperioris. illat. 28.* Et ob hoc fortaſſe Vlp. in *d. l. nepotes 5 ff. De his qui ſui vel alien. iur. ſunt.* Ita loquitur vt dicat nepotes ex filio ſolere mortuo auo recidere in patris ſui poteſtatem. Vt inſinuet eſſe id quidem regulare, ſed tamen non ſemper contingere; Nimirum ſi filius, ex quo nepos eſt, deſierit in familia aui eſſe, ſiue per emancipationem, ſiue per mortem, ſiue denique per alium quemlibet ex iis modis quibus patriæ poteſtatis ius diſſoluitur: Hoc enim caſu quemadmodum nepos ſubit locum filij, adeo vt fiat ſuus hæres ſuccedendo *§. ſui autem, infr. De hered. qualit. & differ.* Ita moriente auo neceſſe eſt vt fiat ſui iuris, cùm alius nemo ſuperſit qui eum anteuertat in eadẽ familia, & in cuius poteſtatem recidere poſſit.

Excipiendus tamen vnus caſus eſt, non quidem ex iuris ratione, ſed ex Iuſtiniani conſtit. *Nouell. 81. cui tit. eſt Conſtit. quæ dign. & Epiſcop. ſit. liber. patr. poteſt. cap. 1. §. illud quoque*, vbi conſtituit ille, vt quiſquis per dignitatem aliquam ſiue Eccleſiaſticam, ſiue ſecularem liberatur patria poteſtate, legitima iura priſtina intacta retineat, & inter cætera hoc ipſum nominatim, vt non eo minùs ipſius filij, ſi quos iuſtos & legitimos habeat, poſt aui mortem in iſtus recidant poteſtatem acſi patria poteſtate liberatus non eſſet. Iure prorſus ſingulari, vt nouus hic modus veteri iuriſprudentiæ incognitus exuendæ patriæ poteſtatis, quò cæteris nobilior & Illuſtrior eſt, eo maioribus & clarioribus priuilegiis decoretur.

AD hoc Principium pertinent alia innumera, quæ in iure noſtro paſſim occurrunt, quoties agitur de filiisfamilias per mortem patris à patria poteſtate liberatis, quale illud eſt vt poſſint facere teſtamentum, vt omnimodo ſint capaces acquiſitionis, & alia eiuſmodi, quæ omnia congerere longum & inutile eſſet. Hoc enim iuris Principium ex iis eſt, quæ nullam omnino habere poſſunt dubitationem.

PRINCIPIVM II.

De ſecundo modo diſſoluendæ patriæ poteſtatis, per patris, aut filij deportationem.

§. cùm autem hoc tit.

P*Er deportationem, ſiue in patrisfamilias perſona contigerit, diſſoluitur ius patriæ poteſtatis, §. cùm autem, h. t.* vbi rationem & apertam & elegantem Iuſtinianus reddit, quòd per adoptionem ciuitas amittatur. Qui enim deportati ſunt *ἀπόλιδες* eſſe dicuntur, id eſt ſine ciuitate, *l. ſunt quidam 17. §. 1. ff. de pœn.* Succeſſit ſiquidem deportatio in locum veteris illius interdictionis aquæ & ignis, de qua in *§. minor. infr. De capit. dimin.* iunct. *l. pen. §. vlt. ff. de extraord. cogni. l. 3. ff. ad leg. Iul. pecul. l. 2. §. 1. ff. de pœn.* Nemo autem dubitat quin per illam aquæ & ignis interdictionem ciuitas amitteretur *d. §. vlt. l. eius qui 8. §. 1. ff. qui teſtam. fac. poſſ. l. 1. §. hi quibus, De legat. 3.* Ergo & per deportationem: *l. inter pœnas 6. ff. de interd. & releg.* Vnde & ad peregrinitatem redactus dicitur, qui deportatus fuit, *l. ſed ſi hac lege 10. §. ſed ſi per pœnam, ff. de in ius voc. l. 1. C. de her. inſt.* Atqui patria poteſtas, vt ſæpius iam diximus, iuris ciuilis eſt; fieri verò nequit, vt amiſſa ciuitate, non amittantur illa etiam omnia, quæ ſunt iuris ciuilis: *d. l. ſunt quidam 17. in fi. de pœn.* Patriam ergo poteſtatem diſſolui per deportationem omnino conſequens eſt. Idipſum verò alia etiam ratione probari poteſt, quam idem quoque Iuſtinianus inſinuare videtur; Illa nimirum, quòd vt *ſuperiore Principio* dicebamus, morte ſoluitur patria poteſtas. Atqui is qui deportatur hoc ipſo mori intelligitur, cum amittat ciuitatem, deſinátque habere caput in ciuitate. Id enim eſt quod Vlpianus ſcribit in *l. verum eſt 63. §. vlt. ff. pro ſocio,* interire homines non ſolum morte, ſed etiam maxima & media capitis diminutione. Ergo patriam poteſtatem deportatione amitti omnino neceſſe eſt. Sed & bona deportati omnia per ſententiam deportationis ipſo iure publicantur, & fiſco vindicantur, *l. deportatorum 8. C. de pœn.* eáque bonorum publicatio durior eſt, quàm ſi principaliter & ſeparatim ex qua alia cauſa infligeretur, cùm ſi non alia quàm publicationis pœna eſſet irrogata, conſequens fieret vt impetrata aduerſus pœnam reſtitutio bona redderet, quod in reſtitutione deportatio conceſſa falſum eſt, vt dicemus ad *Princip. prox.* Sed & bona poſt deportationem quæſita, etſi non pertinent ad fiſcum viuo deportato, pertinent tamen eo mortuo, cùm alium quàm fiſcum ſucceſſorem habere non poſſit: *l. deportatus 15. ff. de interdict. & releg.* quod in alia ſimplici publicatione, diuerſum eſt. Bona enim poſtea quæſita numquam ad fiſcum ex ea condemnationis cauſa perueniunt.

l. deportatus 15. de inter. & releg.

Neque refert paternè, an filius fuerit deportatus. Quoties enim de patria poteſtate tractamus, aut de alio iure quod ſit legitimum & ciuile, vtrumque ciuem eſſe oportet, & eum qui ius illud exercet & eum in quem exercetur. Alioqui deficit ſubiectum, in quod exerceatur, ſi non ſit illud habile & capax eorum quæ ſunt iuris ciuilis. Sicut & parum eſſet, teſtatorem eſſe ciuem, ſi hæredem inſtitueret eum qui eſſet peregrinus: *dict. leg. 1. C. de hered. inſtit. dict. l. 1. §. hi quibus, de legat. 3. l. ſed ſi conditioni 6. §. ſolemus ff. de hered. inſt.* Aut è contrario hæredem ſcriptum eſſe ciuem Romanum, ſi teſtator peregrinus & illegitimus proponeretur: *l. ſed ſi accepto 32. ff. de iur. fiſc.* vbi tamen quod ſcriptum eſt *idem ius et ſeruandum,* videtur mendoſum & pro *eis* legendum potius *her.* id eſt *heredibus*. & paulò pòſt *haberent*, pro *habent*. Nam ad obſidum hæredes, de quibus nihildum dictum fuerat, ea clauſula pertinet, non ad obſides ipſos. Deportatos autem eos accipere debemus, quibus Princeps inſulas adnotauit, vel de quibus deportandis ſcripſit.

Cæterùm priùs quàm factum Præſidis comprobet, nondum amiſiſſe ciuitatem quis videtur. Proinde ſi antè deceſſiſſet, ciuis deceſſiſſe videretur, Et fideicommiſſum, quod antè reliquerat quàm ſententiam pateretur, valebit, vt Vlp. tractat in *d. l. 1. §. deportatos, de leg. 3.* De quo tamen plura dicemus ad *tit. De cap. min.* Sanè matris deportatio, etiam quæ ante filij natiuitatem, dummodo poſt conceptionem contigerit, ſicuti non nocet filio, quominus & ingenuus, & ciuis Romanus naſcatur, ita nec patri quominus filium hunc habeat in poteſtate: *l. Imperator D. de ſtat. hom.* iunct. *l. 4. C. de pœn.*

ILLATIO I.

De deportato filio qui non obſtat nepoti.

EX hoc Principio illud primùm fit, vt ſi quis filium habuerit, & ex eo nepotem, & filius ſiue emancipatus, ſiue in poteſtate manens deportatus ſit, non noceat nepoti, ſed perinde vtroque caſu nepos admittatur; proptereà quòd deportatus mortui loco habeatur, inquit Vlp. in *l. 1. §. filium D. de bonor. poſſ. contr. tab.* tantùm abeſt vt qui deportatus eſt remaneat capax patriæ poteſtatis, ſiue actiuè, ſiue paſſiuè.

ILLA

Digitized by Google

ILLATIO II.

De patroni deportati filio petente bonorum poſſeſſionem liberti.

SEcundò ex eodem Principio fit quod Paulus ſcribit in *l. 4. §. ſi deportatus, D. de bon. libert.* ſi deportatus patronus ſit, filio eius competere bonorum poſſeſſionem in bona liberti: Nec ei eſſe impedimento talem patronum, quippe qui mortui loco habeatur. Certum enim eſt, non poſſe patroni liberos ius vllum habere in bonis liberti, quandiu ſunt illi in patris poteſtate.

Non eſt contrarium quod Papinianus in *l. cùm pater 77. §. hæreditatem, De legat.* 2. ſi quis filiis ſuis, vel cui ex his voluerit hæreditatem cùm morietur reſtituere rogatus ſit, & interea in inſulam deportatus fuerit, eligendi facultatem non eſſe pœna peremptam, nec fideicommiſſi conditionem ante mortem filij hæredis exiſtere: Quod & ex parte ſcriptum eſt ab Vlp. in *l. ex facto 17. §. ſi quis rogatus 2. D. ad SC. Trebell.* Nam quod ad primam reſponſi partem attinet, ea rationem illam habet, quod deportatus non amittit quæ ſunt facti, cum nec ea quidem amittat quæ ſunt iuris gentium, ſed illa duntaxat quæ ſunt iuris ciuilis, *d. l. ſunt quidem 17. §. vlt. D. de pœn. l. penu. D. de capit. minut.* Atqui eligere cui ex liberis fideicommiſſum reſtitui quis velit, facti eſt, & meræ voluntatis, non iuris. Optima igitur ratione hanc eligendi facultatem pœna deportationis peremptam non eſſe placuit. Eam ſiquidem habet pater non tanquam paterfamilias & iure patriæ poteſtatis, ſed tanquam pater: Quandiu autem viuit, remanet pater naturalis etiam amiſſa patria poteſtate. Quod verò per deportationem & ante mortem filij non videtur extitiſſe conditio fideicommiſſi, quod ille cùm moreretur, reſtituere rogatus fuerat, ex eo fit quia deportatus licèt in pleriſque pro mortuo habeatur, non tamen in omnibus, quandiu ex indulgentia Principis in integrum reſtitui poteſt, in eoque melioris conditionis eſt, quàm in metallum damnatus vt dicemus *Princip. ſeq. ex l. intercidit 59. De condit. & demonſtr.* Facit *l. Statius Florus 48. §. vlt. D. de iur. fiſc.*

Cur deportatus non amittat ius eligendi.
Cur per deportationem non extitat conditio fideicommiſſi poſt mortem relicti.

PRINCIPIVM III.

De poteſtate reſtitutionis ex indulgentia Principis conceſſa deportato.

D*Eportatus ſi ex indulgentia Principis in integrum reſtitutus ſit, & patriam poteſtatem & cætera ſimul iura omnia priſtina recuperat. §. 1. hoc tit.* vbi quamuis ita Iuſtin. ſimpliciter & abſolutè ſcribat, tamen non tam ad iuris rationem id referendum videtur, quàm ad conſtitutionem Imperatoris Conſtantini quæ extat in *l. vlt. §. vlt. C. de ſenten. paſſ. & reſtit.* in illis perelegantibus verbis: *Ideóque tantum ad reſtitutionem indulgentia valeat quantum ad correctionem ſententiæ valuit, vtque deportationis ipſum per ſe nomen rerum omnium ſpoliatio eſt, ita indulgentia reſtitutio bonorum ac dignitatis, vno nomine amiſſorum omnium ſit recuperatio: Et filij emancipationem à patribus, officiis petant, vt libertatem non damnationis, ſed lenitatis paternæ teſtem habeant*: Ante quam conſtitutionem ea proculdubio iuris veteris ratio erat, vt qui aduerſus deportationem à Principe reſtitutus fuiſſet, nec vt libertos in poteſtatem ſuam reciperet ſpecialiter impetraſſet non ideo patriam poteſtatem recuperaſſe dici poſſet: *l. ſi pater 9. eod. tit.* Multominus vero pater cuius filius antea deportatus poſtea per indulgentiam Principis & patrio ſolo & præcedenti dignitati reſtitutus fuiſſet: *l. in inſulam 6. eod.* Facilius enim eſt vt is ipſe qui reſtituitur iura ſua recuperet, quàm vt per reſtitutionem ab alio impetratam, etſi ſunt iſta ferè in omnibus correlatiua.

l. ſi pater 9. eod. l. in inſulam 6. eod.

Iuris autem illius veteris ratio ea fuiſſe videtur, quòd reſtitutio non niſi contra eam pœnam quæ duraret, (ſolet verò pœna manere etiam poſt mortem, *l. 2. D. de cadauer. punit.*) poſtulata & impetrata crederetur, non etiam contra eam pœnam quæ plenum ſuum effectum iam habuiſſet. Deſinit enim eſſe pœna ex quo habuit effectum, quod contingit ratione patriæ poteſtatis amiſſæ, itémque ratione bonorum ex deportationis cauſa publicatorum, iamque fiſco acquiſitorum. Nam & quod ad deportati bona pertinebat, ita ius erat, vt deportato qui in integrum reſtitutus fuiſſet reſtitui non deberent, niſi ſpeciale beneficium ſuper hoc quoque fuiſſet impetratum, *l. 2. eod. tit.* quaſi alioquin non tam reſtituto bona quàm à Principe, quod difficilius multò eſt, donata viderentur, niſi pleniſſima reſtitutio facta proponeretur, puta verbis illis generaliſſimis ab Imp. Antonino vſurpatis in *l. 1. eod. Vt autem ſcias quid ſit in integrum reſtituere, honoribus, & ordini tuo, & cæteris omnibus te reſtituo* Qua formula etſi putant multi Imp ſignificaſſe hæc omnia ſolo *reſtituendi* verbo contineri non tamen ita eſt. Pleniſſimam enim reſtitutionem facit eo loco non verbum ſolum *reſtituo*, ſed adiectio illa *in integrum*: cuius non alius ſenſus eſt, quàm vt in plenum reſtitutio facta videatur. Nemóque non videt multò plus eſſe *in integrum reſtituere*, quàm ſimpliciter *reſtituere*. Quare nec ex illo Imperatoris Antonini reſcripto inferre poſſumus, quamlibet reſtitutionem eundem effectum habere debuiſſe, ſed ita locutus fuit Imperator optimus, id eſt non tantum adiectis verbis illis *in integrum*, ſed etiam ſubiecta eorum interpretatione, vt liberalitatem ſuam enixius teſtaretur, nec dubitationi locum relinquere circa beneficij ſui ſtrictiorem, quæ haud dubiè facta fuiſſet, interpretationem.

Hinc eſt quod olim reſtituebatur aliquando deportatus, ita vt bona ei omnia reſtituerentur, aliquando ita vt non niſi pars aliqua bonorum, aliquando vt nihil omnino *l. 2. 3. & 4. eod.* Quod ſi nihil dictum eſſet, non poterat videri prius dominium redintegratum, quod fiſco ſemel pleno iure acquiſitum fuiſſet: *l. fruſtra 8. eod.* Quædam tamen erant, quæ per indulgentiam quantumuis generalem conceſſa videri nunquam poterant, vt militia, vt integra atque illibata exiſtimatio, *l. generaliter 7. eod.* Nam vt eleganter Impp. aiunt *l. vlt. C. de gener. abolit.* Indulgentia quos liberat, notat, nec infamiam criminis tollit, ſed tantum pœnæ gratiam facit: *l. 3. C. Theod. de indulgent.* Indulgentiam enim Græcorum exemplo vocant, quam Latini *Reſtitutionem*. Eo-

Digitized by Google

démque pertinet quod aulicus ille dicebat, Lituram ſemper manere, quæ nec niſi tunc fit cùm id agitur, vt ipſa etiam culpa, ſi fieri poſſet, deleatur.

ILLATIO I.

De deportato non in omnibus abſolutè ac ſimpliciter habendo pro mortuo.

EX hoc Principio illud fit primum, vt qui deportatus eſt, non poſſit in omnibus & abſolutè haberi pro mortuo, quia in integrum reſtitui poteſt: & quidem ita vt non tantum à pœna ſe liberet, ſed etiam priſtina ſua omnia iura recuperet: *l. intercidit 59. ff. de cond. & demonſt.* vbi Vlpianus poſtquam ſcripſit intercidere legatum, ſi ea perſona deceſſerit cui legatum fuerat ſub conditione, ſubinde quærit; Quid ergo ſi non deceſſerit, ſed in ciuitate eſſe deſierit: puta, inquit, alicui legatum ſi is Conſul factus fuerit, & is in inſulam deportatus eſt: Nunquid non interim extinguitur legatum, quia reſtitui in ciuitatem poteſt. Hoc verò probabilius arbitratur Vlpianus. Nec idem eſſe dicendum, ſi ea pœna in illum ſtatuta fuerit, quæ irrogat ſeruitutem, puta ſi quis in metallum fuerit damnatus, quia, inquit, ſeruitus morti adſimilatur. Quid: inquies, Nonne & qui in metallum damnatus eſt, in ciuitatem reſtitui poteſt? Vtique, *l. 1. §. 1. & l. vlt. D. de ſent. paſſ. & reſtit. d. l. 2. & l. fruſtra 8. C. eod.* Sed huiuſmodi reſtitutionem ſperare non poſſumus, ita vt ea ſpes aliquem habere debeat effectum, quia cùm is qui in metallum damnatur, non tantum ciuitatem, ſed etiam libertatem amittat, exinde pro mortuo habetur, tanquam ſeruus pœnæ effectus: *d. l. ex facto 17. §. ſi quis rogatus. ad SC. Trebell.* (iure ſcilicet vetere inſpecto, nam hodie nemo a principio bene natus ex ſupplicio fit ſeruus: *Nouell. 22. De nup cap. 8.*) de mortuo autem ſperari non poteſt quod à Principe reſtituendus ſit, cùm nec ſit capax reſtitutionis.

[Marginal note: *l. intercidit 59. De cond. & demonſt.*]

Nec ad rem pertinet ſi quis replicet, reuera mortuum hunc non eſſe, qui & reuera in integrum poſtea reſtitui poſſit, Principe quandocunque ita volente. Etſi enim non niſi iuris fictio ita eſt, tamen imitatur veritatem, tantundémque valere debet in caſu ficto, quantùm veritas valet in caſu vero. In eo igitur melior conditio eſt deportati, quàm in metallum damnati, quod in perſona deportati ſpes futuræ reſtitutionis impedit ne pro mortuo haberi abſolutè poſſit, quomodo habetur is qui in metallum damnatus fuit, ſed ſecūdum quid duntaxat, id eſt in iis demum quæ ſunt iuris ciuilis: quorum ratione ſicuti tam deportatus, quam qui in metallum damnatus eſt, amittit ciuitatem, ita nec vlla inter eos differentia eſſe poteſt; at nec rurſum iis quæ ſunt iuris prætorij, cùm ius prætorium pars ſit iuris ciuilis, generaliter ſumpto iuris ciuilis nomine, & hoc ſaltem cum iure ciuili commune habeat, quod non niſi ad ciues pertinet, ob idque non magis quàm ius ciuile ſeruos agnoſcit: *l. nullomodo 7. D. ad leg. Cornel. de falſ. l. qui teſtam. 20. §. ſeruus, D. qui teſtam fac. poſſ.*

ILLATIO II.

De illo qui poſt apertum teſtamentum deportatus fuit, deinde reſtitutus petit fideicommiſſum.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt is qui poſt apertum teſtamentum deportatus fuit, ſi idem poſtea reſtitutus ſit, fideicômiſſum petere poſſit, cuius conditio extiterit poſtquam ille ciuitatem Romanam recepit: *l. cum qui poſt apertum 104. De condit & demonſtr.* Vbi notandum eſt quod lex ait *poſt apertum teſtamentum.* Nam ſi ante apertum teſtamentum deceſſiſſet, aut deportatus fuiſſet fideicommiſſarius eo tempore quo lex Iulia Papia obtinebat, quæ caduca omnia fiſco vindicabat, non poſſet de reſtitutione tractari poſtea in præiudicium fiſci, cui ius quæſitum fuiſſet. Nec quicquam referret an deportatus fuiſſet fideicommiſſarius, an deceſſiſſet ante apertas tabulas, cùm lex Iulia Papia indiſtinctè applicaret fiſco legata omnia iis relicta, qui ante apertas tabulas vel deceſſiſſent, vel capaces eſſe deſiiſſent. Etſi verò non niſi de legatis locuta fuerat, tamen & fideicommiſſum & mortis cauſa donationem in legis Iuliæ Papiæ interpretatione legati appellatione contineri non ambigitur; *l. & fideicommiſſum 87. De legat. 3.* quam ita eſſe accipiendum inſcriptio ipſa demonſtrat; ne alioqui nimis euidenter falſa ſit ſententia, ſi generalius intelligatur.

[Marginal note: *l. cum qui poſt apertum 104. De condit. & demonſt.*]

Ex hoc autem apparet id quod *proxima illatione* diximus, non intercidere legatum, ſi ea perſona fuerit deportata, cui relictum fuerat ſub conditione, ex *d. l. intercidit 59. eod. ti. De condit. & demonſtr* ita accipi oportere ſi deportatio contigerit poſt apertum teſtamentum, non ſi antè. Nimirum ex iuris veteris ratione. Nam hodie ſublata lege Iulia Papia *de caducis* per Iuſtiniani conſtitutionem in *l. vnic. C. de caduc. tollend.* hæc quoque diſtinctio penitus ſublata eſt: nec quicquam refert an poſt, an verò ante apertum teſtamentum legatarius, aut fideicommiſſarius deportatus ſit, vel deceſſerit. Eſtque locus hic vnus ex iis quos Tribonianus in Pandectis per incuriam reliquit ad legem Iuliam Papiam pertinentes, cuius alioqui non niſi perpauca veſtigia ſuperſunt in iis Prudentum reſponſis, quæ hodie habemus.

Sed & illud obſeruandum eſt, apud Paulum in *d. l. cum qui*, tractari de fideicommiſſo conditionali, cuius conditio extiterit poſt conceſſam deportato indulgentiam & reſtitutionem: Vt intelligamus futurum alioqui, ſi conditio poſt irrogatam deportationis pœnam, & ante impetratam reſtitutionem contigiſſet, vt aliud dicendum foret, intercidere ſcilicet fideicommiſſum, & ad fiſcum irreuocabiliter pertinere, ſi non eo quoque nomine reſtitutio ſpecialiter impetrata eſſet. Verum enim eſt quod ex hoc ipſo loco probare Interpretes ſolent, in conditionalibus diſpoſitionibus inſpiciendum eſſe præcipuè tempus exiſtentis conditionis, præſertim cùm quæritur an capere quis poſſit: *l. non oportet 52. de leg. 2.*

Digitized by Google

ILLATIO III.

De patrono deportato, & poſtea reſtituto, ad liberti ſucceſſionem admittendo.

l. 1. D. de ſentent. paſſ.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt ad ſucceſſionem liberti patronus, qui & deportatus & reſtitutus fuit, admittatur: *l. 1. D. de ſent. paſſ. & reſtit.* Sed etſi in metallum damnatus reſtituatur, etſi maior dubitandi ratio eſt, numquid ſeruitus pœnæ extinguat ius patronatus, etiam poſt reſtitutionem; propterea quòd verum ſit, hunc ſemel pro mortuo habitum fuiſſe, vt diximus *illat. 1.* Magis tamen eſt vt non extinguatur ius patronatus, ſcilicet poſt reſtitutionem, ideſt, vt reuiuiſcat per auxilium reſtitutionis, vt Vlp. ſubiungit in *d. l. 1.* Nam cùm iura libertorum liberis ſalua conſeruentur, etiam iis quorum pater reus perduellionis damnatus fuerit: *l. 4. ff. de iur. patr.* cur non idem ius patrono reſtituetur, quandoque poſteà reſtituto? Noli dicere ſola ea reſtitutionem generalem non ſolere reddere quæ per condemnationem fuerant fiſco acquiſita, in quo numero non eſt ius patronatus. Ita namque ſequeretur, reſtitutione aduerſus pœnam impetrata, patriam quoque poteſtatem, quæ proculdubio non tranſit ad fiſcum, hoc ipſo reſtitutam videri debere, quod falſum eſt: *l. 6. & 9. C. de ſent. paſſ.* Ius patronatus hac parte fauorabilius eſt. Propter quam cauſam cum inter eos patronos qui lege excipiuntur ne in liberti bonis vllum ius habeant, eum patronum numeramus qui rei capitalis damnatus ſit, ſubiicimus exceptionem *ſi reſtitutus non eſt*: *l. ſi filij 9. §. 1. ff. de iur. pat.* vt intelligamus ſufficere illi quamlibet reſtitutionem, nec requiri vt ad hoc quoque ius ſpecialiter fuerit reſtitutus: quod & generalius ſcriptum eſt in *l. ſiue patronus 21. ff. de iur. patr. l. 3. §. ſi deportatus 7. De bon. libert.*

Non poſſum autem videre cur Vlp. ſententiam de damnato in metallum in *d. l. 1.* velint quidam referre ad libertum ipſum, potiùs quàm ad patronum condemnatum, hoc ſenſu, quaſi ſeruitus pœnæ contingens in perſona liberti non priuet patronum iure ſuo, cùm prior pars legis ſit de patrono deportato & reſtituto, nec alia de cauſa ſubiiciatur quæſtio de ſeruo pœnæ effecto, quàm quod in eo maior, vt diximus, dubitandi ratio eſſe videretur. Neque verò fieri poteſt, vt damnato in metallum liberto ius patronatus interim non intereidat, perinde ac ſi libertus hic deceſſiſſet, cùm ſeruitus pœnæ morti aſſimiletur, fieri autem nequeat, vt ſit quis & maneat patronus defuncti; quod & Vlp. ſignificat non obſcurè, cùm vtitur verbo *extinguendi.* E contrario verò non poteſt res habere dubitationem, quin reſtituto in integrum liberto, patronus ſaluum ius patronatus in eum, inque bona ipſius habere debeat. Cur enim liberto id ynum prodeſſe debeat contra patronũ, quod fuerit libertus ipſe aliquando in metallum damnatus? An non id eſſet protegere ſe pœna ſceleris contra patronum, vt loquuntur Impp. in *l. ſi deportati ... 12. C. de ſent. paſſ.* Aut quomodo fieri po... ſt, vt reſtitutio reddat liberto libertatem, ... in hoc ipſo renouet memoriam beneficij, quod idem ille à patrono ante damnationem acceperat? An poſſet Princeps huic

l. ſi deportationis 12. C. de ſent. paſſ.

reddere libertatem, ſi non eam priùs à domino eodémque nunc patrono fuiſſet conſecutus? Fieri ergo nequit, vt hæc libertas reſtituatur liberto, quin patrono etiam ius patronatus reſtituatur. Eaque germana differentiæ ratio eſſe videtur inter ius patronatus, & ius patriæ poteſtatis, quam conſtat nunquam ipſo iure reſtitutam intelligi, niſi ſpecialiter fuerit expreſſa: *d. l. in inſulam 6. d. l. ſi pater 9. C. de ſent. p. ſſ.* quia nimirum nihil vetat eſſe quem liberum, aut ciuem Romanum, etiamſi liberos ſuos non habeat in poteſtate. At fieri nequit, vt a Principe libertatem repetar is, qui aliquando ſeruus meus fuit, quin à me priùs habuerit libertatem, ac proinde quin hoc ipſo meum ſe libertum eſſe fateatur (Alia ratio eſt ſerui mei, qui in metallum damnatus ſit, poſteàque ab ea pœna liberatus. Non enim per huius indulgentiæ occaſionem dominium meum prius reintegratur, *l. fruſtra 8. eod. tit. C. de ſent. paſſ.* ſed fit ille ſeruus Cæſaris ex ſeruo pœnæ, quaſi nihil mea intereſſe videatur, cui iam ſeruus hic per pœnam ablatus fuerat, & in quo dominium nullum poſſem obtendere, ſi ſeruus pœnæ manſiſſet: *argum. l. poſtliminium 19. § ſi ſtatuliber. ff. de cap. & poſtlim.* Erit ergo Vlpiani ſententia in *dict. l. 1. De ſent. paſſ.* multo elegantior, & de re magis dubitabili ſi ad patronum, quàm ſi ad libertum damnatum referatur; quia nimirum difficilius eſt, vt ei ſuccurri debeat, qui proprio, quàm qui alieno delicto ius ſuum amiſit; quamuis vtroque caſu idem iuris ſit: *d. l. ſiue patronus 21. De iur. patr.*

ILLATIO IV.

De obligatione æris alieni, in quam recidit deportatus, ſi poſtea ſit reſtitutus.

QVartò ex eodem Principio fit, vt deportatos reſtitutus non ſolùm dignitatem & patriam, ſicque qua dignitas nulla eſſe poteſt, ſed etiã bona ſua cum dignitatis reſtitutione recuperauerit, hoc ipſo intelligitur obligatus ſuis creditoribus, quibus ante deportationem fuerat obſtrictus. Qua enim fronte auderet ille ſe protegere pœna ſceleris ſui contra iuſtos creditores: *d. l. ſi deportationis 12. C. de ſent. paſſ.* Fuit quidem ille per pœnam deportationis liberatus ab onere totius æris alieni præcedentis, *l. ſi debitor 3. eod.* quia cùm obligatio ſit iuris vinculum, vt ex ipſius definitione apparet, iuris inquam ciuilis, ſi de obligatione ciuili agamus, qualem eſſe neceſſe eſt eam, ex qua dari actio poſſit, non poteſt fieri, vt ciuiliter obligatus intelligatur is, qui amiſerit ciuitatem. Adeò vt ſi ponas ciuitatem amiſiſſe debitorem, qui nihilominùs ex indulgentia Principis bona ſua detineat, non niſi vtilibus actionibus conueniri poſſit, vt Vlp. ſcribit in *l. relegatus 14. in fin. ff. de interd. & releg.* Sed tamen reſtitutis bonis cum ciuitate, nulla ratio eſt, cur non quoque priſtinæ obligationes omnes tã actiuæ quàm paſſiuæ reſtituãtur. Adeò vt non neceſſariæ ſint hoc caſu vtiles actiones, cùm directæ competant, vt Papinianus reſpondit in *l. pe... ff. de ſent. paſſ.* Sed & ſi ponas deportatum eundémque reſtitutum, cùm ei oblata eſſet facultas à Principe bona quoque ſua recuperandi,

l. ſi deportationis 12. C. de ſentent. paſſ. l. pen. l. ff. eod.

Digitized by Google

cuperandi, maluiſſe tamen ea derelinquere, non tamen id aſſequetur, vt exuat ſe iis actinnibus quibus ante ſentontiam fuerat ſubiectus, vt eleganter Vlp. ait in *l. 2. in fin. eod. tit.* quia ſcilicet nihil intereſt, an bona ſua quis per reſtitutionem receperit, an per eum ſteterit ne reciperet: *l. qui poteſt facere* 174. *De reg. iur.*

Cur verò ad reſtituendas in hunc debitorem reſtitutum actiones, non ſufficit quòd in ciuitatem ipſam fuerit reſtitutus? Cur bonorum quoque reſtitutionem ei factam fuiſſe requirimus, ſi nihil aliud obligationes extinxerat, niſi quod debitor ciuis eſſe deſiiſſet? Id enim eſt quod ait

l. ſeruus 30. ff. de obliga. & action.

Scæuola in *l. ſeruus 30. de obli. & act.* ſeruum effectum ſcilicet pœnæ, non idcirco quod poſtea indulgentia Principis libertatem conſecutus ſit, rediiſſe dici in obligationem creditorum. Quod dicit, quoniam quod ad hanc rem attinet, parum eſſe quod libertatem receperit, ſi non receperit etiam bona. Quanquam & ſi bona quoque ſua cum libertate recepiſſet, non eo magis rediret in obligationem creditorum, vt iis ipſo iure directiſque actionibus teneretur, ſed vtilibus duntaxat, quemadmodum in ſequentibus dicemus.

Reſpondendum eſt, amiſſionem ciuitatis eſſe quidem præcipuam cauſam diſſoluendarum obligationum, quibus deportatus debitor ante ſententiam tenebatur, ſed non ſolam. Non enim ſola iuris ratio facit pro miſero & egeno debitore ne non poſſit iuris ciuilis vinculo manere obſtrictus is, qui ciuis eſſe deſiit, ſed etiam ratio æquitatis & miſerationis, quod iniquum ſit actionem aliquam in eum dari, cui bona ſunt ablata: *l. vl. §. vl. ff. quæ in fraud. cred.* Vbi tamen

l. vlt. §. ult ff. quæ in frau. credit.

obſeruandum eſt, quod eleganter monet Iureconſultus, hanc iniquitatem non tam ex eo naſci, quod emolumentum actionis nullum eſſe poſſit in eum, qui bonis exutus eſt; quàm quia per pœnam bona ſua amiſerit; & ad id vnum reſpicere Prætorem, cùm fraudatorem poſt bonorum venditionem, quam in fraudis ſuæ pœnam paſſus ſit, ex antegeſto teneri non patitur. Ideóque ſi bona ſua diſperdidiſſet, etiam quæ nulla reſtitutione recuperare poſſet, non eo minùs tamen Prætorem daturum in eum actionem. An ob id fortaſſe quod æquius ſit ei fauere & ſuccurrere, cui per pœnam bona ſunt ablata, quàm qui alio modo bonorum ſuorum iacturam fecerit? Ita eſt, At non fauore illius qui pœnam ſui delicti paſſus eſt, (nec enim id Papinianus vnquam admitteret, *l. Papinianus 20. v. ſed quod idem, ff. de minor.*) quin potiùs contemplatione & fauore legis, quæ in pœnam delicti ademit bona, Ne alioqui futurum ſit, vt nimis inhumana & crudelis videatur, ſi eum, cui bona omnia abſtulit, nihilominùs à creditoribus ſuis conueniri patiatur. In legis autem arbitrio poſitum id eſſe, an & quando is qui obligatus aliàs fuit, deſinat eſſe obligatus mirum non eſt, cùm obligationes ciuiles, earumque exercitium, ideſt actiones omnes ſint ex lege.

Hoc verò ius liberandi per deportationem debitoris ab omni ære alieno quod ante ſententiam contraxerat, non tantùm ex ciuitatis, ſed etiam ex bonorum omnium amiſſione proficiſci, ex eo poteſt intelligi quod iam diximus, ſi quis amitteret ciuitatem retentis bonis, manſurum tamen eum obſtrictum vtilibus actionibus, quia deficiente ratione iuris quæ directas actiones dare poſſet, non deficeret tamen æquitas, ex qua potiſſimum vtiles actiones æſtimari ſolent. Ergo è cõtrario, ſi is qui amiſſis cum ciuitate bonis omnibus, deſiit ſemel cõueniri vnquã poſſe, ſiue directis, ſiue vtilibus actionibus, poſtea in integrum reſtitutus, ciuitatem duntaxat non etiam bona recuperet, iuris quidem ratio facere videtur vt priſtinis actionibus ſaltem vtilibus conueniri poſſit, ſi nihil aliud actionem extinxiſſet, niſi quod ille & debitor & ciuis ſimul eſſe deſiiſſet. Sed cùm duplex ratio fuerit extinguendæ obligationis; vna ciuitatis amiſſio, alia bonorum; nec minùs hæc quàm illa inducat legis poteſtatem, vt non tantùm æquitatis & miſerationis ratione, ſed etiam ipſo iure obligatio extingueretur: Planè conſequens eſt, vt ſola ciuitatis reſtitutio nõ poſſit reſtituere obligationem & actionem, ne quidem vtilem, niſi bona etiam reſtituantur. Ita vt ſi pars duntaxat bonorum reſtituta ſit, non niſi pro rata portione onus æris alieni in reſtitutionis conſequentiam reuiuiſcat: *l. 3. & 4. C. de ſent. paſſ.* Quam ob cauſam Papin. *in d. l. pen. De ſent. paſſ.* ita loquitur, *cum eo qui debitor quondam fuit*, vt appareat debitorem amplius dici non poſſe illum, cui bona omnia cum ciuitate adempta ſint, ideſt non magis in effectu actione aliqua conueniri poſſe, quàm ſi debitor nunquam fuiſſet.

Dices obligationem ſemel extinctam reuiuiſcere poſtea numquam poſſe: *l. qui res 98. §. areã, ff. de ſolut.* Reſpondeo non tam hic omnino &

l. qui res 98. §. aream ff. de ſolut.

abſolutè, quàm interim extinctam fuiſſe, hoc eſt manente pœna, cùm nec alia ratione videatur extincta quàm propter pœnam. Itaque ceſſaſſe potiùs videtur quàm extincta fuiſſe, vt Paulus loquitur in *d. §. aream, verſic. diuerſum*, vbi tractat de ſeruo promiſſo qui ab hoſtibus captus fuerit, quem ſicut non poteſt negari factum eſſe reuera ſeruum hoſtium, ita nec dubitari quin non potuerit remanere in obligatione quandiu ſeruus hoſtium manſit: *l. liber homo 103. ff. de verb. obligat. l. id quod apud hoſtes 9. De legat.* 1. Sic igitur & in propoſito, quandiu deportationis pœna manet, cuius pars eſt bonorum amiſſio, non tam obligationem omnino extinctam eſſe dicendum eſt, quàm interim ceſſare, ſi poſtea contingat pœnam illam non eſſe perpetuam, ſed extingui conceſſa reſtitutione. Sed & reſponderi poteſt, Non eſſe nouum, aut abſurdum, vt obligatio quæ ſolius legis poteſtate fuerit etiam in totum ſi voles extincta, eiuſdem legis poteſtate per contrarium actum reuiuiſcat; id eſt per in integrum reſtitutionem quæ condemnationis vim & memoriam extinguat. Reſtitutis enim cum ciuitate bonis omnibus, nullus omnino color ſubeſt excludendorum creditorum, quaſi agant ſine actione, niſi fortè reſtituto hoc quoque indulgere volumus, vt ſe pœna & infamia ſui ſceleris tueatur; quod vtique non modò abſurdum, ſed etiam improbum eſſet: *d. l. 2. C. de ſenten. paſſ.* Prior tamen ſententia magis arridet, vt obligationes durante pœna non tam extinctæ eſſe, quàm ceſſare videantur. Alioqui ſi reſtitutæ eſſent & reſtitutoriæ, ſequeretur, vtiles, non directas dici debere, vt & cæteras omnes quæ ex æquitate aliqua ſiue iuris poteſtate, ſiue officio iudicis reſtituuntur. Et tamen Papiniano placet in *d. l. 3.* nõ vtiles eas eſſe quæ creditoribus poſt reſtitutionem competunt, ſed directas. Quò etiam pertinet quod Vlp. in *d. l. 2. eo. tit. De ſent. paſſ.* ita ſcribit, *actionibus exuere ſe, quibus ante ſententiam ſubiectus fuerat, non poterit.* Significans non obſcurè,

obſcurè, actiones, quæ poſt reſtitutionem creditoribus dantur, eaſdem illas ipſas numero eſſe obligationes, quæ fuerant ante condemnationem. Nam ſi eſſent extinctæ non de veteribus extendis, ſed de nouis non ſuſcipiendis tractari oporteret. Neque verò vnquam auditum eſt, pœnam eſſe nutum modum tollendæ obligationis, vt nec immunitatē alterius concedendæ: *l. relegatorum 7. §. vlt. ff. de interd.& releg.* Sed excipienda tamen videtur pœna, per quam ſeruitus irrogatur. Hæc enim fieri non poteſt, quin ipſo iure obligationem extinguat, non tanquam pœna, ſed tanquam mors cui aſſimilatur: *l. intercidit 59. in fi. de cond.& demonſt. l.antep. De reg. iur.* Qui enim fit ſeruus, non ſolum mori hoc ipſo intelligitur, ſed etiam ſine hærede; quo etiam caſu obligatio iure extinguitur: *l. 1. §. idem Pomponius 14. ff. depoſ. l.Stichum 95. §.1. in fi. De ſolut. l. 5.in prin.ff. vt leg. ſeu fideic. nom. caueat.* Quò item pertinet quod ſcriptum eſt in *d.l. ſeruus 30. De oblig. & action.* vbi tractatur de eo qui ſeruus pœnæ factus ſit, & libertati ſuæ poſtea reſtitutus. Quamquam ſi poneres in ea ſpecie bonorum quoque factam reſtitutionem, dubitandum non eſſet quin reſtitutus priſtinis actionibus conueniri poſſet, non quidem directis, ſed vtilibus. Sic enim accipio *l.tutor.4. C. de ſent. paſſ.* Nam directæ eſſe nequeunt quæ ſemel extinctæ fuerunt, nec proinde eædem numero reſtituuntur. Extinguendi autem verbo hac in re vtitur etiam Vlp. in *l. 1. §.1. ff. eod.tit. de ſent. paſſ.*

Nec repugnat ſuperioribus quod *in eiuſdem legis 2. initio* ſcriptum eſt à Papin. Si deportatus reſtitutus dignitatem quidem indulgentia Principis recuperauerit, ſed in ſua bona non ſit reſtitutus, nec à creditoribus, nec publico nomine conueniri eum poſſe. Id enim non tam ad ius, quàm ad effectum actionis pertinet, id eſt non eum ſenſum habet, quaſi nulla actio competat ipſo iure; ſed hunc potiùs vt quamuis competat, exerceri tamen nullo modo poſſit; nimirum quia non poteſt exerceri, niſi impetretur; nec impetrari, niſi detur à Prætore, cuius eſt tanquam miniſtri iuris ciuilis actiones omnes quantumuis ipſo iure competentes vel concedere petentibus, vel denegare: *l. neceſſariis 57. ff. de acqu. hared.* Prætor autem nunquam patietur conueniri eum, cui videat omnia bona per pœnam eſſe ablata: *d. l. vlt. §. vl. ff. quæ in fraud. cred. l. 7. §. vl. de cap. minu.* reſtituta licet ſit perſona debitoris contra pœnam, ni fuerit ille in ſua quoque bona omnia reſtitutus.

Quo etiam modo & ſenſu dicimus eum qui bonis ceſſit, neque agere, neque conueniri poſſe: *l. ſi vnus 17. ff. de recept. qui arbitr.* cùm tamen conſtet ex ea cauſa non tam extingui actionem, quàm induci exceptionem ad actionem elidendam: *l. 1. C. qui bon. ced. poſſ. l. 3. C. de bon. autor. iudic. poſſid. §. vlt. Inſtit. de replicat.* Immò nec ſi reſtitutus impetrauerit à Principe, vt ſibi liceat aliquid poſſidere etiam ex priſtinis ſuis bonis, eo magis tamen vllatenus poterit conueniri: *l. ſi debitor 3. C. de ſent. paſſ.& reſtit.* quia hoc caſu neque poteſt dici reſtituta ei fuiſſe bona, neque bonorum partem vllam, cùm certa res licet ſit ex bonis, non ideò tamen conſtituat partem bonorum. Bona enim cùm dicimus vniuerſitatem intelligimus, id eſt tale aliquid quod ſit iuris, quódque in iure non in corpore conſiſtat, vt & cùm dicimus hæreditatem, *l. 3. in prin. & §. 1. De bonor. poſſ.* Omnium autem eorum quæ in iure conſiſtunt proprium illud eſt, vt partes habeant homogeneas, id eſt eiuſdem naturæ, & quæ etiam iuris ſint, & incorporales, non heterogeneas & quæ ſint corporales, vt in hæreditate cernere eſt: *l. interdum 13. §. 1. l. ſeruum 50. §. vlt. de hered. inſt. l. quamuis 14. ſi quis omiſſ. cauſa teſt.* Nam & ratio propter quam is, cui bona reſtituta ſunt, vel in totum, vel pro parte, incipit rurſum teneri ſuis creditoribus, ſaltem vtilibus actionibus, illa eſt, non quia bona cùm dicimus, ea intelligere ſolemus quæ ſuperſunt deducto ære alieno, *l. mulier 72. De iur. dot. l. ſubſignatum 39. §. 1. De verb. ſignific.* (non enim eſſet quod de actionibus vllis tractari poſſet, ſi bonorum reſtitutio non niſi deducto ære alieno facta eſſe intelligeretur, quamquam & hoc ſenſu certum eſt, non poſſe deduci æs alienum ex re certa & ſingulari: *l. cogi 16. §. inde quæritur 3. ad SC. Trebell.*) Sed quia ne ante reſtitutionem poſſet damnatus conueniri, faciebat non tantùm ratio iuris, verùm etiam æquitatis, quòd ille non modò ciuitatem, aut etiam libertatem, ſed & bona ſua omnia amiſiſſet, vt ſuprà diximus ex *d.l. vlt. in fin. quæ in fraud. credit.* Idque ex eo apparet, quod ſi amiſſa ciuitate bona retinuiſſet, nihilominùs vtilibus actionibus conueniri potuiſſet: *d. l. 14. in fin. de interd. & releg.* ergo reſtitutis ei bonis, ſiue in totum, ſiue pro parte, vtiles actiones reſtitui æquũ eſt; ſcilicet ex æquitate contraria illi quæ faciebat ne bonis ſuis ſpoliatus actione vlla conueniri poſſet. Porrò non aliter æquitas hæc reſurgit, quàm ſi reſtituta ſint bona, vel pars bonorum, quia nec res aliqua ſingularis fuerat ablata, ſed vniuerſitas bonorum. Alioqui reſtituto etiam fundo aliquo, non eo minùs verum eſt manere pœnam, quæ antea fuit irrogata ademptionis bonorum.

De actionibus, quæ ipſi deportato ante deportationem competebant aduerſus ſuos debitores, minùs dubitari poteſt. Certum enim eſt non perimi eas per pœnam deportationis, ſed remanere in cauſa bonorum publicatorum, vt loquitur *l. ſi ademptis 5. C. eod. tit. De ſenten. paſſ.* & conſequenter, vel remanere apud fiſcum ſi reſtitutio facta ſit ciuitatis duntaxat, non etiam bonorum; vel ad reſtitutum cum cæteris bonis redire, ſi bona quoque omnia reſtituta proponantur: quod non ſimiliter de ære alieno dici poteſt, quod cùm ſit alienum, vtique non poteſt eſſe in bonis condemnati, nec per publicationem bonorum tranſire ad fiſcum, vt poſſit fiſcus à creditoribus delinquentis conueniri. An ergo iacturam patientur creditores, ſi fortè, vel nulla, vel minùs plena, id eſt ſine bonis reſtitutio facta ſit? Minimè. Nunquam enim ad fiſcum pertinere bona vlla poſſunt, niſi quæ creditoribus ſuperfutura ſint, id eſt quæ futura ſint reliqua poſt dimiſſos creditores: *l. non poſſunt 11. ff. de iur. fiſc.* vbi rationem Iauolenus reddit, quia id bonorum cuiuſque eſſe intelligatur, quod æri alieno ſupereſt.

Idque eſt quod dici ſolet non priùs fiſco pœnam eſſe petendam, quàm creditores ſuum recuperauerint, ſcilicet, vt priuilegium in pœna contra creditores non exerceatur, non autem vt ius commune priuatorum fiſcus amittat, ſi fortè ſit ille quoque ex creditoribus, & ex anterioribus, quemadmodum interpretatur Papin. in *l. quod placuit 37. l. Statius 48. §. vlt. eod.* Qui etiam ſeorſus eſt *titu. C. pœn. fiſcal. credit. præferr. lib. 10.*

Digitized by Google

lib. 10. titu. 7. in cuius tamen *lege vnic.* vereor ne mendum ſit in illis verbis, *ſicut itaque in ſortis quantitate fiſci perſecutio potior eſt*, legendúmque potiùs ni fallor *furti*, pro *fiſci*. Tractat enim illa lex, vt ſequentia demonſtrant de condemnatione facta ex cauſa furti manifeſti, quæ lege 12. tab. conſtituta eſt quadrupli, *§. pœna, Inſtit. de obligat. quæ ex delict. naſc.* ſed ita tamen vt in quadruplo illo inſit ſimplum, quo rei perſecutio ſignificatur: *l. in furti 50. ff. de furt.* Senſus igitur eſt, furti quidem perſecutionem in ſortis quantitate, id eſt in ſimplo potiorem eſſe fiſco, ſed non in triplo quod pœnæ nomine debetur; quia ſicut creditor in eo quod vt ſuũ perſequitur, potior eſt, ita & fiſcus in pœna. Et verò ſi ita legas, vt fiſci perſecutio potior ſit, quæro quibus erit potior? An aliis creditoribus? Atqui hoc falſum eſt, ſi fiſcus ipſe non ſit creditor. At neque ſufficiet eſſe creditorem, niſi ſit etiam anterior, quo caſu non iure fiſci, ſed iure communi tanquam aliis creditor quilibet præfertur. Quid rurſum iuxta hanc interpretationem commune haberet lex cum ſuo titulo? Quid denique ſibi vellent quæ ſequuntur de triplo? At cùm titulus oſtendat agi de creditore, qui in eo quod eſt creditor præferendus ſit pœnis fiſcalibus, optimè quadrabunt omnia, ſi ponamus creditorem, qui quadruplum ex furti condemnatione debebatur, cum fiſco contendere; eámque legis ſententiam eſſe, vt in triplo propria forma ſeruetur, id eſt iure ſuo fiſcus vtatur, & ratione pœnæ ſibi adiudicatæ præferatur, in ſimplo verò poſtponatur. Facillimè autem potuit hoc mendum naſci ex ſimilitudine dictionum, *furti*, & *fiſci*.

ILLATIO V.

De tutore in metallum damnato & reſtituto.

l. tutor 4. C. de ſent. paſſ. & reſtit.

QVintò ex eodem Principio ſit quod ſcriptum eſt in *l. tutor. 4. C. de ſenten. paſſ. & reſtit.* tutorem in metallum damnatum, & poſtea ex indulgentia generali regreſſum, quanquam locupletior ſit, tamen actione tutelæ adminiſtratæ non aliter teneri, quàm ſi ex gratia ſententiæ facta ſpecialiter ſtatum priſtinum cum bonis omnibus recuperauerit, Reſtitutio enim & quidem quæ pleniſſima ſit, id eſt quæ bona quoque comprehendat ſola illa eſt, quæ facit vt condemnatus poſt reſtitutionem conueniri vtiliter poſſit, id eſt vtili actione, non directa. Sic enim locum hunc accipiendum eſſe iam diximus, & probauimus *Illatione praecedente*. Quod verò lex ait, *quamquam locupletior ſit*, oſtendit apertè rationem, quæ faciat, vt contra eum cui bona adempta ſunt, actio dari minimè debeat, non illam eſſe, quòd non poſſit non inutilis eſſe actio, quam debitoris inopia excludat: *l. ſed ſi 6. ff. de dolo* (ceſſaret enim ratio hæc in tutore iſto, qui poſt reſtitutionẽ locupletior aliunde factus eſſet) ſed illam potiùs, quod cùm per amiſſionem bonorum ſuorum pœnæ nomine irrogatam fuerit ſemel liberatus, eáque pœna non eo minus etiamnum duret, quod aliunde locupletior ſit, eadẽ ſẽper æquitas ſubeſt, quæ mouere Prætorẽ debeat, ne illum cui bona omnia per pœnam adempta eſſe videat, à creditoribus ſuis conueniri patiatur, vt *ſuperiore illatione* diſputauimus, ex *l. vlt. §. vlt. ff. quæ in fraud. cred. l. tutelæ 7. §. vlt. ff. de capit. minut.* Vnde eſt, quod ſi tutoris iſtius bona non ob pœnam, ſed ob pecuniam debitam à fiſco occupata eſſent, non eo minùs maneret ille cum ſuis fideiuſſoribus propriis creditoribus obligatus, *l. 3. in fi. C. eod. tit. de ſent. paſſ.* Sicut & de illo dici ſolet, qui cùm ſoluendo non eſſet, bonis ceſſit creditoribus ſuis: *§. vlt. Inſt. de replic.* ionct. *l. 1. C. qui bon. ced. poſſ. l. 3. C. de bon. autor. iudic. poſſid.*

l. 3. in fin. C. de ſent. paſſ.

ILLATIO VI.

De reſtituto aduerſus deportationem factam ex annotatione Præſidis.

SExtò ex eodem Principio ſit, vt qui ex Principis indulgentia reuerſus eſt ad lares ſuos, vereri non debeat ne ex annotatione Præſidis quæ iam abolita ſit calumniam patiatur: *l. cùm indulgentia 10. C. de ſent. paſſ.* vbi ratio dubitandi illa erat, quod reſtitutio fuerat impetrata contra deportationem. Præſes autem non deportauerat, ſed vt fieri olim moris erat, adnotauerat deportandum: *l. inter pœnas 6. §. 1. ff. de interd. & releg.* quo loco Vlpianus refert, Præſides prouinciarum deportandi ius non habuiſſe. Itaque non videbatur hic reſtitutus contra factum Præſidis, hoc eſt contra factam ab ipſo adnotationem, quæ proinde etiam poſt impetratam reſtitutionem, aliquam prioris infamiæ maculam retinere credi poterat, ſaltem, vt calumniæ materiam ei præbere poſſet, qui reſtitutum hunc laceſſere voluiſſet. Verùm lex ait non eſſe hoc verendum, nec dubitandum quin abolita per indulgentiam deportatione, ipſa quoque Præſidis adnotatio abolita ſit, quæ deportationem præceſſerat, & deportationis faciendæ cauſam præbuerat.

ILLATIO VII.

De vetere lite, quæ deportationem præceſſerat, poſt reſtitutionem repetenda.

SEptimò ex eodem Principio ſit quod ſcriptum eſt in *l. caſus 11. eod. titu. C. de ſent. paſſ.* Caſum eius, qui fundi mouerat quæſtionem, ac poſtea fuerat deportatus, ſi ex benignitate ac indulgentia Principis impetrauerit reſtitutionem cum bonis, priſtinum cauſæ ſtatum non immutaſſe, id eſt, non poſſe facere, vt ei neceſſe ſit nouam litem inſtituere, quaſi priore per deportationem mortua, vt loquitur *l. 2. ff. iudic. ſolui.* ſed perinde cœptam litem proſequi eum poſſe, ac ſi deportatio nulla interceſſiſſet. Ex vi ſcilicet, naturáque reſtitutionis, quæ omnia reintegrat in priſtinum ſtatum, quotieſcumque tam plena eſt, vt etiam bona cæteráque vniuerſa comprehendat. Propter quam cauſam, illa etiam in integrum reſtitutio, quæ non à Principe, vt hæc de qua agimus, ſed à Prætore, alióve Magiſtratu impetratur, nihil aliud eſſe dicitur, quàm reintegrandæ rei, vel cauſæ actio, vt Paulus definit *lib. 1. ſenten. tit. 7. De in integr. reſtit.* facit *l. 1. & 2. C. ſi aduerſ. tranſact.* Quò etiam alludunt Imperatores in *d. l. fruſtra 8. C. de ſent. paſſ.* in illis verbis: *Per huiuſmodi enim indulgentiæ occaſionem integrari dominium prius non placuit.*

Lis mortua.

Reſtitutio in integrum prætoria.

ILLATIO VIII.

De reſtitutione patriæ poteſtatis amiſſæ per deportationem.

OCtauò ex eodem Principio fit, quod Conſtantinus Imp. conſtituit in *l. vl. eo tit.* vt ſi patri deportato dignitas ac bona reſtituta ſint; hoc ipſo patria quoque poteſtas reſtituta intelligatur, etſi nulla illius ſpecialis mentio facta proponatur. Quæ fuit iam olim Papiniani ſententia, ab Vlpiano tamen & Paulo in notis quas ad Papinianum ſcripſerunt, vt idem Conſtant. refert, improbata. Nam cùm aliquando ex facto contigiſſet, vt patris ita reſtituti filius teſtamentum feciſſet, tanquam qui per patris deportationem ſemel à patria poteſtate liberatus, nec in eam poſtea reuerſus fuiſſet, putabant Vlpianus & Paulus valere teſtamentum vtpote à patrefamilias factum; Papinianus verò contra non valere, quaſi quod non ab alio quàm à filiofamilias factum dici poſſet.

Papiniani ab Vlpiano & Paulo diſſenſio.

Pro Vlpiano & Paulo illud faciebat, quòd reſtitutio dignitatis & bonorum nihil niſi dignitatem & bona redderet reſtituto, Patria verò poteſtas, neque dignitas, neque bonorum appellatione contineatur. Alioqui dicendum eſſet minorem dignitatem, aut minùs dignitatis habere patrem, poſteaquàm filium emancipauerit, quàm antea habuiſſet, quod falſum eſt. Itémque locupletiorem videri patrem qui filiumfamilias habet, quod tamen multominùs dici poteſt, cùm nec locupletior factus dicatur ille, qui libertum adquiſiit: *l. nemo prædo eſt* 126. §. 1. *De reg. iur. l. pretia rerum* 63. *in fin. ff. ad leg. falcid.* non alia vtique ratione quàm quòd tam filiusfamilias, quàm libertus liber ſit, homo autem liber in cuiuſquam bonis & dominio haberi non poſſit, at ne quidem in commercio eſſe: *l. quaſi id quod ff. de oblig. & act. l. liber homo* 103. *De verb. obligat.* Quàm autem bene accipiendum ſit beneficium reſtitutionis, ex eo apparet, quod in eam numquam veniunt bona, ſi non de iis quoque nominatim & ſpecialiter actum ſit, quod nec Papinianus ipſe negaret: Sicut nec dubitare quiſquam poſſet quin facta patriæ & dignitatis, non etiam bonorum reſtitutione, patria poteſtas reſtituta diceretur: *d. l. pater* 9. *C. de ſent. paſſ.* Cur ergo id magis repetita videbitur, quod bonorum quoque mentio facta ſit, cùm bonorum appellatione non contineatur? In eámque rem extat perelegans eiuſdem Papiniani reſponſum in *l. impuberi* 40. *ff. de admin. tutor.* vbi ait ille, nullum eſſe priuilegium militis in dando tutore, quia militum imperitiæ venia detur tunc tantùm, cùm de bonis ſuis teſtantur, tutela autem non ob militiæ præmium, inquit, ſed iure patriæ poteſtatis mandatur. Quibus verbis an non manifeſtiſſimè ſignificat patriam poteſtatem eſſe quid merè perſonale, quod bonis adnomerari nullo modo poſſit?

Sed tamen pro Papiniano illud valde facit, quòd non modò durum, ſed etiam abſurdum videatur, ei cui patria, cui ciuitas, cui dignitas, cui bona omnia reſtituta ſint, non reſtitui patriam in liberos ſuos poteſtatem, quam ſi non habeant, nullos iure ciuili filios habere videantur, cùm ius ciuile non alios, quàm qui filijfamilias ſint, pro filiis agnoſcat. Tantóque magis amplectenda eſt Papiniani hæc ſententia, quòd non tantùm patri fauorabilis eſt, ſed etiam filio, cuius quoque intereſt reuerti in patriam poteſtatem, & ſui hæredis iura, quæ per patris deportationem amiſerat, recuperare, vt *ſuprà* pluribus diſputauimus *hoc loco*, id eſt ad *tit. De patr. pot.*

Igitur Papiniani ſententiam quaſi benigniorem & fauorabiliorem amplectitur Conſtantinus, ſancitque vt filius ſit in poteſtate patris, cui dignitas ac bona reſtituta ſunt. Ita tamen, inquit lex, vt geſta per filium, cuius conſilia ætas legitima firmauerat, rata ſint, eodem in patriam poteſtatem redeunte, ne alioqui eorum reſciſſio efficiat, quod maximè abſurdum fuerit, vt eodem tempore nec in ſua, nec in patris ſui poteſtate filius fuiſſe videatur. Quæ exceptio ad ea confirmanda pertinet, quæ patris pœna durante filius in ciuitate geſſerit & perfecerit, Non etiam ad teſtamentum, ſi quod filius interim feciſſe proponatur. Quantumuis enim factum ſit eo tempore, quo filius erat ſui iuris, ſublata per deportationem patria poteſtate; non eo magis tamen fieri poteſt vt valeat, reuerſo quandocunque filio in poteſtatem, cùm mortis præcipuè tempus ſpectandum ſit, quo demum tempore teſtamenta omnia per legem confirmãtur; fieri autem nequeat vt filiusfamilias quiſquam decedat cum teſtamento. Neque verò diſputatum fuerat inter Iureconſultos de teſtamento, quod filius feciſſet ſui iuris conſtitutus, ſed, vt prima legis verba habent, quod feciſſet *patre remeante*, id eſt ſuis laribus & bonis omnibus iam reſtituto.

De teſtamento facto per filiumfamilias durante deportatione patris poſtea reſtituti.

At illud difficilius videtur, quam ætatem legitimam Conſtantinus intelligat, An incipientis pubertatis, an completi anni viceſimi quinti. Sequitur enim, *minores enim ætate*, & paullò pòſt, *omniáque minoris diſpendia ſuis ipſe damnis præſtet.* Quo *minoris* nomine certum eſt in legibus noſtris eum ſignificari, qui pubes quidem ſit, ſed tamen annum viceſimumquintum nondum compleuerit, vt in *tot. tit. De minor. & de in integr. reſtit. minor.* At in contrarium vt *minorem* pro *impubere* dixerit Conſtant. illud mouet, quod ſequentia oſtendunt tractari de eo minore, cui poſt patris deportationem datus fuerit tutor, qui porrò non niſi impuberi dari & ſolet & poteſt. Item quod non aliis quàm impuberibus iure prohibitum eſt, ne quicquam agere poſſint; cùm placeat puberes non ſolùm ſi curatorem nullum habeant, qui caſus moltò minùs dubitabilis eſt, ſed etiamſi habeant, ſine curatoribus ſuis rectè obligari: *l. puberes* 101. *De verb. obli.* vt putà nuptias contrahere, *l. ſciendum* 20. *ff. de rit. nupt.* accipere ſolutionem, *l. at prætor* 7 §. 1. *ff. de minor.* deferre iuſiurandum, *l. nam poſteaquàm* 9. §. *ſi minor. ff. de iureiur.* hæreditatem adire, *l. cùm in vna* 17. §. *tutor, ff. de appellat.* aditámque reſtituere, *l.* 1. §. *curatori, ff. ad SC. Trebell.* Denique etiam vendere, dum ne habeat curatorem: *l.* 3. *C. de in integr. reſtit. minor.* Ergo verius eſt *minorem* pro *impubere* dici à Conſtantino. Sicut è contrario, plerumque *pupillum* dicimus pro *adulto*, qui pupillus aliquando fuerit, vt *pupillam* pro *puella* eáque adulta dixit Iurec. in *d. l. ſciendum, ff. de rit. nupt.* De pupillæ ſiquidem nuptiis certum eſt tractari non poſſe quandiu in ea ætate eſt: *l. minorem* 4. *eod. tit.*

Minor ſine curatore ſuo multa facere poteſt.

Neque verendũ eſt, ne hæc noſtra interpretatio damno afficiat minorem, qui fortè in illa ætate

Digitized by Google

per inconſultam facilitatem & leuitatem in gerendis negotiis fuerit deceptus. Nihil enim aliud agimus cum Conſtantino, niſi vt ea, quæ minor in ciuitate geſſerit patre deportato, non reſcindantur ipſo iure, ſed illa duntaxat quæ nec ſi patrem nullum hic filius habuiſſet, ipſo tamen iure valere potuiſſent.

Cæterum non excludit ea res beneficium reſtitutionis, ſi fortè pater reuerſus, patriæque poteſtati reſtitutus, velit aduerſus ea quæ filius damnoſè geſſerit, impetrare ex edicto Prætoris reſtitutionem in integrum, quæ & ipſi filio competiſſet, ſi ſui iuris manſiſſet. Quidni enim idem auxilium competet patri, cuius iam incipit intereſſe, & de ipſius re agi, non de re filij, ex quo inſtanti recuperauit & bona ſua omnia, & patriam poteſtatem: *l. 3. §. Pomponius adijcit 9. l. patri pro filio 27. ff. de minor.*

l. 3. §. Pomponius adijcit 9. l. patri pro filio 27. ff. de mino.

Idque indubitatum eſt, ſi non de aliis bonis filius abſente ac deportato patre contraxiſſe proponatur, quàm quæ fuerant patris, & ad reuerſum patrem reuerti debeant: cùm in iis patre reuerſo nullum ſit ius filij, ſed totum patris; cui proinde non tam filij, quàm ſuo proprio nomine reſtitutionis auxilium contra minoris, & decepti filij factum ſupereſſe debet. Sed ſi filius de bonis aliunde ſibi quæſitis contraxiſſe proponatur, putà de bonis maternis, quorum iam tùm facti erant capaces filijfamilias ex alia eiuſdem Conſtantini conſtitutione, quæ extat in *l. 1. C. de bon. matern.* non poterit pater nomine proprio impetrare reſtitutionem, ſed nomine filij tantùm; at non ipſe filius patre conſentiente ſuámque autoritatem præſtante, quia ad ſolum patrem pertinet actiones & ſuſcipere & mouere, adhibito tamen filij conſenſu, niſi ille vel in prima ætate ſit, id eſt in infantia, vel longè abſit: vt ait Iuſtin. in *l. vltim. §. vbi autem in vnum, C. de bon. qua liber.*

Quòd ſi filius impubes aliquid contraxerit abſente & deportato patre, id vel ipſo iure nullum eſt, ſi factum ſit ſine tutoris autoritate; vel ipſo iure valet, ſi tutoris autoritas interuenerit. Peræquè tamen reſtitutionis auxilium patri competet ex cauſa læſionis, ſi filius læſus probetur: Nam & idem remedium exerceri poſſet à tutore nomine pupilli: *tot. tit. Cod. ſi tut. vel curat. interuen.* Cur non ergo & ab ipſo patre ſiue ſuo, ſiue filij ſui nomine, cùm ſit ille plus quàm tutor, qui eſt pater. Tutor enim non niſi vice patris eſt, vt pupilli & perſonam & patrimonium tueatur, & augeat; quod patris officium eſſe addit Conſtantinus in *dict. l. vltim.* vbi hanc ob cauſam conſtituit, vt ſi damnato patre tutor datus ſit filio impuberi, neceſſe ſit ab officio ſuo illum recedere, regreſſo patre; quem non ſolùm nomine redire, ſed etiam officium ſuum, inquit, nulla prauitate corruptum liberis præbere oporteat, vt eorum bona tueatur, & augeat. Nam ſi patria poteſtate ad corrumpendi atque effundendi patrimonij licentiam abutatur, non vult Conſtantinus committi pecuniam, ideſt bona filiorum tali patri tanquam furioſo, dementi, ac prodigo, libidinum omniũ vitiorúmque ſeruo; quin potiùs repellatur ab adminiſtratione, vt in ſpecie *l. Imperator 50. ff. ad SC. Trebell.* neque tutor eſſe deſinat is qui antea fuerat, ideſt, abſente & deportato manente iſto patre.

l. Imperator 50 ff. ad SC. Trebell.

In quo tamen mirum ſanè illud eſt, & à regula iuris omnino alienum, quòd hic filius in patris ſui quantumcuoque prodigi & furioſi poteſtate conſtitutus, tutorem nihilominùs habere poſſit, in cuius qunque ſit poteſtate. Ita namque fit, vt ſimul & eodem tempore ſit in poteſtate duorum, quod non magis fieri poteſt, quàm vt ex duorum patrum iuſtis nuptiis quæſitos videri poſſit, cùm ius poteſtatis in caput liberum, proficiſcatur ex iuſtis nuptiis: poteſtas autem tutoris, quæ non ex iuſtis nuptiis, ſed vel ex patris voluntate, vel ex Magiſtratus autoritate naſcitur, non niſi vicaria eſt patriæ poteſtatis, & ob eam cauſam cum ea concurrere nunquam poteſt. Qua ratione defendi meo iudicio non malè poſſit, Conſtantinum hoc in loco minùs propriè *Tutoris* nomen vſurpare pro *Adminiſtratore*, ne alioqui fatendum ſit tam abſurdam rem ab eo conſtitutam fuiſſe, vt qui in patris poteſtate eſt, nihilominùs habeat tutorem: Cùm ne quidem ei qui ſine patre eſt, ſi tamen iam habeat tutorem, alius tutor dari poſſit, ſed curator tantùm, ſi quid ſit ad quod iam dati tutoris autoritas ſufficere non poſſit, aut in alterius non idonei locum alius idoneus ſubſtitui: *l. 4. & tot. tit. C. in quib. cauſ. tutor. hab.* At ei qui patrem furioſum vel prodigum habet, quamuis non eo minùs in patris ſui poteſtate retineatur, nihil prohibet dari adminiſtratorem, quandoquidem longè differt ius poteſtatis à iure adminiſtrationis: *d. l. ſciendum 20. ff. de rit. nupt. d. l. vlt. verſ. ſin autem in ſecunda, C. de bon. quæ liber.* Sed & illud valde nouum & ſingulare eſt, quod *ibidem* Conſtantinus præcipit, vt pater qui poſt reſtitutionem à ſe impetratam contra pœnam deportationis, malè ac impiè filij ſui rem adminiſtrauit, omnia filij diſpendia ſuis ipſe damnis præſtare ſarciréque debeat. Non enim poteſt ius patriæ poteſtatis pati, vt pater quantumuis prodigus & diſſipator, patriſve bona filio pro adminiſtratione ſint obligata: *l. cùm oportet 6. §. non autem hypothecam, C. de bon. qua liber. d. l. Imperator 50. ad Treb.* Sed quamquam id à iuris ratione alienum eſt, potuit tamen Conſtantinus pro arbitrio lædere ac imminuere ius patriæ poteſtatis, quam ipſe liberaliter tum etiam cùm reſtituta verè non fuerit, pro reſtituta habet, & interpretatur. Cætera quæ in eadem conſtitutione ſequuntur, nullam habent difficultatem.

Tutoris nomen ſumptũ pro adminiſtratore.

ILLATIO IX.

De muliere damnata in metallum & reſtituta poſt filium editum quem priùs in eo ſtatu conceperat.

NOnò ex eodem Principio fit quod Paulus ſcribit in *l. vlt. ff. eod. tit. De ſent. paſſ.* in metallum damnatæ mulieri, quæ filium quem priùs conceperat in eo ſtatu edidit, ſi deinde à Principe reſtituta ſit, etiam cognationis iura reſtituta videri. Dubitandi enim ratio erat, quia non poteſt reſtitutio reddere quod numquam amiſſum fuerit; In propoſita verò ſpecie iura cognationis minimè amiſſa fuiſſe videantur per damnationem in metallum, cùm eo tempore nondum cœpiſſent: *l. Titio Vſusfructus 96. ff. de cond. & demonſt.* Siquidem cognationis iura, vt nomen ipſum demonſtrat, nonniſi à natiuitate incipiunt: *l. 1. §. 1. ff. vnd. cognat. l. 4. §. 1. ff. de gradib. & adfin.* Non potuerunt autem hic incipere à natiuitate filij, qui eo tempore natus eſt, quo mater iam pro mortua habebatur propter condemnationem, atque ita per ipſam

l. vlt. ff. de ſent. paſſ.

quoque

quoque rerum naturam erat incapax contrahendæ cognationis; Cùm ad conſtituenda cognationis iura, neceſſe ſit & eum qui cognatus ſit, & eum cui ſit, viuere vtrumque, vt relatio duobus extremis contineatur, ſine quibus nec intellectu percipi poteſt: *d. l. 1. §. ſi quis proximior, in fin. ff. vnd. cogn. l. Titius 6. ff. de ſuis & legit.* Sed tamen humanius eſt, vt Paulus ait, cognationis quoque iura huic mulieri reſtituta videri, ne quemadmodum *in præcedenti illatione* pro Papin. dicebamus, alioqui eueniat, vt mulieri, cui cætera omnia & pretioſiſſima & viliſſima quæque reſtituuntur, ſolus filius eripiatur.

Dicet aliquis, non eſſe neceſſe vt ad hanc humanitatis rationem confugiamus, cum ad cognationis iura conſtituenda, ſufficiat eum qui cognatus ſit, conceptum eſſe viuo eo cui cognatus fiat: *l. vel viuo 7. eod. tit. De ſuis & legit.* Reſpondeo id verè dici, quoties in ea re fauor vertatur eius, qui in vtero fuit, quoniam qui in vtero ſunt pro natis habentur, quoties de ipſorum commodis agitur, putà vt iure ſui hæredis, vel agnationis vel cognationis ſuccedere poſſint: *l. qui in vtero 7 l 26. ff. de ſtat. homin.* vel vt ingenui exiſtimentur: *l. 5. §. ingenui, l. Imperator 18 ff. de ſtat. hom.* Aliud enim eſſet ſi poſt damnationem in metallum conceptus quis proponeretur ex ea, quæ iam ſerua pœnæ facta eſſet; Nam & hic quoque ſeruus naſceretur: *l. generaliter 24. § damnata, ff. de fideic. libert.* At in propoſito non agimus de fauore filij qui damnationis tempore fuerat conceptus, ſed de fauore matris quæ poſt conceptionem damnata fuerat in metallum; Cuius vtique intuitu illud recipi non poteſt, vt filius priuſquàm natus fuerit, habendus ſit pro eo ac ſi natus fuiſſet.

l. vel viuo 7. ff. de ſuis & legit.

Replicabis fortaſſe, immò verò neceſſariam eſſe hanc fictionem, ne alioqui ex muliere iam mortua filius natus exiſtimetur. Sed reſpondeo nil eſſe neceſſe vt ob eam rem fictio inducatur, cùm nec per rerum naturam impoſſibile ſit, vt ex matre iam mortua filius producatur in lucem, vt in iis euenit qui ex cæſo matris vtero viui trahuntur, qui & ideò poſthumorum loco habentur: *l. poſthumus 6. in fin princ. ff. de inoffic. teſt. l. quod dicitur 12. ff. de liber. & poſt.* Sic & aliquando euenit, quod magis mirum eſt, vt filius ſine vllo patre natus eſſe intelligatur, vt in eleganti ſpecie *l. 1. C. de poſtlim.*

ILLATIO X.

De codicillis factis à deportato in inſulam, & poſtea reſtituto.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt ſi quis in inſulam deportatus codicillos ibi fecerit, & indulgentia Principis reſtitutus, iiſdem codicillis durantibus deceſſerit, poſſit defendi valere fideicommiſſum ſi in eadem voluntate durauerit: *l. 1. §. ſi quis planè, De legat. 3.* Nempe propter vim & poteſtatem reſtitutionis, innixo codicillorum iure, quod tale eſt vt nullas requirant illi iuris ſolennitates, ſed nuda contenti ſint voluntate illius, qui codicillos facit. Itaque aliud eſſet in teſtamento, ſi quod deportationis tempore factum proponeretur. Non enim conualeſceret per impetratam poſtea reſtitutionem, quia teſtamentum, non quælibet, nudaque, ſed iuſta & ſolennis eſt voluntatis noſtræ ſententia: *l. 1. ff. qui teſtam. fac. poſſ.* Inter

Differentia inter teſtamentum, & codicillos.

cæteras verò ſolennitates vna illa neceſſaria, eſt, vt ab eo factum ſit teſtamentum, qui vtroque tempore, & teſtamenti & mortis, habuerit factionem teſtamenti: *l. eius qui 8. eod. ill. tit.* Reſtitutio autem non poteſt facere, vt teſtator teſtamenti factionem habuerit eo tempore quo teſtamentum fecit, cùm eſſet tunc deportatus; quia ſicuti reſtitutio non facit quin deportatio reuera præceſſerit, quam è contrario præceſſiſſe ſupponit: *l. vlt. C. de gener. abolit.* ita nec facere poteſt quin verum ſemper ſit factum fuiſſe teſtamentum eo tempore, quo pœna deportationis durabat; & conſequenter quo teſtamenti factionem habere teſtator non poterat. Sicut & poſtliminij fictio, quæ plus poteſt quàm reſtitutio, quia tota meri iuris eſt, licet faciat vt ciuis captus ab hoſtibus, ſi in ciuitatem redierit, ſemper in ciuitate fuiſſe nec vnquam ab hoſtibus captus fuiſſe retrofingatur, facere tamen non poteſt vt conualeſcat teſtamentum quod factum fuerat apud hoſtes; vt eleganter & apertè ſcriptum eſt in *d. l. eius qui*: Nimirum quoniam retrofictio illa, hoc ipſo quod contingit inſtans reditus cum inſtanti captiuitatis, facit potiùs vt teſtamentum quod apud hoſtes factum reuera fuit, numquam factum fuiſſe videri debeat, tanquam ſcilicet factum eo tempore quod numquam fuerit, aut vt dicam veriùs, cuius memoria per hanc poſtliminij fictionem penitus deleatur.

PRINCIPIVM IV.

De Relegatis.

RElegati ſicut ciuitatem retinent, ita & cum ciuitate patriam poteſtatem. Et è contrario ſi patris in ciuitate manentis liberi relegati ſint, remanent in parentum ſuorum poteſtate: *§. relegati, hoc tit. l. relegati 4. ff. de interd. & releg.* vbi Marcianus ſcribit, relegatos in inſulam in poteſtate ſua liberos retinere: quia, inquit, & alia iura ſua omnia retinent. Tantùm enim eis inſula egredi non licet. Immò quod magis eſt, bona quoque ſua retinent, quæ tamen nihil prohiberet amitti retenta ciuitate, vt olim amittebantur ante Traiani reſcriptum, quod extat in hæc verba: *Scio relegatorum bona, auaritia ſuperiorum temporum fiſco vindicata: Sed aliud clementia mea conuenit, qui inter cætera, quibus innocentiam retinui meorum temporum* (ſic enim locum illum emendo qui aliter conſtrui non poteſt) *hoc quoque remiſi exemplum.* Quibus verbis videtur Imperator optimus luſiſſe in antitheſi quæ eſt in verbis illis, *retinui, remiſi.* Non enim potuit meliùs retinere ſuorum temporum innocentiam, quàm ea remittendo quæ priorum Imperatorum auaritia, malo exemplo in rempublicam inuexerat. Hoc tamen reſcriptum ita accipiendum eſt, vt hodie relegationis pœnam non concomitetur neceſſariò, quomodo olim, pœna publicationis, & ademptionis bonorum; non etiam ita, vti ne poſſint hodie quoque adimi bona relegato, ſi delicti grauitas ita exigere videatur. Poſſunt enim adimi ſaltem pro parte, quomodo accipiendum eſt quod ſcriptum legimus in *l. deportatorum 8. C. de pœn.* Eorum ſcilicet qui non ad tempus, ſed in perpetuum relegati ſunt, vt Marcianus tradit in *d. l. 4.* Nam cùm & ad tempus, &

l. 1. eod. tit. emendata.

in perpetuum relegari quis poſſit, illud quidem vtrique relegationi commune eſt, quod relegatus perinde ciuitatem Romanam retinet, & teſtamenti factionem non amittit: ſed tamen differentia illa eſt; quòd in perpetuum relegatis pars bonorum adimi poteſt, non etiam iis qui ad tempus: *l. relegatorum 7. §. ſiue ad tempus, & ſeq. eod. tit.* vbi ſcribit Vlpianus, reprehenſas fuiſſe ſententias eorum, qui ad tempus relegatis partem quoque bonorum ademerunt; ſic tamen inquit, vt non ideo infirmarentur ſententiæ, quæ ita eſſent prolatæ. Quippe quæ non apertè & directò contra leges, reſcriptave Principum latæ dici poſſent, vt in *l. ſi expreſſim 19. ff. de appell. l. 1. §. item cum contra, ff. quæ ſent. ſin. appell. reſcind.* Non enim reſcripta Imperatorum ſic concepta ſunt, vt prohibeant adimi partem bonorum ei, qui non niſi ad tempus relegatus ſit; ſed ſic tantùm vt oſtendant, relegatis iſtis partem bonorum adimi non debere; quo verbo non illud etiam ſignificatur adimi non poſſe. Aliud enim eſt ſi quis dicat *non poſſe*, quod Imperatores non dixerunt; Aliud verò *non debere*. Ideò autem Marcianus in *d. l. 4.* loquitur de relegatis in inſulam, non quòd alia non ſint genera relegatorum, ſed quia omnium peſſima conditio eſt eorum, qui in inſulam relegantur.

Relegatorum varia ſpecies.

Cæterum ſunt etiam qui relegantur ſimpliciter, id eſt ita vt prouinciis interdicatur eis, non etiam inſula adſignetur; vt Vlp. tractat in *d. l. relegatorum.* Et hæc vna differentia ex iis eſt quæ ſunt inter deportationem & relegationem Nam deportatio non aliter quàm in inſulam fieri poteſt. Quanquam illo etiam caſu, quo in inſulam relegatio fit, multum differt à deportatione; quia deportatio ſemper adimit ciuitatem, vt diximus *Princip. t. ſupr. eod.* Ob idque ius deportandi in inſulam ne quidem Præſidibus prouinciæ datum eſt, quamuis Præfecto vrbi detur: *l. inter pœnas 6. in princip & §. 1. eod.* At in inſulam relegare Præſides prouinciæ poſſunt, Sic tamen, vt ſi quidem inſulam ſub ſe habeant, id eſt pertinentem ad formam eius prouinciæ quam adminiſtrant, eam ſpecialiter inſulam adſignare poſſint, inque eam relegare. Si verò non habeant, pronuntient quidem in inſulam ſe relegare, ſed ſcribant Imperatori vt ipſe inſulam adſignet. Cæterùm non poſſunt damnare in eam inſulam, quam non habent in ea prouincia cui præſunt. Interim quoad Imperator inſulam adſignet, militi tradendus eſt is qui relegatus fuit vt idem Vlp. ſcribit in *d. l. relegatorum, §. 1.*

Differentia vna inter deportationem & relegationem.

In quo tamen ſolet mirum videri, nec abs te, cur Præſides prouinciarum non habuerint ius deportandi, & eo modo ciuitatem adimendi, cùm habuerint ius gladij, quod longè maius fuit; & generaliter conſtet ex omnibus cauſis, de quibus vel Præfectus vrbi, vel Præfectus prætorio, itémque Conſules & Prætores, cæteríque Romæ Magiſtratus cognoſcunt, Rectorum & Præſidum Prouinciæ notionem eam eſſe; proptereà quòd is qui prouinciæ præeſt, omnium Romæ Magiſtratuum vice & officio fungi debeat, tanquam qui in ea prouincia imperium habeat maius omnibus poſt Principem: *l. 4. l. ex omnibus 10. cum duabus ſeq. ff. de offic. præſid.* iunct. *l. 1. De offic. præf. vrb. l. 3. ff. de iuriſdict.* Atqui Præfectus vrbi ſine dubio habuit ius deportandi, etiam inconſulto Principe; *l. 2. §. 1. ff. de pœn. dict. l. 6. §. 1. De interd. & relegat.* Cur non

Cur Præſides prouinciarum non habuerint ius deportandi.

ergo & Præſes? Maximè cùm habuerit ius in metallum damnandi, atque ita non ciuitatem duntaxat, ſed etiam libertatem adimendi? *l. in metallum 22. ff. de pœn.* An non debuit cui licebat quod plus erat, etiam quod minus eſſet licere? ex *reg. l. non debuit cui plus 21. De regul. iur.*

Reſpondendum arbitror, ſiue quæratur, cur Præſes prouinciæ ius deportandi non habuerit, ſiue cur Præfectus vrbi habuerit? non aliam rationem reddi poſſe, quàm quòd Præſidibus datum non fuerit, Præfectis verò ſpecialiter fuerit datum. Sic enim iſta iuris poſitiui, vt vocant, & conſtituti, quæ vix aliam vllam rationem quàm Principis voluntatem habere poſſunt, & ad quæ demum ſoleo referre quod ſcriptum eſt in *l. non omnium 20. ff. de legib.* Non omnium quæ à Maioribus conſtituta ſunt rationem reddi poſſe. Idque indicant ſupradicti iuris loci, in quibus vt & in *l. 1. §. deportatos, & ſequ. De legat. 3.* ſcriptum eſt, Non ius deportandi Præſidibus non competere, ſed *datum non eſſe*: vt intelligamus non aliis competere quam quibus fuerit datum. Nam & ſic videmus Conſules, quorum præcipua Romæ fuit autoritas, ius relegandi non habuiſſe, quod habuerunt Præſides prouinciarum: *l. relegatus eſt 14. §. penultim. ff. de interd. & releg.* Non alia vtique ratione quàm quia ius illud Conſulibus datum non fuit in Vrbe, quod Præſidibus datum eſt in prouinciis. Idémque in Cæſaris Procuratoribus tractari poteſt, quos conſtat relegandi ius non habuiſſe, niſi Præſidum vice fungerentur: *l. 2. C. de pœn.*

Si quis tamen pergat quærere, cur Præſidibus non fuerit datum, etſi non ſemper puto valde laborandum in quærendis rationibus eorum, quæ non à Prudentibus, ſed ab Impp. conſtituta ſunt: Probabiliter tamen dici poſſe exiſtimo, noluiſſe Imperatores eam Præſidibus poteſtatem dare, propterea quod Præſides non populi ſed Cæſaris magiſtratus eſſent, in quo à Proconſulibus differebant. Diuiſis enim per Cæſarem Auguſtum prouinciis inter ſe & populum, ne alioqui nimis imperioſè agere videretur, ſi omnia quæcumque ſub populi Romani ditione antea fuerant, ſibi vindicaret. Qui in eas quæ populo obtigerant, mittebantur, Proconſules dicebantur, ſumpto nomine à Conſulibus, qui Populi Romani magiſtratus præcipui in vrbe erant. Qui vero in eas quas Cæſar ſortitus fuiſſet, Præſides appellabantur, ex eo quod prouinciæ præeſſent, ſicut & Cæſar Romæ. Hinc diuerſitas illa titulorum in Pandectis *De offic. Proconſ. & Legat. & De offic. Præſid.* Quamuis etymologia nominis Præſidis, oſtendat nomen *Præſidis* eſſe generale, vt ad Proconſules quoque pertineat, ſicut & ad cæteros omnes qui præſunt: cum Proconſules quoque prouinciis ſuis præſint. Inde verò factum dici poteſt, vt noluerint Cæſares Præſidibus, qui eorum quodammodo Legati erant, *l. 1. ff. de offic. præſid.* hanc de qua tractamus deportandi poteſtatem dare, ne Romanæ ciuitatis dignitatem, quæ per deportationem adimitur, & qua nihil eſt pretioſius, nimis contemnere videretur, ſi eam per factum Præſidis adimi poſſe permitteret, niſi iis caſibus, quibus libertas quoque per condemnationem ſiue cum vita, ſiue abſque vita eſſet adimenda: Quaſi grauius eſſet Ciui Romano, qui & viuus & liber

l. 1. ff. de offic. Præſid.

Digitized by Google

ber remaneret, adimi ciuitatem, quam ei qui ſimul cum ciuitate & libertatem amitteret, & vitam. Exemplo eius quod ſcriptum legimus in *l.vlt.C.de patr. pot.* licuiſſe olim patribus adimere liberis vitam, ſed non libertatem ſine vita: quanto minùs enim ciuitatem ſine libertate?

Alia differentia inter deportationem & relegationem.

Eſt etiam illa inter deportationem & relegationem differentia, quod deportatio nulla ad tempus eſt, quia ciuitas ſicut ad tempus dari nun poteſt, ita neque adimi. Relegatio verò non minùs ad tempus quàm in perpetuum fieri poteſt, quia relegatus integrum ſtatum ſuum retinet: *d. l. relegatorum 7.§.hac eſt differentia.l.relegatus integrum* 18. *ff. de interd & releg.* Illud tamen mirari fortaſſe quis poſſit cur non dicatur amittere ciuitatem is qui relegatur, cùm ſi in perpetuum relegatus ſit, prohibeatur hoc ipſo vnquam eſſe in ciuitate, non ſolùm ſi ſpecialiter ei Roma interdictum ſit, vt in *l relegatus eſt is* 14.*eod.titul.* ſed etſi nihil de eo in ſententia comprehenſum fuerit: *l.vltim. eodem.* vbi Calliſtratus ſcribit Relegatum non poſſe Romæ morari, licet hoc ſententia non ſit comprehenſum: quia, inquit, Roma omnium patria eſt; quamuis non è contrario ei, cui patria ſua interdictum eſt, etiam vrbe interdictum videri poſſit, ne in minori condemnatione maior contineatur, *dict. l.relegatorum 7.§.conſtitutum* Nec eo minùs tamen verum eſt, ſi cui non patria ſua ſed aliqua ciuitate interdictum ſit, multo magis eum patria itémque vrbe interdictum videri. Plus dicit Calliſtr. Neque in ciuitate, in qua Princeps eſt, vel per quam Princeps tranſit, morari poſſe relegatum, quoniam eis duntaxat Principem intueri licet, qui Romam ingredi poſſunt, id eſt qui patriam ipſam poſſunt intueri, cum ſit Princeps pater patriæ; tametſi placeat relegatum Principi libellum dare: *dict. l. relegatorum 7.§ relegatum,* ſcilicet per procuratorem. Idque adeò verum eſt, vt nec manumiſſus à relegato Romam accedere poſſit, ne liceat ei quod patrono eius non licet, inquit Paulus in *l. manumiſſus* 13. *eodem*, quamuis à relegato manumiſſus, non idcirco videri poſſit relegatus. Sed facilis reſponſio eſt, ciuitatem iuris nomen eſſe, habitationem verò facti, ob idque nihil impedire quominus is etiam qui in ciuitate habitare, aut ad eam accedere non poteſt, ciuitatis nihilominùs iura omnia retineat, quale illud eſt, vt teſtamenti factionem vtramque tam actiuam quàm paſſiuam, patriam poteſtatem, dominium rerum ſuarum, cæteráque huiuſmodi omnia retineat. Cùm verò non aliam ob cauſam prohibeatur is, qui relegatus eſt, Romam accedere, tametſi nihil de eo in ſententia expreſſum ſit, quàm quod Roma communis patria ſit, vt diximus, intelligimus relegatum ab ea prouincia in qua domicilium habuit, multò magis prohibendum eſſe, ne morari poſſit in ea prouincia ex qua oriundus eſt, licet ad Magiſtratus relegantis curam & iuriſdictionem prouincia illa non pertineat. Sed hoc non tam vi condemnationis, quàm ex reſcripto Diuorum Seueri & Antonini, quod Vlpianus refert in *d. l. relegatorum, §.intercedere.de interd.& releg.* Ante quod reſcriptum, cùm ex alio Diuorum fratrum reſcripto non alia prouincia interdicere quis poſſet quàm cui præeſſet, eueniebat vt qui relegatus eſſet ab ea prouincia in qua domicilium habebat, morari apud ſuam originem poſſet ſi aliunde oriundus eſſet.

Anton.Fabr.Iuriſp. Papin. Scient.

Quod tam abſurdum eſſe viſum fuit vt quamuis reſcriptum Seueri & Antonini, per quod huic incommodo proſpectum eſt, non niſi de iis locutum ſit qui domicilium habeant in prouincia illius Præſidis à quo fuerint relegati, tamen iuſta interpretatione placuerit ad reſcripti autoritatem eos quoque pertinere, qui cùm incolæ non eſſent, id eſt in ea prouincia in qua condemnati ſunt domicilium non haberent, in ea tamen quid admiſiſſe probarentur. Nam cùm delicti quoque ratione forum quis ſortiatur, *Auth. qua in prouincia, C.vbi de crimine agi oport.* quid intereſt an in ea prouincia domicilium habeat nécne; is qui ibi deliquit?

Sed & cùm dubitaretur an interdicere quis alicui poſſet prouincia ex qua oriundus ille eſt, cùm ipſe ei prouinciæ præſit quam delinquens incolit, dum non interdicit ſua, id eſt ea cui ipſe præeſt, vt ſolent, inquit lex, Italia interdicere, qui propria, id eſt vt paulo antè ſcriptum fuit, ſua prouincia non interdicunt (malo enim ſic legere quàm quomodo legitur vulgo *patria*, pro *propria*, nullo hic penitus ſenſu) vel an per conſequentias videatur ea quoque prouincia cui præeſt interdixiſſe: Poſtremum hoc magis probandum eſſe placuit *d l.relegatorum, §.dubitatum eſt, ff.de interdict.* Vbi tamen ſubiungit Vlpianus, non ſimiliter è contrario illum qui originis prouinciæ præeſt, non eſſe nactum ius interdicendi ea quoque prouincia, quam incolit is qui relegatur. Ita fit, vt relegatus ille tribus prouinciis præter Italiá debeat abſtinere: Et in qua deliquit, & quam incolit, & orginis. Et ſi talis ſit qui ex diuerſis prouinciis oriri videatur, propter conditionem vel ſuam, vel parentum, vel patronorum (interdum enim plures originis loci eſſe poſſunt ex his cauſis, cùm filius vbicumque natus patris originem ſequatur, & originem patroni libertus, *l.adſumptio 6.§.filius, & §.vl.cum l ſeq.ff.ad mun.*) conſequenter dicendum erit pluribus quam tribus prouinciis interdictum ei eſſe: *§.ſi quis eam, d.l.relegatorum 7.De int.& releg* vbi manifeſtum eſt, verba illa, *patronorum vel pluribue.* inuerſa eſſe; legendúmque *vel patronorum: pluribus* &c. Subinde tamen monet Vlpianus quibuſdam Præſidibus indultum eſſe vt multis prouinciis interdicere poſſint, id eſt iis etiam quibus non præſunt, quamuis neque originis neque incolatus neque delicti prouinciæ ſint. Sic enim accipiendum neceſſariò eſt, quod ſequitur in *§.quibuſdam*, vt in aliquo differant hi Præſides, quibus tale priuilegium indultum eſt à cæteris, quos diximus iure communi pluribus etiam prouinciis interdicendi ius habere. Sunt autem qui dubitent an alia olim fuerit pœna exilij, alia relegationis, quod non puto. Nam quod ſcriptum eſt in *l. exilium 5. ff.hoc tit. De interd. & releg.* exilium triplex eſſe, aut certorum locorum interdictionem ad latam fugam, id eſt omnium locorum præter certum locum; aut vinculum inſulæ, id eſt relegationem in inſulam, conſtat ad relegationem ex omni parte pertinere. Solet enim relegatis quibuſdam interdici ne intra patriæ territorium, vel intra muros morentur, aut ne excedant patriam, vel vt in quibuſdam locis morentur, aut non morentur: *dict.l. releg. §. ſolet præterea ff. de interdict.*

Originis loci plures eſſe poſſunt.

Eodémque pertinet quod Marcianus ſcribit in *l.4 ff de pœn.* tam relegatos, quàm in inſulam deportatos, debere locis interdictis abſtinere,

eo hoc iure nos vti, vt relegatus interdictis locis omnino excedat. Alioquin in tempus relegato, inquit, perpetuum exilium, i. vt ſequentia explicant, in perpetuum relegatio: at in perpetuum relegato, inſulæ relegationis quæ vt ſuprà diximus omnjum peſſima relegatio eſt; in inſulam relegato, deportationis; in inſulam deportato, pœna capitis irrogatur. Et hæc ita ſubiicit, ſiue quis non exceſſerit in exilium intra tempus quod debuit, ſiue etiam alias exilio non obtemperauit. Nam contumacia eius cumulat pœnam. Adiicit neminem poſſe dare commeatum remeatúmve exuli, niſi Imperatorem ex aliqua cauſa: quibus verbis an non apertum eſt, relegationem exilium diei, & exulem relegatum? Miror tamen non fuiſſe obſeruatum mendum, quod ſubeſt in illis primis legis verbis, *& hoc iure vtimur, vt relegatus interdictis locis non excedat.* Pugnat enim id cum eo quod immediatè præcedit, relegatum ſicut & deportatum locis omnibus interdictis abſtinere debere. Itémque cum eo quod ſequitur, *ſiue quis non exceſſerit.* Rurſum cum eo quod idem Marcianus tradit in *l. à ſua ciuitate* 12. *ff. de interd. & rele.* à ſua ciuitate relegatum ſi non excedat, ad tempus à prouincia relegari. Ex quibus locis apparet non poſſe diei quod quidam tentant pro *excedat* legendum *accedat*, præter id quod non ſatis latinè dicimus *accedere loco*, ſed *ad locum.* Tollenda igitur negatio eſt, & pro *non*, legendum *oīo*, quibus literis tribus dictio *omnino* ſignificatur, licèt tam contractè, vt facilè potuerit in negationem, quæ totidem litararum ſit, degenerare.

l. à ſua ciuitate 12 ff. de interd. & releg.

ILLATIO I.

De teſtamenti factione actiua & paſſiua in perſona relegati.

EX hoc Principio illud primùm ſit, vt relegatus etiamſi in perpetuum & in inſulam relegatus ſit, non ideò tamen amittat teſtamenti factionem: *l. eius qui* 8 §. *ſed relegati. ff. qui teſta. fac. poſſ.* Nempe quia non amittit ciuitatem, nec conſequenter ciuitatis iura, inter quæ non minimum illud eſt, vt quis teſtamenti factionem habeat & actiuam & paſſiuam. Propter quam cauſam, dicitur teſtamenti factio eſſe iuris publici: *l. 3. eod. tit.*

ILLATIO II.

De ſtatuis & imaginibus in honorem relegati permittendis.

SEcundò ex eodem Principio ſit vt relegatus ſtatuis & imaginibus honorari non prohibeatur: *l. relegatus* 17. *ff. interd. & relega.* Exceptis tamen his qui relegati ſunt ex cauſa maieſtatis, quorum ſtatuas etiam antea poſitas detrahendas eſſe conſtat: *l. eorum* 24. *ff. de pœn.* Etſi difficile eſt, vt crimen læſæ maieſtatis pœna relegationis contentum eſſe poſſit.

Denique ad hoc Principium referenda ſunt omnia, quæcunque in iure noſtro ſcripta ſunt fauore relegatorum. Nullus enim fauor eorum eſſe poteſt, niſi quia non amittunt ciuitatem. Hodie *bannitos* appellamus.

PRINCIPIVM V.

De ſeruo pœnæ.

S*Eruus pœnæ effectus, ſicut amittit non modò ciuitatem, ſed etiam libertatem, ita deſinit liberos ſuos habere in poteſtate, §. pœnæ ſeruus, hoc titu.* vbi exempla ponuntur de illo qui ad beſtias, aut in metallum damnatus ſit. Vtrumque enim conſtat ſeruum pœnæ fieri ex quo inſtanti damnatus eſt: *l. quod ad ſtatum* 12. *l. qui vltimo* 29 *ff. de pœn. l. intercidit* 59. *ff. de condit. & demonſtr. l. ex facto* 17. §. *ſi quis rogatus* 2. *ff. ad SC. Trebell.* quibus locis non illud tantùm ſcriptum eſt amittere iſtos & ciuitatem & libertatem, quod etiis docet nomen ipſum quo donantur, cùm ſerui pœnæ dicuntur, ſed etiam pro mortuis haberi: Non iure aliquo ſpeciali, ſed eo iure communi quo ſeruitus morti adſimilatur, vt ſcriptum eſt in *d. l. intercidit, in fin. l. cùm hic ſtatus* 32. §. *ſi donator, ff. de donat. int. vir. & vxor. l. ſeruitutem* 209. *De reg. iur.* Serui enim caput nullum in ciuitate habent, ſicut nec mortui: *l. 3. §. vlt. ff. de capit. minut* ob idque in toto iure noſtro pro nullis habentur: *l. quod attinet* 32. *De reg. iur.* id eſt neque iure ciuili, neque iure prætorio, neque extra ordinem computantur, vt loquitur Marcianus in *l. nullomodo* 7. *ff. ad leg. Cornel. de falſ.*

ILLATIO I.

De legato conditionali relicto ei, qui interim deſiit eſſe in ciuitate.

EX hoc Principio illud primùm ſit quod, ſcriptum eſt in *d. l. intercidit*, Si is cui legatum fuerat ſub conditione, deſierit interim eſſe in ciuitate, multum intereſſe an ideo deſierit in ciuitate eſſe quod fuerit deportatus; an ideò quod in eum alia talis pœna ſtatuta ſit, quæ irroget ſeruitutem. Priore caſu negat Vlpianus extingui legatum, quia in ciuitatem aliquando reſtitui deportatus poteſt, cùm adhuc viuat, nec abſolutè & ſimpliciter pro mortuo habeatur, ſed tantùm ſecundum quid, hoc eſt in quibuſdam cauſis, vt ſcripſimus *ad Princ. 3. illat. 1. ſupr. eod.* Poſteriore verò caſu placet legatum extingui, Non quod non perinde in ciuitatem reſtitui poſſit qui ad beſtias, aut in metallum damnatus, atque is qui deportatus eſt; *l. 1. C. de ſentent. paſſ. & reſtit. l. vlt. ff. eod.* ſed quia cùm ex die ſententiæ habeatur pro mortuo, nulla huius ſpei ratio haberi poteſt, tanquam deficiente ſubiecto cui adhærere poſſit.

Differentia inter deportatum, & factum ſeruum pœnæ.

ILLATIO II.

De eligendi facultate conſeruanda etiam deportato.

SEcundò ex eodem Principio ſit, quod idem Vlpianus poſt Papinianum ſcribit in *dicta leg. ex facto* 17. §. *ſi quis rogatus* 2. *ff. ad SC. Trebell.* Si quis rogatus fuerit filiis ſuis, vel cui ex his voluerit reſtituere hæreditatem, & is deportatus fuerit, non eo minùs ſaluam illi eſſe facultatem eligendi, cui liberorum poſt mortem

Digitized by Google

mortem ſuam fideicommiſſum reſtitui velit, quod & ſcriptum eſt in *l. cum pater 77. §. hæreditatem filius 4 De legat. 2.* Sed ſi ſeruus pœnæ fuerit conſtitutus nullo ante concepto filio, iam parēte illum conditioni non poſſe, viderique ſine liberis deceſſiſſe, & ob id nec eligendi facultatem ei dari oportere. Quamquam de tota illius loci ſententia & interpretatione ſi quid nos ſentiamus ſcire quis volet, videnda ſunt, quæ ſcripſimus *lib. 7. Comment. cap. vlt.*

ILLATIO III.

De donatione facta inter coniuges, quorum alter poſtea ſeruus pœnæ effectus ſit.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt ſi inter coniuges facta donatio ſit, cuius proprium ius illud eſt, vt donatoris morte confirmetur, & alteruter ſeruus pœnæ effectus fuerit, non tam impleatur, quàm perimatur donatio, ſi iuris veteris ratio inſpiciatur: *dicta leg. cùm hic ſtatus 32. §. ſi donator 6. ff. de donat. int. vir. & vxor.* vbi dubitandi cauſa illa erat, quod vt ea lex ait, ſeruitus morti comparetur; morte autem donatoris donatio non extingueretur, ſed è contrario impleretur & confirmaretur. Sed decidendi ratio eſt, quia caſus hic ſeruitutis licèt morti comparetur, tamen reuera mortem præoccupat, vt loquitur Caius in *d. l. qui vltimo 29. De pœn.* atque ideo extinguit donationem priuſquam morte confirmari poſſit. Superueniente verò morte naturali, non niſi ſera poteſt eſſe confirmatio donationis, quæ medio tempore iam irrita facta ſit. Hoc tamen fauore matrimonij correctum eſt à Conſtantino, in *l. res vxoris 24. C. de donat. int. vir. & vxor.* vbi conſtituit, vt damnato marito, & ſiue ex pœna mortuo, ſiue in ſeruilem conditionem ex pœnæ qualitate deducto, ſalua nihilominus & illibata maneat donatio, ne alieni criminis infortunio vxor adſtringatur: ad quam conſtitutionem, cùm ius nouum faciat, proculdubio reſpexit, ſiue Tribonianus, ſiue interpres quiſquis ille fuit, qui apud Vlp. in *d. §. ſi donator*, adiecit dictionem, *priuati*: Nec enim dubito quin Vlpianus eo loco ſimpliciter & generaliter ſcripſerit *ſi donator ſeruus fuerit effectus*, cùm ante hanc Conſtantini legem nihil penitus intereſſet, an priuati, an pœnæ ſeruus donator factus proponeretur.

l. res vxoris 24. C. de don. int. vir. & vxor.

ILLATIO IV.

De legato extra cauſam alimentorum relicto ei, qui in metallum damnatus fuit.

QVartò ex eodem Principio fit, vt ſi in metallum damnato aliquid extra cauſam alimentorum relictum fuerit, pro non ſcripto ſit, nec ad fiſcum pertineat. Nam pœnæ ſeruus eſt, non Cæſaris, inquit Marcian. in *l. 3 ff. de his quæ pro non ſcript. hab.* Senſus eſt, non poſſe fieri, vt pro non ſcripto haberi non debeat quod huic ſeruo relictum eſt, extra cauſam alimentorum; Siquidem, neque ipſe capax eſt ex propria perſona, cùm ſit ſeruus: neque ex perſona domini, cùm neque Cæſarem, neque fiſcum dominum habeat, ſed pœnam, quæ nec perſonam vllam habet, nec poteſt eſſe capax, quæ ipſa damnatum facit incapacem, vel ex vulgari illo Philoſophorum brocardico, *Propter quod vnum quodque tale eſt, & illud eſſe magis tale.* Excipitur tamen cauſa alimentorum; quoniam ſicuti verum eſt, eum qui in metallum damnatus eſt, licèt pro mortuo habeatur; reuera tamen adhuc viuum eſſe; ita & fatendum eſt alimentis eum indigere, & conſequenter non minus capacem eſſe percipiendorum alimentorum, quàm ſi damnatus non eſſet: *l. ſi cui annui 11. ff. de alim. & cibar. legat.* vbi quamuis loquatur Paulus de alimentorum legatario, qui in metallum damnatus primùm, poſtea indulgentia Principis fuerit reſtitutus, cùm tamen ſcribit & præcedentium annorum alimenta rectè eum cepiſſe, & ſequentium deberi ei; non tam ad vim & effectum reſtitutionis reſpicit, quàm ad id quod huiuſmodi legatum in facto magis quàm in iure conſiſtit; vt ratiocinatur Modeſtinus in *l. pen. ff. de capit. minut.* vbi hac ratione concludit huiuſmodi legata per capitis diminutionem non perire. Non ſolùm autem qui ad beſtias, aut in metallum damnantur, ſerui fiunt; ſed & qui in miniſterium metallicorum: *l. in metallum 36. ff. de pœn.* vbi monet Hermogenianus, non ſolùm ſeruos iſtos effici, ſed etiam ſeruos pœnæ. Nec enim poſſunt eſſe ſerui metallicorum, quin ipſi pœnæ ſerui ſint.

ILLATIO V.

De ſupplicio metalli.

QVinto ex eodem Principio fit, vt metalli ſupplicium tam ad perſonas liberas, quam etiam ad ſeruiles pertineat conditiones: *l. metalli 11. C. de pœn.* Nam non ſolùm qui liber eſt ex libero ſeruus fieri poteſt, ſed & qui iam ſeruus eſt priuati alicuius, ſeruus pœnæ fieri poteſt, cum ita fiat durior ipſius conditio, tanquam qui dominam eam habiturus ſit à qua manumitti nunquam poſſit. Alia ratio eſt pœnæ perpetuorum vinculorum. Hæc enim ſolis ſeruis, non etiam liberis hominibus irrogatur: *l. incredibile 6.* iunct. *l. ſeruus 10. eod.* Idque eſt quod mandatis Principum caueri refert Calliſtratus in *l. mandatis 35. ff. eo.* ne quis perpetuis vinculis damnetur. Carcer enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet, inquit Vlp. in *l. aut damnum 8. § ſolent præſides, e. t.* E contrario, ſeruus in perpetuum opus damnari non poteſt, id eſt in opus publicum, ſiue perpetuum, ſiue temporarium; ſed liberorum duntaxat hominum pœna illa eſt: *l. ſeruus 34. eod.* Nempe quia per hanc pœnam nemo ſeruus fit, cùm ciuitatem duntaxat adimat, non etiam libertatem. Nam qui in opus publicum etiam perpetuum damnati ſunt, ſimiles ſunt iis qui in inſulam deportantur, vt ait *l. 1. C. eod.* qui autem deportantur, non amittunt libertatem, vt diximus *ad Princip. 3.* Abſurdum porrò eſſet eam pœnam ſeruo irrogari, quæ ipſius conditionem non faceret deteriorem. Planè nec liberi omnes in opus publicum damnari poſſunt, ſed viliores duntaxat, non etiam Decuriones, *l. 3. & 4. C. de pœ.* multò minus cæteri, qui Decurionibus ſunt digniores: facit *l. ſi matrem 9. l. decurionum 12. eod.* vbi de filiis Decurionum idipſum ſcriptum eſt.

Alia pœna metalli, alia perpetuorum vinculorum.

Hodie nullos eſſe ſeruos pœnæ.

OBſeruandum tamen eſt, hodie ſeruos pœnæ nullos eſſe, non quod ſublatæ ſint pœnæ illæ damnationis in metallum, & aliæ huiuſmodi, per quas olim ſeruus pœnæ quis efficiebatur; ſed quia placuit Iuſtiniano, *Nouell. 22. De nupt. cap.* 8. vnde ſumpta eſt *Auth. ſed hodie, C. de donat. int. vir & vxor.* vt nemo qui à principio bene natus ſit, id eſt in ſtatu ingenuitatis; poſtea ex ſupplicio fiat ſeruus; adeò vt nec matrimonium ex ea cauſa diſſoluatur. Sed & ante eam Iuſtiniani conſtitutionem, iam conſtituerat Imp. Conſtantinus in *l. ſi quis in metallum 17. C. de pœn.* vt ſi quis damnatus eſſet in metallum, nihil in eius facie ſcriberetur, quomodo ſcribi olim ſolebat: Ne, inquit, facies quæ ad ſimilitudinem pulchritudinis cæleſtis figurata eſt, maculetur. Quæ duæ conſtitutiones ſunt, quibus potiſſimum fuit immutatum ius, quod olim obtinebat circa pœnam damnationis in metallum. Hodie tamen pœna illa in vſu eſſe deſiit, in eiuſque locum videtur ea pœna ſucceſſiſſe, quam nos triremium appellamus; per quam tamen ciuitas tantùm amittitur, non etiam libertas, quæ poſt ſupradictam Iuſtiniani conſtitutionem, ne quidem per damnationem in metallum amitteretur. Nam nec tantùm de damnatione in metallum loquitur conſtitutio, ſed generaliter inducit, vt hodie nemo bene ac ingenuè natus, per ſententiam, aut ſupplicium fiat ſeruus pœnæ. Præter id quod moribus Religionis noſtræ ſacroſanctæ, ſeruitutes etiam cæteræ omnes abrogatæ ſunt, præterquàm ſi Turca, vel alius infidelis quiſpiam bello captus eſſe proponatur. Etſi non deſint qui putent, etiam inter Chriſtianos licitas eſſe ſeruitutes ex captiuitate irrogandas, ſi bellum iuſtum fuit: cum quibus tamen non ſentimus.

PRINCIPIVM VI.

De militia & dignitate.

NEque militia, neque dignitas eximit filium à patria poteſtate *§. filiusfamilias, h. t. l. ſi maritus 7. C. de patr. pot.* vbi ſcriptum eſt, non modò filiumfamilias ipſum qui militat, in patria poteſtate conſtitutum intelligi, ſed etiam filium, quem ille ex iuſtis nuptiis ſuſceperit, in eiuſdem aui poteſtate perſeuerare. Etſi enim priuilegia pleraque militibus data ab Imperatoribus fuiſſe conſtat ex omnibus ferè partibus iuris; non potuit tamen hac in re priuilegium vllum dari, quin hoc ipſo fieret iniuria patri, cui potiùs faueri æquum erat, vel hoc ob ipſum, quod liberis operam dando, tam vtilem Reipublicæ filium ſuſcepiſſet. Generalis namque iuris propoſitio eſt, quæ vix vllam patitur vnquam exceptionem, ſiue de militum, ſiue de aliorum priuilegiis tractamus; Priuilegia ſemper ſic interpretanda eſſe, vt ad alienam iniuriam non porrigantur: quod de militum priuilegiis ſpecialiter traditum eſt in *l. impuberi 40. ff. de admin. tutor. l. cum filiusfamilias* 28 *ff. de teſt. milit.* iunct. *l. ex facto 43. De vulg. & pup ſubſt. l. 4. C. de emancip. liberi.* Et verò publicè intereſt, vt inuitentur patres ad liberos militiæ dandos, ſpe præmiorum filiis acquirendorum, & quadam veluti tacita eorum communicatione, potiùs quam vt ab hoc

Priuilegia nunquam ad alterius iniuriam porrigenda.

conſilio & inſtituto metu amittendæ patriæ poteſtatis deterreantur.

Exceptio tamen ſubiicienda eſt, Niſi quantum ad ea bona pertinet quæ filiusfamilias miles in peculio caſtrenſi habeat, id eſt quæ in caſtris, aut alia militiæ occaſione acquiſita proponantur. Nam in his bonis placet, nullum patri eſſe ius poteſtatis: ſed è contrario filiumfamilias quantumuis patriæ poteſtati ſubiectum, patrisfamilias iure cenſeri: *l. 2. ff. de SC. Maced.* adeò vt quod magis eſt de iis teſtamentum quoque facere poſſit, nec tantùm iure communi, ſed etiã quod eſt ſingularius iure militari: *d. l. cùm filiusfamilias 28. l. ſi filiusfamilias 33. ff. de teſtam. milit.* quod alij filiofamilias nulli licet, nec ſi millies pater velit & conſentiat: *l. qui in poteſtate 6. ff. qui teſta. facer. poſſ. l. tam is 25. §. filiusfamilias ff. de cauſ mort. donat.* Denique nihil omnino iuris habet pater in bona caſtrenſia filij ſui militis, ſiue quod ad proprietatem, ſiue quod ad vſumfructum: *l. imperator 50. ver. poſt decreta, ff. ad SC. Trebell.* Nec eo minus tamen verum eſt, ius patriæ poteſtatis totum in patris perſona ſaluum & integrum ſupereſſe; quippe quod & indiuiduum ſit, & in perſonam ipſam quæ ſub poteſtate eſt, exerceatur; non in bona, quæ licèt conditionem perſonæ ſequi ſoleant tanquam acceſſoria, & per quandam conſequentiam; nihil tamen prohibet ex priuilegio aliquo propriam & ſeparatam habere rationem: *l. errat 3 C. de caſtrenſ. pecul milit. præfect. lib. 12. tit. 37.*

l. imperator 50 ff. ad SC. Trebell.

Quod verò *Principium noſtrum* habet de dignitate, per eam ſcilicet non tolli ius patriæ poteſtatis, multò apertius eſt. Nam & dignitas quædam in eo eſt, vt in patria poteſtate eſſe quis dicatur, non ſolùm quòd patria poteſtas ſymbolum ſit & ciuitatis, & iuſtarum nuptiarum; nec minus in eo qui in poteſtate eſt, quam in eo qui poteſtatem habet; verum etiam propter commoda & iura ſui hæredis, quæ faciunt, vt in patris familia, & nomen patrisfamilias, ex ipſius patris naturæque voto, & ius ſucceſſionis ſperare honeſtè filius poſſit. Superueniens autem dignitas, præſertim ex legis beneficio, aliam dignitatem tollere non debet; ſed confirmare potiùs & augere Idque adeò verum eſt, vt nec Senator, aut Conſul à plebeio quoque adoptari, vel adrogari ſe pati prohibeatur; quia ſcilicet nihil prohibet eſſe quem & in patria poteſtate, & Conſulem, aut Senatorem: *l. per adoptionem 35. ff. de adopt. l. Senatoris 6 in prin. & §. 1. ff. de Senator.*

Hoc tamen Iuſtinianus quoque immutauit *Nouell.* 81. cui titulus eſt *Conſtit. qua dignit. & Epiſc. fil. liber. patr. poteſt.* vbi conſtituit, vt non ſolùm Epiſcopatus & Conſulatus eximat filium à patria poteſtate, ſed etiam quælibet alia dignitas, per quam quis à curia liberatur: de quibus *Nouell.* 38. *De decur. & Nouell. 70. vt ordin. præfect. vrban.* cùm tamen anteà ſola Patriciatus dignitas, ex eiuſdem Iuſtiniani lege, tolleret patriam poteſtatem, vt ipſe *in hoc §.* refert: quippe quæ ſumma eſſet, non quidem gradu (erat enim maior Conſulatus) ſed duratione; quia perpetua: vt bene Contius explicauit *l. vlt. C. de Conſulib. lib. 12. tit. 3.* Ratio autem Iuſtiniani quam *in hoc §.* adfert, illa eſt, quod fatendum non ſit, vt pater poſſit per emancipationem poteſtatis ſuæ nexibus filium liberare, Imperatoria autem celſitudo non valeat eum, quem ſibi patrem elegerit, ab aliena eximere poteſtate. Supponit enim Iuſtinianus quod & verum eſt ius patriæ poteſtatis

poteſtatis eſſe ex legibus, Imperatoriam verò Maieſtatem, ſicuti ſupra populum eſt, cuius ſolius fuit olim legem facere, ita & ſupra leges eſſe.

ILLATIO I.

De filiiſfamilias militis inteſtati bonis ex hæreditate teſtati.

EX hoc Principio fit, vt ſi filiusfamilias quantumuis miles deceſſerit inteſtatus, bona eius non quaſi hæreditas, ſed quaſi peculium ad patrem pertineant, aut potiùs patri deferantur, vt loquitur Vlpian. in *l. 2. ff. de caſtrenſ. pecul.* quamuis ſi teſtamentum factum eſſet, peculium caſtrenſe pro hæreditate haberetur, vt eadem lex ſubiungit. Nempe quia filiusfamilias decedere cum legitimo hærede nunquam poteſt, nec hoc priuilegium militibus filiisfamilias datum eſt, ſed illud tantùm, vt de caſtrenſi peculio teſtari poſſint ſi velint. Quam ob cauſam ſi teſtati fuerint, ſicuti teſtamentum ex priuilegio militari valet, ita & neceſſe earudem conſtitutionum quæ priuilegium dederunt poteſtate induci, vt hæreditatem teſtamentariam habere exiſtimentur, cùm neque poſſit fieri, vt valeat teſtamentum ſine hærede, neque vt hæres quiſquam ſit ſine hæreditate. Sed priuilegium quod ad cauſam teſtati coarctatum fuit, non perinde ad cauſam inteſtati protrahi poteſt. Nec proinde mirum videri debet, licèt ſit valde ſingulare, vt eiuſdem hominis hæreditas, & aliqua ſit ex teſtamento, & nulla ab inteſtato.

Neque eſt contrarium, quod ſuprà diximus, filiumfamilias militem, in eo quod caſtrenſis peculij eſt, patremfamilias cenſeri; *d. l. 1. ff. de SC. Maced.* Id enim eò pertinet, vt non obſtante iure patriæ poteſtatis, de peculio illo diſponere pro arbitrio poſſit, etiam inuito patre; nec tantùm inter viuos, ſed etiam in teſtamento; Non etiam, vt eius ab inteſtato defuncti hæreditas aliqua per legem conſtituatur, quæ non niſi patrisfamilias vlla conſtitui ſolet à lege, cuius nimirum verba illa fuerunt: *Si ſuus hæres non erit, agnatus proximus familiam habeto:* fieri porrò nequit, vt familiam habeat is, qui ipſe filiusfamilias eſt. Et ob id non poteſt fieri, vt quod patrimonium viuo milite, nec familia fuit, nec familiæ appellatione contineri potuit, eodem mortuo dicatur hæreditas. Quid ergo? Peculium; quomodo & viuo adhuc filiofamilias milite dicebatur: quod *peculij* nomen, iuris nomen eſt, ad exprimendum patrimonium, aut potiùs id quod ſit veluti patrimonium eius, qui in alterius eſt poteſtate; ſiue filiusfamilias ille ſit, ſiue ſeruus: *l. 1. l. quoties 47 § vlt. & tot. tit. ff. de pec.* Ex quo *§. vlt.* apparet, nec propriè patrimonium dici, niſi eius hominis, qui ſit liber & ſui iuris. Tantùm abeſt, vt cuius viuentis peculium dicitur, eiuſdem defuncti hæreditas dici poſſit. Quod vſque adeò verum eſt, vt ne tum quidem cùm filiusfamilias miles teſtamentum fecit, hæreditatem tamen propriè ac verè habere dicendus ſit, ſed quaſi hæreditatem, vt illa Vlpiani verba probant, *hîc pro hæreditate habetur caſtrenſe peculium.* Nam nec Imperatores fecerunt, aut facere potuerunt, vt filiusfamilias miles in caſtrenſi peculio teneretur paterfamilias eſſe; quod implicaret contradictionem: ſed vt in eo peculio patrisfamilias vice fungatur,

l. 1. ff. de SC. Maced.

Peculium nomen iuris.

quomodo loquitur idem Vlp. in *d. l. 2. ff. de SC. Maced.* Iunge text. elegantem *l. proponebatur 9. ff. de Caſtr. pecul. & l. vlt. in princ. ff ad SC. Tertyll. & l. pen. C. de caſtrenſ. pecul. mil. præf. lib. 12. titul. 37. l. ſi quis filio 6 §. vltim. De inuſt. rupt. & irrit. fact. teſtam.* & quæ in hanc rem pluribus ſcribemus *ad Princip. 6. illat. 5.*

ILLATIO II.

De patre qui retinuit peculium caſtrenſe filij inteſtati.

SEcundò ex eodem Principio fit quod ſcriptum eſt in *l. 1. eod. tit. De caſtr. pecul.* Si filiifamilias militis peculium penes patrem remanſerit defuncto filio inteſtato, patrem quidem ipſi hæredem non fieri, ſed tamen fieri iis quibus filius fuit, id eſt quorum hæreditates filius agnouit, ſibíque viuus acquiſiit ex cauſa caſtrenſis peculij; putà, inſtitutus fortaſſis hæres à commilitonibus ſuis; vt in *l. ſi fortè 8. l. caſtrenſe 11. ff. eod.* Nam cùm peculium ſit nomen iuris non minùs quàm hæreditas, perinde complecti facile poteſt ius ſucceſſionis vniuerſalis, vt quemadmodum ſi pater eſſet hæres filiifamilias, hoc ipſo fieret hæres iis omnibus, quibus ipſe filius hæres fuiſſet. Eo nimirum iure quo dicimus quemlibet hæredem hæredis, eſſe primi defuncti hæredem: *l. vlt. C. de hær. inſtit. l. qui liberis 8. §. vlt. ff. de vulg. & pupill. ſubſt.* Ita & cùm filiifamilias peculium occupauit, ſi in eo peculio reperiat hæreditates filio viuo acquiſitas, hæres quoque ipſe fiat, non filij, ſed eorum quibus hæres filius fuit; cùm hæres nihil aliud ſignificet quàm dominum: *§. vlt. Inſt. de hær. qual. & differ.* dominium autem bonorum omnium, quæ fuerant in illis hæreditatibus, fuerit iam viuo filio acquiſitum, transfuſúmque in proprium filij patrimonium, & conſequenter in cauſam peculij caſtrenſis, quo vno nomine quicquid hic filiusfamilias habuit, & ſignificatur & continetur.

l. 1. l. ſi fortè 8. l. caſtrenſe 11. ff. de caſt. pecul.

ILLATIO III.

De rebus acquiſitis & pecunia donata filiofamilias militi.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt ſi mulier filio viri ſui militi reliquerit pecuniam ad aliquas res comparandas, & quæratur, cui pecunia illa, aut res ex ea comparatæ acquiri debeant, filióne, an patri? diſtinguendum ſit an relicta ſit pecunia ad comparandas res caſtrenſes & militares, an ſimpliciter. Priore caſu acquiruntur filio tanquam bona caſtrenſia. Poſteriore verò, patri per filium, iure ſcilicet patriæ poteſtatis: *l. 3. eod. tit. De caſtr. pec.* Non enim omnia quæ filiofam. militi relinquuntur protinus tranſeunt in cauſam caſtrenſis peculij, ſed ea tantùm quæ filiusfamilias, ſi non militaſſet, non fuerat acquiſiturus; vt definit Iuriſ. in *l. caſtrenſe 11. eod. tit.* vbi addit, ea, quæ fuerat ille acquiſiturus, etiamſi non militaſſet, ad caſtrenſe peculium non pertinere; tametſi à parentibus, vel cognatis donata fuerint filio in militia agenti. Quò etiam ſpectat, quod Vlp. ſcribit in *l. ſi fortè 8 eod. tit.* Si vxor, vel cognatus, vel quis alius non ex caſtris notus filiofamilias ali-

l. 3. ff de caſtr. pecul.

quid

quid donauerit, vel legauerit, etiamſi expreſſerit nominatim, vt in peculio caſtrenſi id habeatur, non eo magis tamen caſtrenſi peculio adgregari oportere; Veritatem enim ſpectandam eſſe, id eſt an verè (quomodo legendum eſt, non *verò*, vt vulgo) caſtrenſis notitia, vel adfectio fuerit, non quid quis dixerit, vel finxerit. Hoc ipſum verò cur ita? Niſi quia eſſet alioquin poſitum in alterius arbitrio & poteſtate, vt læderet ius patriæ poteſtatis, quod habet pater iure publico, id eſt ex legibus populi Romani: quod tamen iniquum eſſet, ac nec militibus ipſis aut permiſſum, aut permittendum; vt ſuprà diximus ex *d.l. impuberi 41. De admin. tutor. d.l. cùm filiusfamilias* 28 *ff. de teſtam. milit.*

ILLATIO IV.

De matris hæreditate delata filiofamilias militi.

QVartò ex eodem Principio fit, vt matris hæreditas delata filiofamilias, quamuis in militia agenti, non eo minùs acquiratur patri per filium; ſicut & alia hæreditas quælibet, ita vt ne momento quidem temporis in filiifamilias perſona conſtitiſſe acquiſitio videatur: *l. placet 79. ff. de acquir. hæred. l. 1. in princ. ff. ſi à parent. quis manu.* Nempe quoniam huiuſmodi hæreditas materna ad cauſam caſtrenſis peculij non pertinet, vt habet *l. 1. C. de caſtr. pecul. milit. præfectianor. lib. 12. tit.* 37. Itaque locus eſt iuri communi, quo cauetur, vt matris hæreditas ab inteſtato pertineat ad liberos, tametſi in aliena ſint poteſtate: *l. pen. ff. ad SC. Tertyll.* id eſt vt per liberos patri acquiratur. Sic enim lex illa accipienda eſt, ſicut & quod Paulus ait in *l. filij 6. eod. tit.* filij matrem ex ſenatuſconſulto Tertylliano, etiamſi in aliena poteſtate ſit, ad hæreditatem admitti. Non autem ita vt etiam viuo patre filiusfamilias ſit capax acquirendorum ſibi bonorum maternorum, aut filiafamilias eadémque mater bonorum filij. Primus enim Conſtantinus fuit qui ius vetus corrigens hoc induxit, patrémque ex proprietario, qualis antea erat, fructuarium fecit: in *l. 1. C. de bon. matern.* Sed non poteſt ius vetus ex noua conſtitutione ſuam recipere interpretationem.

l. 1. C. de caſtr. pecul.

ILLATIO V.

De filiofamilias milite qui deceſsit inteſtatus ſuperſtite matre.

QVintò ex eodem Principio fit, quod ſcriptum eſt in *l. vlt. eod. tit. ff. ad SC. Tertyll.* ſi filiusfamilias miles non ſit teſtatus de his quæ in caſtris adquiſiuerit, non tamen ad matrem ea idcirco pertinere. Magis enim iudicio militum, inquit, hoc conceſſum eſt, quàm vt omnimodo in ea re quaſi patresfamilias ſint. Vt intelligamus, nihil aliud hic obſtare matri quominùs in caſtrenſibus rebus ſuccedat, quàm quòd militia non fecerit, quominùs filiusfamilias iſte remanſerit. Quod tamen lex ſimpliciter dicit iudicio militis filiifamilias hoc conceſſum eſt; cauendum eſt ne ita intelligatur, quaſi quælibet vltima voluntas eius qui & filiusfamilias, & miles ſit, priuilegium hoc habere debeat. Huc enim ſolùm ei permittitur vt de peculio caſtrenſi teſtari poſſit. Quamquam ad id fortaſſe lex reſpicit, quod voluntas quæque militis teſtamentum eſt, vt ſcriptum aut ſaltem legendum eſt in *l. eius militis 34. in fin. ff. de teſtam. milit.* Sed finge militem hunc non teſtamentum, ſed codicillos facere voluiſſe. Non valebit ſuprema iſta voluntas, iure teſtamenti quia miles noluit, *l. quærebatur 19. eod.* Sed valebit iure codicillorum, quia filiusfam. miles habet priuilegium vt poſſit facere codicillos ab inteſtato, adeóque quod magis eſt fideicommiſſum à patre relinquere de reſtituenda hæreditate: *l. filiusfamilias 18. ff. ad leg. Falc.* vt & de peculio caſtrenſi poteſt teſtari ſi velit. Nec ſimile eſt, quod de pupillo ſcripſimus *lib. 15. Coniect. cap. 14.* poſſe illum decedere cum teſtamento, ſi pater ei fecerit, ſed non ſimiliter cum codicillis ab inteſtato factis.

l. vlt ff. ad SC. Tertyll.

At difficilius illud eſt apud Pomponium in *d. l. vlt.* cur non obſtet matri pater, cùm certi iuris ſit in cauſa Senatuſconſulti Tertylliani ſolere matri obſtare patrem, *l. 2. §. obiicitur, eod. tit.* & peculium caſtrenſe de quo agimus filio inteſtato mortuo deferri patri: *d. l. 2. ff de caſtrenſ. pecul.* vt proinde nullus videatur fieri poſſe locus quæſtioni de bonis filij caſtrenſibus in perſona matris, quæ nec in aliis bonis ſuccedere poſſit; Et tamen videtur Pomponius tractare eum caſum, in quo defertur matri legitima hæreditas filij, quod ad alia bona omnia pertinet, præterquàm quod ad caſtrenſia, ita vt à patre quamuis viuo non excludatur. Alioqui ſi per patrem excluderetur, quid attineret obſecro de bonis caſtrenſibus tractare? Sed dicendum eſt non illam eſſe Pomponij ſententiam, vt excludatur mater à bonis caſtrenſibus filij militis eo caſu quo poſſit ſuccedere in cæteris; At contrà vt non minùs obſtet ei pater in bonis caſtrenſibus, quàm in cæteris. Videbatur enim pater ei non obſtare in caſtrenſibus, cùm in iis filiusfamilias pro patrefam. habeatur. Sed decidendi ratio eſt quòd imò maneat filiusfamilias, nec pro patrefamilias haberi poſſit, niſi eo demum caſu quo teſtetur.

Obſeruandum tamen eſt in *d. §. obiicitur*, erratum eſſe in iis verbis, *Vndecumque autem bonorum poſſeſſionem acceperit pater naturalis, ſiue legitimus, ſiue contra tabulas*; legendumque *legitimam*, non *legitimus*: vt referatur ad bonorum poſſeſſionem, quæ & legitima eſſe poteſt, & teſtamentaria; non ad patrem, qui ſcilicet ſi legitimus tantùm ſit, hoc eſt adoptiuus, numquam poteſt accipere bonorum poſſeſſionem filij; Nec durante adoptione, quippe quæ faciat, vt diximus, ne filij bona vlla eſſe poſſint; neque poſt ſublatam adoptionem, cùm eo tempore is qui fuerat pater adoptiuus, omnino pater eſſe deſierit.

ILLATIO VI.

De filiofamilias milite diuidente cum fratribus bona patris defuncti.

SExtò ex eodem Principio fit, vt filiusfamilias miles in diuidenda poſt patris mortem inter fratres hæreditate, non alia præcipua habere debeat, quam quæ tulit ſecum in caſtra conſentiente patre: *l. miles 4. ff de caſtrenſ. pecul.* Certum enim eſt, liberorum, qui in patris poteſtate fuerunt, peculia omnia, ſolo caſtrenſi excepto,

l. miles 4. ff. de caſtr. pec.

Digitized by Google

excepto, poſt mortem patris in hæreditatem diuidendam ad communionem eſſe reuocanda: *l. certum eſt* 13. iunct. *l. ſi filiusfamilias* 4. *C. famil. erciſc.* Nempe quia quod fuit peculium viuo patre, deſinit eo mortuo peculium eſſe, & fit hæreditas; ſicut & filiusfamilias, qui viuo patre talis fuerat, talis eſſe deſinit patre moriente, fitque paterfamilias, atque ita deſinit peculium habere, quod nihil aliud eſt quàm filiifamilias, aut ſerui puſillum veluti patrimonium, aut quaſi patrimonium; vt loquuntur Iureconſulti in *l. peculium & ex eo* 39. *l. quoties* 47. *§. vlt. ff. de pecul.* Itaque ex eo maximè intelligimus, per militiam non ſolui ius patriæ poteſtatis; quoniam alioquin neque de peculio, quod filius miles viuo patre habuiſſet, neque de illius confundendi neceſſitate poſt patris mortem quæri oporteret.

ILLATIO VII.

De perſecutione bonorum caſtrenſium filio danda, etiam patre inuito.

SEptimò ex hoc ipſo Principio petenda eſt ratio dubitandi ad id, quod ſubiungit Tertyll. in *d. l. miles* 4. §. 1. *De caſtrenſ. pecul.* actionem perſecutionémque caſtrenſium rerum habere filium etiam inuito patre. Sic enim locus ille legendus eſt, vt pro *ſemper*, reponamus *habet*. Ratio autem dubitandi illa erat, propter quam videretur non eſſe permittendum militi filiofamilias, vt nullam actionem, perſecutionémque, ne quidem caſtrenſium rerum, exercere poſſet inuito patre; quod non eo minùs ſit, maneátque filiusfamilias; abſurdum autem videatur filiumfamilias in iudicio ſtare ſine conſenſu & authoritate patris: *l. vltim.* §. 1. *verſic. neceſſitate, Cod. de bon. quæ liber.* Sed reſpondendum eſt non habere id locum quoties de rebus caſtrenſibus agitur, in quibus ſcilicet filius, quantumuis filiusfamilias manens, patrisfamilias loco & iure cenſetur, quod ad hoc vt de iis pro arbitrio diſponat; nec tantùm inter viuos, ſed etiam quod magis eſt in teſtamento: *d. l.* 2. *ff. de SC. Maced. dict. l. vltim ff. ad SC. Tertyll.*

Differentia actionis, & perſecutionis.

Notandum verò eſt quod Tertyll. ita loquitur *actionem perſecutionemque*, vt intelligamus actionem propriè ac ſpecialiter ſumptam, id eſt pro actione in perſonam, differre à perſecutione, proptereà quòd actiones omnes expediuntur iure ordinario, id eſt per iudices à Magiſtratu datos, & conſequenter in iudicio, vt ipſa definitio actionis demonſtrat: *l. nihil aliud* 51. *De oblig. & action.* Perſecutiones verò iure extraordinario id eſt coram Prætore, alióve Magiſtratu in iis cauſis, de quibus non poterat olim Magiſtratus dare iudicem, ſed cognoſcere ipſe cogebatur: *l. pecuniæ* 178. §. *actionis, De verb. ſig. l. actionis* 28. *De oblig. & act. l. procurator* 21. *ff. rat. rem haberi.*

ILLATIO VIII.

De milite qui poſt acquiſitum caſtrenſe peculium dedit ſe adrogandum.

OCtauò ad hoc idem Principium referendum eſt quod ſequitur apud Tertyll. in *d. l. miles*, §. *ſi paterfam. ff. de caſtr. pecul.* ſi paterfamilias militiæ tempore, vel poſt miſſionem adrogandum ſe præbuerit, magis eſſe vt huic quoque permiſſa intelligatur earum rerum adminiſtratio, quas ante adrogationem in caſtris adquiſierat. Quamuis enim conſtitutiones de iis loquantur, qui cùm ab initio eſſent filiifamilias, militauerunt, tamen cùm ſecuta adrogatio nihil noui adferat, niſi vt qui paterfamilias erat, filiusfamilias fiat; nihil autem prohibeat, quominùs idem & miles ſit, & filiusfamilias, & caſtrenſe peculium habens; quid vetat quominùs ad hunc quoque caſum conſtitutiones Imperatoriæ extendantur, quæ priuilegium hoc militibus dederunt, vt quamuis reuera filiifamilias ſint, tamen in peculio caſtrenſi patresfamilias eſſe videantur?

An peculium caſtrenſe adrogati transfeat in familiam adrogatoris.

Cæterùm notandus ſanè eſt caſus hic valde ſingularis, in quo non omnia adrogati bona in adrogatoris familiam, & poteſtatem transferantur; quod vtique à vulgaribus iuris regulis abhorret, vt ſcripſimus ad *Princip.* 1. *illat.* 8 *ſup. tit. prox.* Sed intellige non transferri pleno iure, id eſt ita vt adrogator eorum bonorum adminiſtrationem habeat, quæ adrogatus in caſtris quæſiuerat ante adrogationem. Nec enim negari poteſt quin ſimul cum adrogati capite in adrogatoris familiam iſta transferantur, ſed cum ſua qualitate, id eſt retento iure patrimonij caſtrenſis; hoc ſolo immutato, quod quæ ante adrogationem patrimonium dicebantur, poſt adrogationem fiunt peculium, & quidem caſtrenſe. Ex quo fit, vt quemadmodum adrogatus quandiu viuit, liberam habet huius peculij adminiſtrationem, quaſi retinens priſtinum ius, & nomen patrisfamilias, quãtum ad res iſtas attinet, quod habuerat antea in omnibus bonis ſuis; ita mortuo eo inteſtato, adrogator ius habeat omnia iſta occupandi iure peculij. Non alia ratione, quàm quod adrogator ſimul cum capite adrogati tranſtulerit illud in familiam ſuam.

ILLATIO IX.

De filiofamilias milite inſtituto à cõmilitone.

NOnò ex eodem Principio fit quod Vlp. ſcribit in *l. miles filiusfamilias* 5. *eod. tit. De caſtrenſ. pecul.* militem filiumfamilias à commilitone, vel ab eo quem per militiam cognouit, hæredem inſtitutum, etiam citra iuſſum patris ſuo arbitrio rectè ſe gerere pro hærede. Dubitationem enim illud faciebat, quòd cùm hic perinde filiusfamilias ſit, ac ſi miles non eſſet; certi iuris eſt, filiumfamilias non poſſe delatam ſibi hæreditatem adire ſine iuſſu patris, adeò vt iuſſum illum præcedere ſit neceſſe: *l. ſi quis mihi* 15. §. *iuſſum. ff. de acquir. here.* Sed ratio decidendi eſt, quia in hac hæreditate, quæ vbi erit acquiſita, in caſtrenſi peculio futura ſit, filius inſtitutus patrisfamilias iure cenſetur, eámque pleno iure ſibi poteſt acquirere, ita vt non ſit verendum ne ex ea cauſa pater obligetur, quippe qui nihil omnino iuris in ea hæreditate viuo filio habere vnquã poſſit: *l. imperator* 50. *ver. poſt decreti, ff. ad SC. Trebell.* At quod placuit, non poſſe filiumfamilias hæreditatem ſibi delatam adire, niſi præcedente iuſſu patris, in cuius eſt poteſtate, non aliam rationem habet, quàm ne alioqui fiat vt inuitus pater æri alieno hæreditario per filium obligetur, vt ſcriptum eſt in *l. qui in aliena* 6. *ff. de acq. hær.* cuius ſcilicet æris

alieni

alieni diſſoluendi obligatio contrahitur per aditionem hæreditatis, & aliam ſpeciem quamlibet vniuerſalis ſucceſſionis: *l. more 8. eod titul. l. qua dotis 33. ff. ſolut. matr. l. non enim 48. ff. ad SC. Treb.* Nihil ergo cauſæ eſt, cur hic filiusfamilias, de quo agimus, expectare debeat iuſſum patris ad hæreditatem acquirendam, quæ ſibi in militia, vel ex cauſa militiæ fuerit delata. Nec ad rem pertinet, quod ſi contingat eum poſtea mori viuo patre, futurum eſt vt pater ſit hæres eius ipſius, cui filius viuens hæres fuerit, vt ſcripſimus *illat. 2. ſup. eod* ex *l. 1. De caſtr. pecul.* Id enim non aliter futurum eſt, quàm ſi pater vltro & ſponte peculium defuncti filij occupare velit: quæ occupatio ſpecies quædam eſt ſucceſſionis vniuerſalis, vt diximus, ſed voluntariæ. Propter quam cauſam ſic Vlp. loquitur in *d. l. 1. ſi peculium apud patrem remanſit*: & in *l. 2 eod. bona eius non quaſi hæreditas, ſed quaſi peculium patri deferuntur.* Vt ſignificet in arbitrio patris eſſe, vt peculium ſibi retineat ſi velit, non etiam cogi eum vt omni modo retineat, tametſi nolit. Alioqui non tam deferri peculium patri, quàm acquiri, dicendum eſſet; ſi quemadmodum filiusfamilias ſuus & neceſſarius patri hæres eſt, ita & viciſſim pater filio neceſſarius hæres vel ſucceſſor eſſe intelligeretur. Delatum ſiquidem illud dicitur, quòd quis ſi velit poſſit conſequi, vel repudiare: *l. delata 151. De verb. ſignificat.* Acquiſitum verò quod repudiari amplius nequeat: *l. 1 §. decretalis, ff. de ſucceſſ. edict.* Itaque ea quæ patri per filiumfamilias ſic acquiruntur, vt ne momento quidem temporis in perſona filij conſtitiſſe acquiſitio intelligatur: *l. placet 79 De acquirend hæred. l. 1. ff. ſi à parent. quis manum.* filio quidem delata dicimus, acquiſita nunquam: at patri è contrario acquiſita ipſo iure, non etiam delata.

Quid ſit delatum, quid acquiſitum.

ILLATIO X.

De filiofamilias milite, qui ſeruũ ſibi ab vxore donatum, inſcio patre manumiſit.

DEcimò ex eodem Principio pendet quæſtio, quam Vlp. tractat in *l. ſi militi 6. eod. tit. De caſtrenſ. pecul.* ſi filiofamilias militi vxor ſeruum manumittendi cauſa donauerit, & is inſcio patre manumiſerit, an ſuum libertum fecerit? Quæſtio in eo eſt, an valeat manomiſſio néene: Nam ſi non valeret, manumiſſus qui ſeruus maneret, libertus eſſe non poſſet. At ſi valeat, non eſt dubitandum quin ſit ille libertus militis filiifamilias, à quo manumiſſus fuit, cùm peculiares & ſeruos & libertos, id eſt ad peculij & caſtrenſis caſum pertinentes habere filiusfamilias miles poſſit, poſtquam Adriano placuit vt filiusfamilias miles ſeruum à ſe manumiſſum, cuius nimirum manumittendi ex peculij caſtrenſis cauſa ius habuerit, libertum ſuum faciat, non patris: *l. ſeruum 8. ff. de iur. patron. l. 3. §. ſi quis filiusfamilias ff. de bon. libert.* improbata Iuliani ſententia, quæ in contrarium extat in *l. ſi filiusfamilias 21. eod* facit *l. 3. §. an autem, ff. de adſign. libert. l. 3. §. miles ff. de ſuis & legit. l. ſed ſi hac lege 30 §. ſed ſi caſtrenſem. ff. qui & à quib. manum.* Itaque poſt reſcriptum illud Hadriani, non poteſt ita concipi quæſtio, An filiifamilias militis ſeruus caſtrenſi [illegible] familias manumiſſus, ipſius [illegible], an patris; an potiùs vtrum [illegible] vt filij viuentis cauſa in eo potior eſſe debeat, quemadmodum Iulianus exiſtimabat: Sed de illo tantùm quærere poſſumus, an manumiſſio valeat nécne? Reſpondet verò Vlpianus magis eſſe, vt hic ſcilicet ſeruus de quo agimus (ita enim legendum eſt, non *hoc*, vt vulgo) caſtrenſi peculio non adnumeretur, & conſequenter vt ad patrem militis pertineat, tanquam ei quæſitus per filium: quo admiſſo illud etiam apparet à filio manumitti eum inſcio patre non potuiſſe, nec proinde filij libertum dici debere, ſed ſeruum patris. Cur verò caſtrenſi peculio adnumerandus non ſit, rationem Vlpianus reddit, quia ei vxor non propter militiam, ſed tanquam vxor nota eſſet. Ad id ſcilicet alludens, quod ſupra diximus, non quicquid donatur filiofamilias militanti, ad caſtrenſe peculium pertinere, ſed id duntaxat quod ab eo acceperit, quem per militiam, id eſt per militiæ occaſionem cognouerit: *d. l. 5. l. ſi fortè 8. l. caſtrenſe 11. eod. tit.* Planè, inquit Vlpianus, ſi mihi proponas, ad caſtra eunti marito vxorem ſeruos donaſſe vt eos manumitteret, liberóſque effectos habiles ad militiam haberet, poteſt dici poſſe illum ſua voluntate, id eſt ſine patris conſenſu eos manumittendo perducere ad libertatem, cùm appareat non aliud quàm militiam huic liberalitati cauſam dediſſe.

l. ſi militi 6. ff de caſtren pecul.

l. 5. l. ſi fortè 8. l. caſtrenſe 11 ff de caſt. pecul.

ILLATIO XI.

De lite inter patrem & filiumfamilias ex cauſa caſtrenſis peculij.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt ab ea iuris regula quæ habet, inter patrem & filiumfamilias litem nullam eſſe poſſe; *l. lis nulla 4. l. ſi à me 11. ff de iudic. l. actionis 7 ff. de oblig. & act.* excipiatur cauſa caſtrenſis peculij: *dict. l. lis nulla*, quæ exceptio inepta eſſet ſi filiusfamilias militans hoc ipſo eximeretur patria poteſtate, cùm non alius peculium caſtrenſe habere poſſit, quàm qui & filiusfamilias & miles eſt. Ex cauſa verò peculij caſtrenſis habet filiusfamilias miles hoc priuilegiũ, vt non minùs contra patrem, quàm contra quemlibet alium agere poſſit, viciſſimque à patre non minùs quàm ab alio quolibet conueniri: Sed cum hac differentia, quòd agere ipſe niſi ex ea cauſa quæ caſtrenſis peculij ſit, non poteſt; conueniri verò in rebus caſtrenſibus poteſt, non à caſtrenſibus duntaxat creditoribus, ſed etiam ab aliis quibuſcumque; quoniam ex peculio caſtrenſi omnibus creditoribus ſuis ſatisfacere, & reſpondere cogitur: *l. ſi caſtrenſe 7. ff. de caſtrenſ. pecul.* nimirum in quantum facere poteſt, vt eadem lex ait, iunct. *l. miles 6. l. item miles 18. ff. de re iudic.* Ratio autem huius iuris non alia eſt, quàm eorum ferè omnium, quæ ad *hoc Principium* diximus, quòd filiusfamilias in peculio caſtrenſi quandiu viuit, patrisfamilias iure cenſeatur.

ILLATIO XII.

De filiofamilias milite, qui poſt inſtitutum extraneum deceſſit, ſuperſtite patre.

DVodecimò ex eodem hoc Principio pendet quæſtio ab Vlp. tractata in *l. proponebatur 9. ff. eod.*

l. proponebatur 9 ff de caſtr. pecul.

Digitized by Google

ff.eod. tit. De caſtr. pecul. de filiofamilias milite, qui teſtamento extraneum hæredem ſcripſerat, deinde ſuperſtite patre deceſſerat. Nam cùm pater deliberante hærede inſtituto, & ipſe diem functus eſſet, poſtea hæres inſtitutus repudiaſſet, quærebatur ad quem peculium pertineret? Ad quam quæſtionem priuſquam reſpondeat Vlpianus præfatur, Caſtrenſe peculium filiifamilias ſiquidem teſtatus ille deceſſerit, quaſi hæreditatem deferri hæredi ſcripto, ſiue extraneum filius hæredem ſcripſerit, ſiue patrem. Sed ſi nihil de peculio filius decernat, non tam intelligi peculium nunc obueniſſe patri id eſt eo tempore quo filius reperitur inteſtatus, quàm à patre ipſo numquam abſceſſiſſe, profectúmque fuiſſe, cui ſcilicet etiam viuo adhærere ſemper credebatur iure poteſtatis. Quod conuenit iis quæ ſuprà diximus *ex lat. 1. ex l. 2. hoc eod tit. De caſtr. pecul.* Hinc verò infert Vlp. ſi ſeruo filij caſtrenſi libertatem pater adſcripſerit, móxque filius viuo patre defunctus ſit, non impediri libertatem, quæ tamen ſi filius ſuperuixiſſet impediretur. Quod ipſum ſicut pluribus verbis, ita multò ſubtiliùs & elegantiùs tractat Tryphoninus in *l. de hæreditate 19. § pater, eod. tit.* Pater, inquit, peculij caſtrenſis filij ſeruum teſtamento liberum eſſe iuſſit, inteſtato defuncto filiofamilias, mox patre, quæritur an libertas ſeruo competat? Occurrebat enim, non poſſe dominium apud duos pro ſolido fuiſſe, id eſt apud patrem & filium. Atqui negari non poteſt quin huius ſerui dominium fuerit penes filium, vſque adeò vt eum quoque manumittere potuerit ex Hadriani conſtitutione. Quomodo ergo potuit etiam eſſe penes patrem? Quòd ſi non fuit penes patrem, quo iure obſecro potuit pater huic ſeruo dare teſtamento libertatem? ſiquidem vt teſtamento manumiſſi liberi ſint, facit ſola lex duodecim tabularum, quæ confirmat quod datú legatúmve eſt: vt Vlp. ſcribit *in fragment. tit. De libert.* § 4. At lex duodecim tabularum de illo tantùm patrefamilias locuta eſt, qui rei ſuæ, non qui alienæ legem dixerit: *l. verbis legis 120. De verb. ſignif.* Ergo alieno ſeruo non potuit pater dare libertatem in teſtamento: *l. ſeruo tuo 9. C. de teſtam. manum.* Non magis quàm vindicta, qui tamen caſus multò minorem, aut potiùs nullam recipit dubitationem, vt idem Tryphoninus ſubiungit in *ver. non tamen:* vbi ait, ſi pater vt hæres, id eſt vt dominus (ſic enim iam ante nos rectiſſimè Iacob. Cuiac. interpretatus eſt ex *§. vlt. Inſt. de hæred. qualit. & differ.*) viuo filio vindictam ſeruo impoſuit, id eſt eum vindicta manumiſerit, non poſſe dici ſeruum hunc poſt mortem inteſtati filij ex illa manumiſſione liberum factum fuiſſe. Nempe quia multò difficilius eſt, vt poteſtas & effectus manumiſſionis, quæ per vindictam fit, ſuſpendatur in tempus vſque mortis filij, cùm ſit actus inter viuos; quàm manumiſſio, quæ fit per vltimam voluntatem, quæ ipſa ſui natura eſt ambulatoria in tempus vſque mortis teſtatoris; nec priùs effectum vllum habere poteſt. Itaque neceſſe eſt vt ex manumiſſione inter viuos facta, vel ſtatim libertas directa competat, vel numquam. Etſi autem hæc ratio oſtendit ius iſtud eſſe longè apertius in ſeruo filij caſtrenſi, quem pater vindicta manumittere voluerit, tamen in eo quoque qui teſtamento manumiſſus ſit, idem obtinere videtur; cùm directa libertas teſtamento data quodammodo per vindicationem legata dici debeat, quæ ſcilicet nullum hæredis factum exigit, at ne quidem conſenſum. In quo tamen genere legatorum conſtat ita ius fuiſſe, vt non aliter valerent, quàm ſi teſtator & teſtamenti & mortis tempore dominium iure Quiritium habuiſſet, vt idem Vlp. refert *tit. De legat. §. per vindicationem.*

l. de hæreditate 19. §. pater, eod. tit.

1

Vlp. in §. per vindicationem Tit. de legat.

Addit Tryphoninus, vt augeat dubitationem, quantum ad libertatem iſtam à patre datam ſeruo caſtrenſis peculij: quòd ſi teſtamento tam patris quàm filij idem ſeruus accepiſſet libertatem, & vterque pariter, id eſt ſimul deceſſiſſent, ita vt neſciri poſſet vter prior diem functus eſſet, non dubitaretur ex teſtamento filij libertum eum fore, non ex teſtamento patris, cùm ex duorum teſtamentis libertatem conſecutus videri non poſſet. Sed quamquam hæc omnia non minùs verè, quàm ſubtiliter diſputantur; concludit tamen Tryphoninus pro libertate à patre data; Non negans ſolum filium quandiu viuit, & iure ſuo vti poteſt, ſerui huius dominum intelligi, ſicut & totius reliqui peculij caſtrenſis, ideóque interim & eo vſque ius patris quod habet tanquam pater & iure poteſtatis in quolibet peculio filij, non tam extinctum eſſe, quàm ceſſare, id eſt vires ſuas non exercere; quomodo dicere aliquando ſolemus de obligatione, quæ ſi extincta eſſet, numquam reuiuiſceret, ceſſare illam potiùs quàm extinctam eſſe; vt in iis caſibus de quibus in *l. qui res 98. §. aream, ff. de ſolut.* Sed inteſtato poſtea defuncto filio, placet Tryphonino poſtliminij cuiuſdam ſimilitudine patrem antiquo iure habere peculium, id eſt iure quod obtinebat antequàm conſtitutiones induxiſſent, vt filiusfamilias miles in caſtrenſi peculio patrisfamilias vice fungeretur: retróque videri habuiſſe dominia rerum omnium peculiarium: Cui conſequens eſt, vt libertas patris teſtamento data non poſſit dici abſolutè data ſeruo alieno, id eſt ab eo, qui teſtamenti tempore non fuerit dominus iure Quiritium, ac proinde inutiliter, ſed quemadmodum in ſuſpenſo fuit ius & dominium patris, & non apparens, potiùs quàm extinctum & nullum, quandiu filius vixit, & beneficio conſtitutionum vti potuit, quouſque certum eſſe cœperit filium ſuo illo iure neque vſum fuiſſe, neque vti amplius poſſe, quod contingit eo demum mortuo inteſtato; ita fatendum eſt in ſuſpenſo manere hanc libertatem, patris teſtamento datam; vt ſi filius de hoc ſeruo aliquid decernat, hoc ipſo appareat, inutiliter datam eſſe à patre libertatem, id eſt alieno ſeruo, qui & in filij dominio fuerit, & in duorum dominio eſſe non potuerit; ſi verò filius inteſtatus decedat, & hic idem ſeruus, mortis filij tempore in caſtrenſi peculio reperiatur, valeat datio libertatis, tanquam ab eo data libertate, qui eo dationis tempore dominus iure Quiritium fuiſſe retrofingatur: Et quidem ſolus, quia conſtitutiones, quæ hac in re filiofamilias militi fauerunt, non ſuſtulerunt ius illud patris antiquum, quod bonorum omnium cuiuſcumque peculij dominium patri acquirebat aut conſeruabat, niſi ſub ea veluti conditione, ſi filius miles de caſtrenſi ſuo peculio decernere aliquid vellet. Quod ſi non fecerit, aliud nihil eſt quod dici poſſit, præter id quod dicimus, antiquum illud ius patris ſaluum ei atque integrum ſupereſſe. Cuius iuris poteſtas non in alio conſiſtit quàm vt poſt mortem filij dominium rerum omnium peculij patri non tam acquiſitum, quàm continuatum

d. § pater l. de hæreditate.

l. qui res 98. §. aream, ff. de ſolut.

Digitized by Google

videatur, vt ea oſtendunt quæ ſequuntur apud Tryph. Haud aliter ferè ac dici ſolet de bonorum paternorum dominio poſt patris mortem in filium continuando: *l. in ſuis 11. ff. de liber. & poſthu.* Nam & ſuitatis ius quod vocant in perſona filij, & peculij occupandi ius in perſona patris, proficiſcitur vtrumque ex patria poteſtate, quæ facit, vt quicquid eſt filij cenſeatur eſſe patris; & contra quicquid patris eſt, cenſeatur eſſe filij, quamuis neque ius dominij, quod habet filius in bonis patris etiam viuentis, appareat viuo patre; nec ſimiliter ius patris, quod habet ille in filij bonis, viuo filio.

Hæc tamen differentia obſeruanda eſt, quod cum quoque cùm pater teſtamentum fecit, in quo filium hæredem inſtituit, non eo minùs filius ſuus hæres eſt ex teſtamento, & quidem ſtatim, vt ait *l. 1. §. qui ſunt in poteſtate, D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam* id eſt ita vt dominium bonorum paternorum in eum continuetur ex teſtamento, perinde atque continuatum fuiſſet ab inteſtato, ſi teſtamentum nullum factum eſſet; quia abſurdum eſſet ob id minùs videri ſuum hæredem filium quòd à patre fuerit inſtitutus. At cùm filiusfamilias teſtamentum de caſtrenſi peculio fecit, nullum omnino ſupereſt ius patris quantum ad peculium caſtrenſe, nec ſi pater in eo teſtamento ſcriptus proponatur, quia hic caſus pertinet ad conſtitutiones, quæ licèt non filium ipſum, qui miles eſt, aut fuit, caſtrenſe tamen ipſius peculium à patriæ poteſtatis iure immune reddiderunt. Nec proinde patiuntur, vt in bonis illis caſtrenſibus pater ſuccedat iure patris, ſed eodem prorſus iure & modo, quo ſuccederet alius quilibet à filio hæres inſtitutus; Ergo iure ſucceſſionis, & nouæ acquiſitionis dominij, non iure continuationis veræ: Quam dictionem addimus, quia & cùm extraneus hæres ſuccedit, continuatio fit dominij rerum defuncti à defuncto in hæredem, ita vt nullo penitus inſtanti aut hæreditas, aut dominium iacuiſſe intelligatur. Sed ea continuatio ficititia eſt, non vera; cùm inducatur, per retrofictionem illam iuris, quæ facit vt hæres quandocunque adeundo, iam inde ex die mortis adiiſſe retrofingatur: *l. hæres quandocunque 54. ff. de acquir. hæred. l. omnia ferè 193. De regul. iur.* At nec aliud facit ea retrofictio, niſi vt nullum fuiſſe dici poſſit inſtans medium, quo dominium bonorum neque defuncti fuerit, neque hæredis: Ne alioqui ſi vel vnum tale inſtans reperiretur, hoc ipſo induceretur medium inhabile, quod impediret ſecundum Philoſophos coniunctionem extremorum, id eſt, quod faceret ne dominium quod fuiſſet defuncti, transferri poſſet in hæredem, & ita per eiuſmodi tranſlationem continuari. At non facit huiuſmodi retrofictio, quin ſemper verum ſit acquiri hæredi nouum dominium, id eſt quod antea non habuerat, licèt faciat vt ea acquiſitio fiat ſtatim, ita vt dominium hæredis cum dominio defuncti immediatè continuetur. Longéque aliud eſt tractare de continuatione dominij nunc primùm acquiſiti, Aliud verò de continuatione dominij iam antè acquiſiti, quamuis vtraque continuatio dicatur, ſed alio & alio ſenſu. Idque eſt quod ſubinde Tryphoninus tractat in hæc verba: Quid autem, inquit, ſi teſtamentum fecerit filius, & non ſit adita eius hæreditas? Non tam facile eſt dicere continuatum patri poſt mortem filij rerum peculij dominium, cùm medium tempus quo deliberant inſtituti

Dominij continuatio duplicis generis, Scilicet dominij nũc primum acquiſiti, & dominij iam antè quæſiti. d. § pater, l. de hæreditate, ff. de caſt. pecul.

hæredes imaginem ſucceſſioni præſtiterit; hoc eſt fecerit ne poſſit negari quin aliqua filij ſucceſſio fuerit, & quidem alij delata quàm patri, Vt proinde illud quoque fatendum ſit, interruptam eſſe continuationem illam dominij, quæ alioqui futura erat in perſona patris; cum fieri nequeat, vt dominium rerum caſtrenſium peculiarium, quod patris ſemper fuiſſe intelligatur, alij medio tempore delatum fuerit à filio inuito patre; immo etiam à lege teſtamentum filij adprobante. Alioquin ſi poneres aditam eſſe ab inteſtato hæreditatem filij, dicendum eſſet earum rerum caſtrenſium proprietatem tranſiiſſe à patre ad filij hæredem; quod tamen abſurdum eſſet, quia dominium quod ſemel patris eſſe cœpiſſet, poſtmodum ab eo inuito abſcedere non potuiſſet: *l. ſi ego 9. §. 1. ff. de iur. dot.* Sed tamen magis eſt, vt hoc quoque caſu, ſicut in aliis, habeamus in pendenti dominia, id eſt vtrumque dominium tam patris quàm filij, vt ex poſtfacto ſeruum hunc retro patris, aut filij fuiſſe, vel non fuiſſe credamus. Filij, ſi de illo filius aliquid decreuerit, ſiue inter viuos, ſiue in vltima voluntate quæ habuerit effectum. Patris verò, ſi vel de eo nihil filius viuus decreuerit, vel decreuerit quidem, ſed ita, vt ipſius teſtamentum deſtitutum ſit, hærede non adeunte, atque ita pro eo habeatur ac ſi nunquam factum eſſet. Hicque ſenſus eſt, illius verſiculi, *niſi in pendenti, vt in aliis & in hac ſpecie habeamus dominia, vt ex facto retro fuiſſe, aut non fuiſſe patris credamus.* Sic enim legendum eſt, *niſi in pendenti*, vt vulgo; non vt in Florent. *ſi in pendenti.* Etſi autem dubitanter magis quàm affirmatiuè loqui Tryphoninus videtur, hoc ipſum tamen pro affirmatione omnimodo accipiendum eſt, modo loquendi Iureconſultis noſtris familiari, cùm de re dubia ſententiam ſuam modeſtè, vt decet, exponunt. Idque apparet euidenter ex illis ſequentibus, *ſecundum quod*, quorum ſenſus non alius eſt, quàm ſi ſic ſcriptum eſſet, *Quo admiſſo & præſuppoſito pro conſtanti.* Ergo cùm eam ſpeciem tractemus, in qua filius quidem teſtamentum fecerit, ſed quod pro non facto habeatur, quia fuerit deſtitutum; concludendum eſt, non eo minùs valere ipſo iure libertatem à patre datam, vtpote quam verum ſit à vero domino datam eſſe. Nam quemadmodum viuo filio dominium peculij caſtrenſis, de quo nondum filius diſpoſuit, in pendenti eſt, ita vt non poſſit verè & abſolutè dici ſeruum hunc, aut filij eſſe, aut patris; ita & mortuo filio quamuis teſtato, dummodo patre adhuc ſuperſtite, nihil prohibet idem dominium perinde adhuc in ſuſpenſo manere, quandiu in pendenti eſt, an teſtamentum quod reuera factum eſt, pro infecto haberi debeat, necne. Niſi quod hoc paullò difficilius eſt propter illam ſucceſſionis imaginem, quam inducit cauſa teſtamenti, quandiu aliquis ex eo teſtamento hæres ſperatur. Sed tamen ſublato tandem poſtea teſtamento, quod hærede non adeunte deſtituitur & fit irritum, imaginem quoque illam ſucceſſionis, quæ non niſi ex teſtamento inducta erat, ſublatam eſſe neceſſe eſt, nec vlla prorſus veſtigia eius supereſſe.

Dominium in pendenti.

Quod ſi ita eſt, non poteſt illa facere quominùs perinde videri debeat peculium ſemper fuiſſe in dominio patris, ac ſi filius ab initio inteſtatus deceſſiſſet. Quid enim refert, an ab initio, an ex poſtfacto inteſtatus deceſſerit? cùm vtroque caſu locum æquè habeat cauſa inteſtati,

verúmque

Digitized by Google

[v]triuſque ſit in totum deceſſiſſe filium [in]teſtatum,id eſt non ſolùm pro toto patrimonio, ſed etiam pro toto illo tempore, quod ſecutum eſt mortem: in quo vtique nemo negauerit, illud etiam tempus comprehendi, quod medium fuit inter filij mortem,& inſtans deſtituti teſtamenti. Alioqui eueniret,vt filius hic pro parte temporis teſtatus, & pro alia parte inteſtatus deceſſiſſe intelligeretur, quod in filiofamilias pagano non minùs abſurdum eſt, quàm vt pro parte bonorum decedat ille teſtatus, pro parte inteſtatus,vt *in hac eadem lege, §.filiusfamilias*, Tryphoninus ſcribit.

§. filiusfamilias, dict. l. de hæreditato.

Subiicit verò Tryphoninus, Secundum hanc ſententiam veriſſimam, quæ habet dominium tam patris quàm filij in rebus caſtrenſibus eſſe in pendenti,non ſolùm quandiu filius viuit, ſed eo quoque mortuo, quandiu teſtamentum in eo eſt,vt deſtitui poſſit, faceréque inteſtati exitum filius poteſt,difficile eſſe expedire, ſi dum deliberant hæredes à filiofamilias inſtituti,dies ceſſerit legati dati ſeruo iſtius peculij in teſtamento eius ex quo pater nihil capere potuiſſet,an ad ipſum patrem pertineat, cùm vtique, id eſt ſine dubio ad hæredem filij,qui incapax non eſſet,legatum illud pertineret.Nec aperit Tryphoninus quid putet ille reſpondendum ad hanc quæſtionem. Sed tamen non eſt difficilis reſponſio ex prædictis. Nam ſi deſtituto quandocunque teſtamento res ad eam cauſam deducitur, vt nullum vnquam teſtamentum factum videatur, nec proinde dominium quod iure poteſtatis habuit pater in bonis filij caſtrenſibus, ab eo vnquam abſceſſiſſe,vt loquitur Vlp. in *d. l. proponebatur*. Conſequens eſt,vt ſicuti in hac poſtrema ſpecie verum eſt,dominium ſerui retrofingi fuiſſe ſemper patris; Ita fatendum ſit numquam ceſſiſſe vtiliter diem legati relicti ſeruo incapacis, tametſi ceſſurus fuerat vtiliter, ſi teſtamentum filiifamilias deſtitutum non fuiſſet, quoniam eo caſu hæredes à filiofam. inſtituti quandocunque adeuntes, retrofingerentur adiiſſe ex die mortis filij: *d.l.hæredes 49. De acquir. hæred.* atque ita nihil prohiberet ceſſiſſe vtiliter diem legati relicti ſeruo eorum quos ponimus fuiſſe capaces; quomodo contingit in aliis omnibus legatis ſeruo hæreditario,iacente hæreditate relictis.Facilior tamen,inquit Tryphon. de libertate ſerui deliberatio eſt,in priore illa ſpecie,in qua filius inteſtatus deceſſiſſe proponitur. Etſi enim vtroque caſu idem ius eſt, vt hæc ipſa verba oſtendunt; hoc eſt,vt valeat ipſo iure libertas à patre data tanquam à vero domino,propter eas rationes quas attulimus; minus tamen difficultatis habet prior ſpecies illa de filio,qui ab initio inteſtatus deceſſit,id eſt, qui nunquam fecit teſtamentum: propterea quòd nulla tunc fuerit imago ſucceſſionis, quæ videri poſſit interrupiſſe continuationem illam dominij paterni,quæ non niſi aliquo filiifamilias iudicio interrumpi potuit,ſi is de peculio caſtrenſi,vel inter viuos, vel in teſtamento aliquid decreuiſſet.

Emendatio d.§. præter.

Quod cùm ita ſit,apparet,non poſſe defendi quæ apud Tryphoninum ſequuntur in hæc verba: *Non eſt ergo ratio reſpondendi competere libertatem eo tempore datam, quo non fuit in dominio patris.* Etenim quamuis verum ſit directam libertatem ab eo qui dominus non ſit dari non poſſe, tamen ad rem noſtram id non pertinet, cùm in ſupraſcriptis ſpeciebus omnibus verum ſit quod probauimus, ſerui, de quo tractamus, dominium ſolius patris, non etiam filiifa-

milias, fuiſſe ex poſtfacto non tam retrofingi, quàm apparere; vt Paulus ait in *leg. qui res 98. §.rem autem, ff.de ſolut.* vbi quamquam initio ſcribit quoties caſtrenſis peculij res à patre ſoluitur, perinde id accipi debere ac ſi alienam dediſſet; id tamen duntaxat pertinet, vt hac ratione impediatur liberatio, ne per huiuſmodi ſolutionem liberetur ſtatim & ipſo iure pater, quomodo liberaretur ſi ſuam non alienam rem ſoluiſſet. Cæterùm non negat Paulus, immo apertè ſubiicit, poſſe rem hanc caſtrenſem reſidere apud eum, cui ſoluta eſt, tanquam bene & à domino ſolutam, ſcilicet ſi filius prior deceſſerit inteſtatus: Sed tunc acquiſita intelligitur,ait ille,cùm filius deceſſerit, Et vtique cuius hæc res fuerit, patriſue an filij,euentus declarabit. Eſt enim hoc ex iis in quibus quid antea & in præteritum fuerit,pòſt facta declarant: Vt & in ſpecie,de qua in *l.huic ſcriptura 15.§.1.ff. ad leg. Aquil.*

l. huic ſcriptura 1. §. 1. ff. ad leg. Aquil.

Eſt igitur illud etiam ridiculum quod ſequitur apud Tryphoninum,*Fauorabilẽ tamen ſententiam contrariam in vtroque caſu eſſe non negamus.* Quid enim attinet ad fauorem libertatis recurrere,vbi mera ipſa iuris ratio facit pro libertate? An ergo locum hunc à Triboniano tantopere corruptum eſſe dicemus? Ego ſi quis affirmare velit, non valde repugnabo, cùm tot aliis locis videam eum non minore iuris imperitia lapſum, idem facinus attentaſſe; præſertim verò in *l.vlt.huius tit.* de qua mox dicemus.Sed tam fieri facilè poteſt,vt imperiti alicuius interpretis audacia hunc errorem inuexerit,decepti fortaſſe ex præcedentium verborum corrupta lectione,illo loco, quem Pand. Floren. ſic legunt, *quod abſurdum eſt ſi pendenti,vt in aliis & in hac ſpecie habeamus dominia,vt ex facto retro fuiſſe,aut non fuiſſe patris credamus.* Nam ſi hoc verè dici poſſet,abſurdum eſſe in pendenti manere dominia patris & filij, fatendum eſſet non potuiſſe à patre dari libertatem huic ſeruo; quem planè certum eſt interim, id eſt quandiu filius viuit, & de eo diſponere poteſt, magis filij eſſe quam patris. Sed iam docuimus vitioſam eſſe lectionem Florent.legendúmque eſſe, vt vulgatis, & Holoandrina editio habet,*niſi in pendenti*, vt ſit hoc initium nouæ clauſulæ; & præcedentia illa,*quod abſurdum eſt*,puncto concluſa,non niſi ad præcedentem clauſulam referantur.

At pone filiumfamilias hunc, feciſſe teſtamentum de rebus caſtrenſibus, in quo inſtituerit hæredem patrem,qui iam antea teſtamento ſuo dederat huic ſeruo filij caſtrenſi directam libertatem. Defuncto poſtmodum filio, ſuperſtite patre, qui & ipſe poſtea deceſſerit. An dicemus competere libertatem ex eo patris teſtamento? Hæc quæſtio eſt quæ ex Paulo tractatur in *d.l. vlt. eod. tit.* ad quam ſic Paulus reſpondet, *Videndum eſt*, inquit, *nunquid ei comparari* hic ſeruus *debeat, qui cùm manumitteretur alienus erat, deinde poſtea adquiſitus eſt.* quibus verbis ſignificat non obſcurè libertatem huic ſeruo competere non poſſe. Nam quoties ſeruo alieno libertas non conſentiente domino data eſt, ſiue inter viuos, ſiue in teſtamento data ſit, conſtat vſque adeo iuris auctoritate impediri libertatem, vt quamuis poſtea manumiſſor domino hæres extiterit, non eo magis libertas confirmetur,nec ſi cognationis iure legitimus hæres quis fuiſſe proponatur: *l. ſi ſeruo 20. D.qui & à quib.mann.* iunct. *d.l.ſeruo.C.de teſt.manu. l. Seruius. 35. D. eod.§.pen.Inſtit.de ſing. reb.*

per fideic. relict. Quibus poſterioribus locis apertè ſcriptum eſt, non aliter directā libertatem teſtamento dari poſſe, quam ſi is qui dat dominus ſit ſerui vtroque tempore & teſtamenti & mortis. Excepto ſingulari illo caſu, quem Vlpian. tractat in *l. ſi ſerui 30. D. de teſt. manu.* ſi ſerui, qui apud hoſtes ſunt, teſtamento liberi eſſe iuſſi ſint. Hos enim placet ad libertatem peruenire, id eſt liberos ipſo iure fieri, dummodo ab hoſtibus aliquando redeant, quamuis neque teſtamenti, neque mortis tempore reſtantis fuerint, ſed hoſtium, tanquam qui ex domini perſona ius poſtliminij habere debeant in ſui commodum, propter libertatem quam à domino medio tempore acceperunt.

Apparet etiam ex ſupradictis locis, Si is qui teſtamento ſuo directam libertatem dedit, non fuerit dominus, vtroque tempore, & mortis, & teſtamenti; vſque adeo inutilem eſſe dationem libertatis, vt non ſolum iure libertas non competat, ſed neque ex æquitate & fauorabiliter defendatur: Nec ſi mortis tempore dominus reperiatur is, qui non fuerat tempore teſtamenti. Alioqui dicendum eſſet falſas eſſe leges omnes ſupradictas, & alias ſimiles pene innumeras, quæ denegant libertatem. Parum ſiquidem foret dicere libertatem non competere ipſo iure, quæ ex æquitate & ſui fauore tuenda eſſet. Et tamen in ea ſpecie quam Paulus tractat in *d. l. vltim.* longè aliud concluditur his verbis, *ſed fauorabile eſt libertatem à patre relictam admittere.*

Sed quod magis miror illud eſt, quod ſtatim ſequitur. *& ab initio patris eſſe eum videri, ex hoc quod poſtea contigit, oſtenditur.* Nam ſi hæc ratio vera eſt, probat manifeſtè rationem ipſam iuris facere, non fauorem libertatis, vt hæc libertas ipſo iure valeat quæ à patre data fuit. Quid enim excogitari poteſt, quod impedire debeat, quominus competat libertas huic ſeruo à patre data, ſi iam inde à teſtamenti tempore in patris dominio fuiſſe intelligitur, cùm ſi mortis tempus inſpiciatur dubitatio nulla ſit quin dominus fuerit pater, qui filij ſui teſtamentarius hæres fuit? Sed euidenter falſa ratio eſt, ſi ratio dici poteſt quæ eſt falſa. Cùm enim tractemus eum caſum, quo filiusfamilias de caſtrenſi peculio teſtamentum fecerit, fatendum neceſſariò eſt, hoc ipſo apparere ex poſtfacto dominium huius ſerui non fuiſſe patris tempore teſtamenti, ſed ſolius filij, *l. ſerui 17. ff. de manu.* poſteà verò patri obueniſſe ex filij teſtamento; quod etſi appareret euidentiùs, ſi filius alium quàm patrem hæredem ſcripſiſſe proponeretur; tamen non ob id minùs certum & verum eſt, quod pater ipſe fuerit inſtitutus. Vtitur enim hoc caſu pater iure alterius cuiuſlibet etiam extranei hæredis, ita vt bona filij caſtrenſia pertinere ad eum incipiant non tanquam peculium, ſed tanquam hæreditas, id eſt non tanquam ad patrem, ſed tanquam ad alium quemlibet hæredem: *d. l. 2 d. l. proponebatur. 9 eod tit.* Igitur hæc quoque adiectio cùm Paulo adſcribi non poſſit, quia falſa eſt; conſequens ſit, vt eidem noſtro Triboniano adſcribenda ſit, quem illud ſanè fefellit, quod abſurd[illegible] ...etur patrem à filio hæredem ſcri[illegible] ...i ſolùm quòd ſcriptus fuerit, minus [illegible] ...e in hoc ſeruo, quam habiturus erat ſi [illegible] ...ſtatus deceſſiſſet. Videtur enim id [illegible] ...r teſtamento, quo quis hæres ſit inſti[illegible] ...rior fiat conditio ipſius inſtituti.

l. ſi ſerui 17. ff. de manum.

d. l. vlt. ff de caſtr. pec.

At debuit animaduertere hoc caſu nocere patri, non quod inſtitutus fuerit à filio, ſed quod filius teſtamentum fecerit, quem inteſtatum mori oportebat, vt ſerui cæterarúmque rerum caſtrenſium dominium numquam à patre profectum fuiſſe ex pòſtfacto intelligeretur. Sublato autem per teſtamentum filij, iure omni patris, non ſolùm quod habebat, ſed etiam quod ſperare [illegible]nquam vel per retrofictionem poterat in caſtrenſi peculio filij, prodeſt ei proculdubio, quòd fuerit à filio inſtitutus. Siquidem facto teſtamento, ſi ipſe non fuiſſet inſtitutus, neceſſe eſſet alium reperiri inſtitutum, cum ſine inſtitutione nullum ſit teſtamentum, atque ita non potuiſſet peculium illud caſtrenſe filij ad patrem vnquam peruenire; neque tanquam peculium, quia peculium eſſe deſiiſſet, facto, confirmatóque per hæreditatis aditionem teſtamento; neque tanquam hæreditas, quia non pater, ſed alius hæres inſtitutus fuiſſet. Et verò parum elegans planéque noua eſt ea locutio, *ſed fauorabile eſt, libertatem à patre relictum admittere:* pro eo quod Tribon. dicere voluit, fauore libertatum defendendam libertatem hanc, quam pater dedit. Sed & in ſequentibus illis, *& ab initio patris eum eſſe:* ſcribendum erat *fuiſſe*, non *eſſe*; vt in *l. praeced.* locutus fuerat Trypho. *in verſ. niſi in pendenti.* quæ omnia Triboniani manum minus elegantem tanto apertiùs produnt.

Verùm redeamus iam ad Vlpianum noſtrum in *d. l. proponebatur.* Pergit ille priuſquàm ad quæſtionem à ſe propoſitam reſpondeat, præmittere alia nonnulla ex quibus probet, verum eſſe quod iam dixit, caſtrenſe peculium, ſi de eo nihil filius aut inter viuos, aut in teſtamento decreuerit, retro videri fuiſſe patris, nec tam ei per mortem filij obueniſſe, quàm ab eo profectum numquam eſſe. Tale illud eſt quod ex Marcello ſubiungit, ſeruum hunc filij peculiarem, patri quoque neceſſarium hæredē exiſtere poſſe; nimirum ſi filio pater ſuperuixerit. Quod tamen verum eſſe, admittíve nullo modo poſſet, niſi pater qui teſtamento hæredem illum ſcripſerat, viuo adhuc filio (ſic enim Marcellus haud dubiè intelligendus eſt, ne videatur de indubitabili re tractaſſe, ſi ponas factum à patre poſt filij mortem teſtamētum) ſolus domini ſeruus retro fuiſſe crederetur. Neceſſarium enim hæredem facit ſolum ius dominicæ poteſtatis, & quidem quod penes teſtatorem fuerit eo potiſſimùm tempore, quo teſtabatur. §. 1. *Inſtit. De hæred. qualit. & differ.*

d. l. proponebatur 9. eod. tit. De caſtr. pecul.

Addit Vlp. etſi rem peculij caſtrenſis pater legauerit, idem eſſe, hoc eſt eodem caſu quo libertatem à patre datam, vel competere, vel impediri diximus, legatum quoque vel deberi, vel impediri. Quod apertius idem Vlp. in *l. ſeruum filij 44. De legat. 1.* ſic exprimit, vt dicat patrem poſſe ſeruum filij ſui caſtrenſis peculij legare, & ſi viuo patre mortuus ſit filius, & apud patrem peculium remanſerit, id eſt neque à filio viuente fuerit alienatum, neque à patre poſt filij mortem reiectum, perinde conſiſtere legatum, ac ſi pater eam rem relegaſſet, quæ ab initio ſua pleno iure fuiſſet: Ratione illa, quod cùm filius iure ſuo non vtitur, retro creditur pater dominium in ſeruo peculiari habuiſſe. Quibus ita præmiſſis reſpondens Vlp. ad propoſitam quæſtionem ait, Cùm hæres quem diximus à filiofamilias in peculio caſtrenſi inſtitutum fuiſſe, repudiauerit hæreditatem, quamuis mortuo iam patre, retro bonis patris peculium acceſſiſſe, ideóque poſſe dici etiam aucta fuiſſe patris bona

§. 1. Inſt. de hæred. qual. & differ.

per

per hanc repudiationem. Nec eſt nonum, inquit, vt ex poſtfacto aliquis eum ſucceſſorem habuiſſe videatur, quem mortis tempore habere oon potuerit. Nam etſi filius eius, qui ab hoſtibus captus eſt, deceſſerit patre captiuo viuo, ſiquidem pater regrederetur, quaſi filiusfamilias peculium haberet hic filius, non hæreditatem. Enimuerò ſi ibidem pater deceſſerit, quaſi paterfamilias legitimum habebit filius ſucceſſorem. Immo quod magis eſt retro habuiſſe creditur eius ſucceſſor, ea quoque, quæ medio tempore filius iſte quæſiit, nec hæredi patris, ſi fortè alij, vel in totum, exhæredato hoc filio in teſtamento, vel in partem inſtituti ſint hæredes; ſed ipſi filio quæſita videbuntur. Quod & à Papiniano ſcriptum eſt in *l. penult. ff. de ſuis & legit.* & à Tryphon. in *l. in bello* 12 *§. 1. ff. de captiu. & poſtlim.*

Omnium autem aptiſſimus ad confirmanda ea quæ diximus & accommodatiſſimus textus eſt apud Marcianum in *l. ex caſtrenſi* 18. *ff. de caſtrenſ. pecul.* vbi poſtquàm ſcripſit, Ex caſtrenſi peculio ſeruum à patre hæredem inſtitui poſſe, & filium neceſſarium hæredem patri facere; Nimirum ſi filius hic poſt patrem, & inteſtatus, & non alienato ſeruo deceſſerit (alioqui ſiue teſtatus ſit, ſiue ſeruum alienauerit, ius patris peremit, atque ita fecit vt alienum, non proprium ſeruum inſtituiſſe pater dicendus ſit: inauditum verò eſt, vt per eum ſeruum qui numquam teſtatoris fuerit, poſſit quis fieri neceſſarius hæres teſtatori, quandoquidem per eum quis neceſſarius hæres exiſtere non poteſt, qui ipſe non eſſet extiturus: *l. qui in aliena* 6. *§. penult. ff. de acquir. her.*) Subiicit generaliter in hæc verba, *Et in ſumma ea res, hi actus patris, qui ad præſens alinationem alicuius iuris de caſtrenſi peculio præſtant, impediuntur; hi verò qui non ſtatim, ſed poſtea quidem efficere ſolent: eo tempore animaduertentur, quo effectum habere conſueuerunt, vt ſi eo tempore ſit filius cui auferatur, nihil agatur: ſin ante deceſſerit, actus patris non impediatur.*

Ex quo ſtatim idem Mæcianus infert, ſi pater hic viuo filio agat communi diuidundo aduerſus condiuiſores (Ex qua cauſa ſolent plerumque fieri ab arbitrio adiudicationes per quas alienatur ea pars quæ ſocio adiudicatur, *l. ſi quis putans* 6. *§ ſi fundus communis* 8. *& ſeq. ff. commun. diuid. l.* 1. *&* 3. *C. eo.* nihil tamen quod ad caſtrenſis peculij cauſam pertineat, patrem alienaturum. Exemplo, inquit, dotalis prædij, quod in iudiciis familiæ erciſcundæ & communi diuidundo; neque in diuiſionem, neque in adiudicationem vnquam venit. Non ob id ſolùm quod æquum ſit, præcipuum illud remanere apud maritum qui onera matrimonij ſolus ſuſtinet, *l. ſi filia* 20. *§. hoc amplius, ff. famil. erciſc.* ſed etiam propter adnexum ius vxoris, cuius dos eſſe intelligitur: *l. quamuis* 7 *a. ff. de iur. dot.* & cui dos vt ſoluto matrimonio reddi debeat fieri poteſt. Nam ſi eo tempore quo communio & ſocietas bonorum diuideretur in ea cauſa eſſet dos, vt certum eſſet, eam, vel partem eius reddi numquam oportere, diuidere illam, illiúſve partem quæ numquam reſtituenda eſſet, inter ſocios iudex deberet: *l quod ſi eo tempore* 66. iunct. *§. vlt. l. praced. ff. pro ſocio.* Similiter igitur dicendum eſt, bona filij caſtrenſia patre agente communi diuidondo, in diuiſionem venire non debere, cùm fieri poſſit non ſolùm vt ad filium pertineant, ſed etiam ita pertineant, vt numquam patris fuiſſe dici poſſint, nempe ſi de iis aliquid

l. ſi filia 20. *§. hoc amplius, ff. famil. erciſc.*

filius, ſiue inter viuos, ſiue in teſtamento decernat.

Sed nec ſi ſocius vltro cum eo agat, inquit Mæcianus, id eſt cum patre, ad diuidendas res peculij caſtrenſis, ſicut & cæteras quæ ſont propriæ patris, quicquam agetur, id eſt nihil ideò ex caſtrenſibus ſocius conſequetur, non magis quàm ſi cum eo ageret cui bonis interdictum eſſet. Nam & huic patri interdictum eſt, ne quid ex filij ſui peculio caſtrenſi alienare poſſit, quippe quod à patris patrimonio quaudiu filius viuit, & in eo eſt, vt de illo poſſit diſponere, ſit ex conſtitutionibus ſeparatum. Si tamen ſeruos ex eo peculio, in quibus habeat alius vſumfructum, velit pater eo vſufructu liberare, itémque prædia tam vſufructu quàm cæteris ſeruitutibus, quæ à ſolis prædiis, non etiam ab hominibus deberi poſſunt, vnde & prædiorum appellantur, dubitandum non eſt quin id liceat patri, quod liceret etiam prodigo, cui bonis eſſet interdictum. Nam & ei permittitur conditionem ſuam meliorem facere, non etiam deteriorem. At è contrario, neque ſeruis ex eo peculio vſumfructum, neque prædiis vel vſumfructum, vel ſeruitutem imponere pater poterit, quoniam fieret ea ratione deterior conditio peculij, quod non ab alio fieri poteſt, quà ab eo qui in præſeos dominus ſit pleno iure.

Quæ ſententia & ratio eſt eorum, de quibus idem Mæcianus tractat in *§. ſeruos, ead. leg.* vbi ſubinde quærit ille in *§. ſi quando*, Si ex peculio filius rem alienam bona fide tenebit, an pater eius actionem in rem vel ad exhibendum pati debeat, vt cæterorum filiorum nomine pati ſolet, id eſt eorum qui caſtrenſe peculium non habent. Sed verius eſt, inquit, cum peculium hoc à bonis patris ſeparetur, ſcilicet ex conſtitutionibus, quæ filiumfamilias in eo peculio patrisfamilias iure cenſeri voluerunt, non eſſe imponendam patri defenſionis neceſſitatem. Dixi ſeparari peculium hoc à bonis patris ex conſtitutionibus, vt excludam ſeparationem illam, quæ interdum fit ex Prætoris edicto *De ſeparationibus*, de qua in *l. 1. §. ſi filiusfam.* 11 *ſll. tit. De ſepar.* Non enim ſeparatio illa eſt bonorum filij caſtrenſium à bonis patris, quæ iam ſunt ex conſtitutionibus & ipſo iure ſeparata (edictum autem illud Prætoris non alia bona ſeparat, quàm quæ ſint ipſo iure confuſa) ſed creditorum caſtrenſium à cæteris, vt *ibidem* Vlp. apertè ſcribit. Quamquam de illius loci ſententia, videnda ſunt, quæ nobis *alio loco* fuſius ſunt explicata.

l. 1. § ſi filiuſfamilias, De ſeparat.

Sequitur apud Mæcianum, Sed nec cogendum eſſe patrem ob æs alienũ, quod filius nomine peculij caſtrenſis feciſſe dicetur, de peculio pati actionem, tanquam qui in eo filij peculio nec paterfamilias eſſe, nec præſens ius vllum, quandiu filiusfamilias viuit, habere intelligatur. Cui conſequenter dicendum eſt; Si ſponte pater eius peculij nomine actionem de peculio pati velit, cogendum eum ſatiſdare, & quidem de filio in ſolidum, non peculio tenus defendendo; quia non tanquam pater, ſed tanquam alius quilibet ad eam defenſionem accedat. Nam & alius defenſor quilibet, idipſum facere cogeretur: *l. ſed & hæ perſonæ* 35 *§. defendere ff. de procurat.* Sed & huius filij nomine qui caſtrenſe peculium habet, non aliter mouere actiones pater poteſt, ad illud ſcilicet peculium pertinentes, quàm ſi ſatiſdederit filium ratam rem habiturum: Siquidem & in alio quolibet, qui alieno

Digitized by Google

nomine ageret, idem obſeruaretur: *tot. tit. ff. rat. rem haber.* His iungenda ſunt quæ *infra* ſcribemus *illat.* 17.

ILLATIO XIII.

Ex caſtrenſibus filij bonis nihil patri-bus deberi.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit, quod iuxta notam Marcelli Pomponius tradit in *l. ex nota* 10. *ff. de caſtrenſ. pecul.* ex caſtrenſibus filij bonis nihil patribus deberi. Senſus enim eſt, quamuis pater ius poteſtatis ſuæ retineat, non minus in filium qui caſtrenſe peculium habet, quam in cæteros: non tamen inde fieri, vt quicquam iuris habere debeat in eo peculio, quandiu filius viuit: *l. Imperator* 50. *ff. ad SC. Trebell.* Sed nec mortuo filio debetur patri vlla portio ex caſtrenſibus rebus, cui tamen ex bonis filij emancipati, tam antiquo, quàm prætorio iure, aliqua debebetur, id eſt tanquam patri, & tanquam manumiſſori: *l.* 1. *in princip. & §. vl. ff. ſi a paren quis manum. ſit.* Nempe quia quod emancipatus bona aliqua habere poteſt, conſecutus eſt ex beneficio patris, cui alioquin omnia iure poteſtatis erat acquiſiturus, vt Vlp. præfatur *in princ. d. l.* 1. At quod filiusfamilias caſtrenſe peculium ſibi proprium habere poſſit, in eoque patrisfamilias iure cenſeatur non habere à patre, ſed illo etiam inuito ex conſtitutionibus in præmium militiæ ſuæ, laborúmque à ſe pro Republica toleratorum.

Plus iuris habet pater in bonis defuncti ſi emancipati, quàm in caſtrenſi peculio filio militis.

Aliò pertinet quod dici ſolet de militis teſtamento inofficioſo, nec patrem, nec alium vllum, etiam militem, dicere poſſe: *l. ſi inſtituta* 27. *§. de inofficioſo* 1. *ff. de inoff. teſtam.* Aliud enim & ſeparatum militis priuilegium illud eſt, vt eius teſtamentum, ſiue paterfamilias, ſiue filiusfamilias ſit, per querelam inofficioſi teſtamenti nunquã ſubuerti poſſit, ſiue militari, ſiue communi iure teſtamentum factum proponatur, *l. de inofficioſo* 9. *C. eo.*

At nos tractamus de priuilegio non militis, ſed peculij caſtrenſis quod habeat filiusfamilias etiam paganus, & dicimus ex eo peculio neque legitimam vllam portionem, neque aliud quicquam deberi patri, propter quod permittendum ei ſit, vt ſiue per querelam inofficioſi, ſiue alio modo filij iudicia impugnet. Immo & ſi pater à filio in eo caſtrenſi peculio hæres ſcriptus ſit, & grauatus legatis, vel fideicommiſſo, falcidiam deducere nullam poteſt, quamuis hactenus ei pateatur, vti ne ſupra vires patrimonij quicquam præſtare teneatur: *l.* 1. *§ denique ff. ad SC. Trebell. l. pater qui caſtrenſe* 17. *§.* 1. *ff. de caſtrenſ. pecul.*

Ex quibus tamen locis apparet, ità demum falcidiam ex peculio caſtrenſi detrahi non poſſe, ſi filius teſtatus ſit eo tempore quo militabat vel intra annum quam militare deſierat, non item ſi poſt annum. Quo etiam pertinet quod ſcriptum eſt in *l. ſi miles* 92. *ff. ad leg. falcid.*

Vſque adeo autem nec patribus aliquid ex caſtrenſibus filij bonis debetur, vt ſi quis à fratre ſuo, eodemque commilitone in eiſdem caſtris hæres inſtitutus ſit, placeat ſucceſſionem defuncti in caſtrenſi peculio ſuperſtitis, potius quàm patri communi, in cuius poteſtate vterque fuit, per ſuperſtitem quæſitam videri: *l. cùm allegas* 4. *C. de caſtr. pec. milit. præfect. lib.* 12. *tit.* 37. vbi rationem Imp. Gordianus reddit, quòd peregrinationis labor ſociatus, commilitij ius (ſic enim lego non *eius*) & obeundorum munerum conſortium affectioni fraternæ nonnihil addidiſſe; quinimo vice mutua charíores inuicem ſibi eos reddidiſſe credendum ſit. Dubitandi enim ratio illa erat, quod frater fratrem potius tanquam fratrem, quam quaſi commilitonem inſtituiſſe videretur. Quod ſi ita eſſet, dubitari non oporteret quin ad caſtrenſis peculij cauſam fraterna illa hæreditas pertinere non poſſet, vt ſupra diximus ex *l.* 5. 6 8. & 11. *ff. eod.* Vt euenit facto ante commilitium teſtamento, vt loquitur & diſtinguit Tryphon. in *l. de hæreditate*, 19. *in princ. eod. tit.* qui locus in hac quæſtione notatu digniſſimus eſt.

ILLATIO XIV.

De filiofamilias milite in adoptionem dato.

DEcimoquartò ex eodem Principio fit, vt pater filium militem alij in adoptionem dare poſſit: *l. pater qui dat.* 12. *ff. de caſtr. pec.* quod ius conſtat proprium eſſe eorum patrum, qui liberos habent in poteſtate: *l.* 2. *l. in adoptionibus* 5. *ff. de adopt.* Non tamen conſequens eſt, vt pater qui filium militem dat alij in adoptionem, poſſit etiam ei auferre peculium, quod ſemel militiæ iure filius tenuerit, id eſt peculium caſtrenſe; vt Papin. monet in *d. l. pater.* Vbi ex eo infert, Multò maiori ratione dicendum eſſe, nec emancipando filium poſſe patrem hunc, ei auferre peculium, quod nec in familia retento auferre poteſt. Cur enim plus iuris habeat pater in peculium filij caſtrenſe, filium emancipando, quam ipſum in poteſtate ſua retinendo.

Nec eſt contrarium quod ſcriptum eſt in *l.* 4. *§. vlt. ff. de dol. except.* patri licere in rebus peculiaris deteriorem facere conditionem liberorum. Id enim ad peculium profectitium pertinet, quod licèt filij quodammodo eſſe dicatur, magis tamen eſt patris, cùm non niſi vno caſu ad filium pleno iure ſpectare poſſit; Nimirum ſi patris bona à fiſco propter debitum occupata ſint, quo caſu peculium ex Claudij conſtitutione filio ſeparatur: *l.* 3. *§. ſed verum, in fin. l. patri* 27. *in princ. ff. de minor.* Sed peculij caſtrenſis alia ratio eſt, in quo ſcilicet nihil iuris pater habet quãdiu filius viuit, nec de peculio illo decernere aliquid poteſt; cùm vt ſæpius diximus, filiusfamilias loco & iure cenſeatur: *d. l.* 1 *ff. de SC. Maced. l. vlt. ff. ad Tertyll.*

l. 4. *§ vlt ff. de dol. mal. except.*

ILLATIO XV.

De dote filiofamilias militi data, vel promiſſa.

DEcimoquintò ex eodem Principio fit quod Pap. reſpondit in *l. dotem* 16. *De caſtr. pec.* dotem filiofamilias datam vel promiſſam in peculio caſtrenſi non eſſe. Nec ea res, inquit, contraria videbitur ei, quod Diui Hadriani temporibus placuit filiumfamilias militẽ vxori, à qua ſcriptus fuerat, hæredem extitiſſe, & hæreditatem in caſtrenſe peculium habuiſſe, ob idque ſeruos hæreditarios ab eo manumiſſos proprios eius libertos factos eſſe; vt idem Pap. addit in *l. D. Hadrianus*

drianus 13.eo.tit & Modeſtinus in *l. ſeruum 8.ff. de iur.patr.* Nám differentia inter dotem & hæreditatem non inelegans illa eſt, quòd hæreditas, inquit Papinianus, aduentitio iure quæritur. Dos autem matrimonio cohærens oneribus eius ac liberis communibus, qui ſunt in aui familia confertur. Quibus verbis oſtendit Papinianus, non modò filiumfamilias militem in familia & poteſtate patris ſui remanere, ſed etiam quod eſt omnino conſequens, liberos ex eo ſuſceptos in eadem eſſe familia & poteſtate, ob idque æquum eſſe, dotem retineri ab auo, cuius oneri ſint liberi ex illo matrimonio ſuſcepti, ſicut & cætera omnia onera matrimonij, propter ius patriæ poteſtatis: *l.penult ff.de agnoſc. & alend.liber.* Perpetuum namque eſt, vt ibi dos eſſe debeat, vbi ſunt onera matrimonij: *l. ſi ie qui 56.§.ibi dos.ff.de iur.dot l.quamuis 75. eod. l. ſi filia 20.§.hoc amplius,ff.famil. erciſc. l.actione 65. §.vlt ff. pro ſocio.*

Ex eo autem Hadriani reſcripto per Papinianum relato, intelligimus, quod ſupradictum eſt ex Vlpiano in *l. ſi forte 7. De caſtr. pecul.* ſi fortè vxor mariio ſuo filiofamilias aliquid donaue- aut legauerit, quamuis expreſſerit nominatim vt in caſtrenſi peculio id haberet, non ideo tamen caſtrenſi peculio adgregari debere; ita accipiendum eſſe, ſi donatum ſit filiofamilias à militia reuerſo, nec amplius in caſtris agenti. Alioqui ſi eo tempore filiusfam. militabat, dicendum eſt ſaltem poſt reſcriptum Hadriani, quicquid vxor, aut cognatus, aliquíſve ex parentibus ei dederit, ſiue hæreditatis, ſiue legati, ſiue donationis, alióve quolibet titulo (nihil enim refert) in caſtrenſi peculio id adnumerandum, non ſolùm ſi expreſſim id cautum ſit, ſed etiamſi nihil de eo dictum fuerit: *l. caſtrenſe. 11.* illis verbis, *quod à parentibus vel cognatis in militia agenti donatum eſt: eod. tit.*

l. caſtrenſe 11. eod.

Nam quæ poſtea *in eadem lege* adhibetur diſtinctio, An perinde filiusfamilias extra caſtra fuerit iſta acquiſiturus? ad ea pertinet, quę aliunde ille acquiſierit, non ad ea quæ à parentibus, aut à cognatis, aut ab vxore. Hæc enim filiofamilias militanti delata vſque adeo peculij caſtrenſis eſſe conſtat, vt dubitatum ſit, An quæ pater filio militi à caſtris reuerſo donauit, eodem iure cenſeri debeant. Etſi placet eidem Papiniano non debere, id eſt non caſtrenſis peculij id fieri, ſed alterius peculij perinde ac ſi filius ille nunquam militaſſet: *l.pater milite 15. eod.* Atqui *ſuprà* diximus *illat.4* maternam hæreditatem filiofamilias etiam in caſtris delatam, ad caſtrenſe peculium non pertinere. ex *d.l.1.C. de caſtrenſ. pecul. milit. præfect. lib. 12.tit.37.* Sed non ſunt iſta contraria. Hæreditas enim quam lex ſola defert, non poteſt videri delata filio militi tanquam militi, ſed quantam filio: *l. tutelas 7 ff.de capit.min.* At ſi mater condito teſtamento filium militantem hæredem inſtituat, credenda eſt non tantùm naturæ & ſanguinis ratione, ſed potiſſimum iuſta erga Rempublicem adſectione filium tanquam de Renub. bene merentem inſtituiſſe, cum diſciplina caſtrorum antiquior fuerit parentibus Romanis, quam charitas liberorum; vt non minùs grauiter quàm eleganter Paulus ſcribit in *l poſtliminium 19 § filius quoque, De captiu.& poſtlim.* Nempe quod parentum ipſorum votum, ſi ij ſint quos eſſe decet, tale eſſe debeat, vt ipſi quoque de patria & Republica ptiùs quàm de propriis liberis bene meriti videri poſſint: quod ita demum conſequuntur ſi liberos ſuſceperint, quos videant Reipublicæ, quàm ipſis parentibus vtiliores.

Alia ergo hac parte erit conditio cognatorum, ad quos aut nihil, aut parum pertinet, an cognatus miles ab aliquo eorum inſtitutus Reipublicæ operam nauet, nécne; cùm non eo magis futurum ſit, vt ipſi quoque de Republica bene meriti videantur. Vt ex illo apparet, quod non idcirco præmia vlla ſperare poſſunt, quæ ſperant & conſequuntur parentes qui liberos ſuſceperunt; ſicut & è contrario pœnas ex legibus ſentiunt, qui vel cœlibes, vel orbi vel ſolitarij ſunt, vt Vlp. tractat in *fragment.tit. De cœlib.orb. & ſolitar.*

Indéque eſt fortaſſe quod Papinian. reſpondit in *d. l. dotem 16. §. hæreditatem*, Non videri caſtrenſi peculio quæſitam hæreditatem, quam frater patruelis in alia prouincia ſtipendia merens, fratri patrueli, cum quo nunquam militauerat, reliquerit: Propterea quod ſanguinis ratio, inquit, non militiæ cauſa meritum accipiendæ hæreditatis præbuiſſe videatur. Nam de hæreditate teſtamentaria, non de legitima loqui Papinianum conſtat ex verbo illo *reliquit*, quo vtitur.

Nec pugnat quod in *d.l.caſtrenſe*, eadē prorſus ratio videtur conſtitui parentum & cognatorum, iis verbis, *quod à parentibus, vel cognatis, in militia agenti donatum eſt.* Poteſt enim hac parte ſeparari inſtitutio hæredis à donatione, quod ad cognatos pertinet; in hoc nimirum vt donatio, non hæreditas teſtamentaria à cognato relicta militanti, acquiratur caſtrenſi peculio: ideò fortaſſe, quòd hæreditas tum etiam cùm agnato proximo relinquitur, qui ab inteſtato eam perinde habiturus erat, ſanguinis potiùs quàm adfectionis ratione relicta videri debet: Quod in donatione non ſimiliter tractari poteſt, quia ſanguinis iure nemo ſuccedere poteſt ex donatione, niſi concurrat adfectio & liberalitas donantis; Cùm tamen etiam tacente cognato, hæreditas ipſius ac cognatum proximum iure ſucceſſionis & ſanguinis pertineat. d.l caſtrenſe 11.eod.

Vxor verò cui hac in re comparabitur? parentíne, an cognato? Parenti, propter maximam illam & indiuiduam inter coniuges coniunctionem, quæ cùm ſi non maior, ſaltem non minor ſit quàm inter parentes & liberos, facit proculdubio, vt quod vxor marito militanti relinquit titulo inſtitutionis & hæreditatis, potiùs tanquam militi, quàm quaſi marito reliquiſſe videatur. Præſertim cùm alioqui non potuiſſet vxoris hæreditas iure ſanguinis ad maritum vnquam peruenire: *l. 1. C.unde vir & vxor.* Quamquam ſi quis velit accipere generaliter quod ſcriptum eſt in *d.l.caſtrenſe*, id eſt, eandem prorſus hac in re conſtituere rationem & parentum & cognatorom, & hæreditatis & donationis, facilè poterit reſpondere ad Papin. in *d. § hæreditatem*, nec loqui eum, nec debere intelligi de hæreditate, quam patruelis frater militans dederit patrueli militanti, ſed quam reliquerit patrueli, qui aliquando quidem militauerat, ob idque peculium caſtrenſe habebat, ſed eo tempore iam deſierat militare: quo demum caſu locum habet quod ſcriptum eſt in *d.l.ſi forte 8.* non etiam quod in *dict. l.caſtrenſe 11. & in d.l. Diuus.* Et hoc mihi probabilius videtur, ex illis verbis *d.l. caſtrenſe, in militia agenti: & d.l.*

Diuus, quem militantem, & d.l. dotem, filiumfamilias militem. Filiusfamilias enim miles non ille dicitur qui aliquando militauit, ſed qui militat etiam nunc, vt loquitur Tryphoninus in *l. penult. §. filiusfamilias, eod. tit.* iunct. *l. pater milite 15. in princip.* qui locus Papiniani quoque eſt *eod. tit.*

ILLATIO XVI.

De filiofamilias milite ab hoſtibus capto & apud eos defuncto.

DEcimoſextò ex eodem Principio fit, quod idem Papin. ſcribit in *l. filiusfamilias 14. in princip. eod. tit. De caſtrenſ. pecul.* filiofamilias milite ab hoſtibus capto, & apud hoſtes vita defuncto, quamuis lex Cornelia ſubueniat hæredibus inſtitutis, tamen iis ceſſantibus, id eſt, ſi hæredes eſſe vel nolint vel non poſſint, iure priſtino peculium patrem habere, id eſt eo iure antiquo quod obtinuit ante conſtitutiones, quæ filiumfamilias in peculio caſtrenſi patremfamilias fecerunt, peculium caſtrenſe retinere: Nimirum iure patriæ poteſtatis, quod etiam poſt conſtitutiones illas ſupereſt; quamuis quod ad peculij caſtrenſis dominium pertinet, valde fuerit imminutum, data ſcilicet poteſtate filiofamilias, non obſtante iure patriæ poteſtatis, de eo diſponendi, vt in ſuperioribus explicauimus.

Notandum autem eſt, quod *ſupradicto loco* Papin. ſcribit, legem Corneliam de captiuis apud hoſtes defunctis, hoc caſu ad filiifamilias quamuis pagani teſtamentum pertinere. Id enim abhorret à iuris regulis, quia ſicut regulariter filiusfamilias nulla bona habet, nec habere poteſt, ita nec per legem Corneliam fieri poteſt, vt hæredem habeat is, qui nulla bona in ciuitate reliquit: *l. lex Cornelia 28. verſ. quia non efficitur, ff. de vulg. & pupill. ſubſt.* De quo *inſequentibus* latiùs dicemus.

Quid tamen ſi huius militis pater in ciuitate prius deceſſerit, relicto nepote ex filio? An ſimiliter teſtamentum patris rumpetur, in quo præteritus fuerat filius captiuus? Hanc enim quæſtionem ad illam Papiniani addit Paulus in *l. ſi filiusfamilias 39. ff. de teſtam. milit.* Dubitandi autem ratio propter quam videbatur rumpi patris teſtamentum, illa erat, quia cùm per legem Corneliam filius hic in ciuitate deceſſiſſe retrofingatur, ad hoc vt valeat ipſius teſtamentum; conſequenter dicendum eſt non haberi eum pro mortuo apud hoſtes, ſed potiùs pro reuerſo in ciuitatem: quod ſi re vera factum eſſet, vtique non poſſet fieri quin rumperetur patris teſtamentum in quo eum pater præteriiſſet, quamuis ab initio valuiſſet, tanquam præterito eo qui cùm reuera hoſtium ſeruus eſſet, non poterat dici ſuus hæres, id eſt in ipſius patris poteſtate: *l. ſi quis poſthumos 9. § ſi filium, De liber. & poſt.* ſecundum eam illius loci interpretationem & emendationem, quam nos tradidimus *lib. 10. Conięct. cap. 12.* Sed tamen reſpondet Paulus non rumpi teſtamentum patris: Quia, inquit, ex eo tempore quo captus eſt hic filius, videtur deceſſiſſe, ac proinde non in ciuitatem reuerſus fuiſſe, ſed è ciuitate nunquam exiiſſe; quia fictio legis Corneliæ iungit inſtans mortis cum inſtanti captiuitatis: *l. nuſquam errare 44. §. vlt. ff. de vſucap.* Atque

l. ſi iusfamilias 39. ff de teſtam. milit.

ita creditur ille prior, id eſt ante patrem deceſſiſſe: quo admiſſo, deſinit locus eſſe quæſtioni an rumpat teſtamentum patris, ante quod conſcriptum, filius ipſe deceſſerit.

ILLATIO XVII.

De ſeruo caſtrenſi ſtipulante dum hæredes à filiofamilias inſtituti deliberant.

DEcimoſeptimò, ad hoc Principium pertinet quæſtio illa, ab eodem Papiniano tractata in *dict. l. filiusfamilias 14. §. 1. eod.* ſi deliberantibus hæredibus à filiofamilias in caſtrenſi peculio inſtitutis, ſeruus hic caſtrenſis peculij interim aliquid ſtipulatus ſit, vel ab alio ſibi traditum acceperit, cui acquirat. Reſpondet verò Papinianus, quod quidem ad patris perſonã attinet, ſi fortè apud eum reſederit peculiũ, nullius momenti videri ſtipulationem & traditionem, cùm in illo tempore inquit, non fuerit ſeruus patris. Quod autem ad ſcriptos hæredes, in ſuſpenſo fuiſſe traditionem aut ſtipulationem intelligi. Vt enim hæreditas fuiſſe credatur, eſt adiram fieri hæreditatem, cùm ſi quandocunque poſteà teſtamentum filij deſtituatur, ſicuti teſtamentum nullum, ita nec hæreditas vlla teſtamẽtaria vnquam fuiſſe videri poſſit; Ergo nulla penitus, quandoquidem legitimam hæreditatem filiusfamilias inteſtatus non magis in caſtrenſi, quàm in alio peculio habere vllam poteſt. Atque ita Papinianus ratiocinatur.

Sed longè aliter & melius meo iudicio quod ad perſonam patris, Vlp poſt Marcellum & Scęuolam in *l. in eo 33. De acquir. rer. domin.* vbi eadem propoſita quæſtione, De eo quod ſeruo caſtrenſi ante aditam hęreditatem filiifamilias militis legatur, vel quod ſeruus ille ſtipulatur, Ex cuius ſc. perſona vel ſtipulatio vires habeat, vel legatum? Concludit ille verius ſibi videri quod & Scæuolæ & Marcello placuit, ſiquidem adeatur quandocunque filiifamilias hæreditas, omnia vt in hæreditario ſeruo; ſi adita non ſit, vt in proprio patris eſſe ſpectanda: Itémque ſi vſusfructus fuerit huic ſeruo relictus, modò patri delatum videri, modò hæredi, nec à perſona in perſonam credi tranſiiſſe. Eadémque diſtinctione vtendum eſſe, etiamſi res fuiſſet ſubtracta? Nempe vt ceſſare furti actionem (ſic enim legendum eſt, ſublatis mediis illis monoſyllabis, *aut non*, cùm alia pars diſtinctionis poſtea ſequatur) ſi ex teſtamento adierit hæres ſcriptus hæreditatem, quoniam hæreditati furtum non fit: *l. 1. §. Scæuola ff. ſi is qui teſtam. lib. eſſ. iuſſ.* Aut ſi non adierit, patri inquit Vlp. dabitur furti actio, cui & furtiua condictio danda eſſet, quam tamen non niſi domino dari conſtat: *l. 1. ff de cond. furt.* Pugnat ergo in hac quæſtione Vlpianus ex diametro cum Papiniano, ob idque nimirum tot ille congerit autoritates, Marcelli ſcilicet & Scæuolæ, vt Papiniani autoritatem, quæ tum præcipua erat, eleuaret. Nec leue diſſẽſionis argumentum etiam illud præbet, quod Vlp. ita ſcribit, *& puto verius.* Solent enim ita ſcribere Iureconſulti cùm de re valde dubia tractant, & in qua conflictus opinionum aliquis ſit, vel probabiliter eſſe poſſit.

Vlpiani à Papiniano diſſenſio.

Immo, inquies, conſentit Papinianus cum cæteris, cùm poſt ea verba, quæ nos ſupra retulimus, ſequatur apud eundem Papinianum, *ſed paterna verecundia nos mouet, quatenus & in*

Digitized by Google

in illa ſpecie vbi iure priſtino apud patrem peculium remanet, etiam acquiſitio ſtipulationis vel rei traditæ per ſeruum fiat. Ego verò reſpondeo totam hanc clauſulam Triboniani eſſe, non Papiniani; ſiue ſenſum, ſiue verba conſideres, quæ ſunt parum elegantia; præſertim dictio illa *quatenus*, qua in hoc ſenſu nunquam Papinianum, aut alium Iureconſultum vſum reperias: itémque quod paternam verecundiam dicit Tribonianus, pro fauore, qui debeatur patri etiam poſt filij mortem; quo tamen tempore, obſecro, quænam verecundia eſſe poteſt filij iam defuncti? Aut ſi verecundiam pro reuerentia accipias, quæ patri debeatur, vt in *l. pen ff. de furt.* quænam reuerentia patri poteſt deberi à filio iam defuncto? Sed etſi clauſula illa pro Papinianea retineatur, non eo minùs tamen verum erit Papinianum à cæteris diſſentire. Cæteri enim pro patre reſpondent eo caſu quo filij hæreditas teſtamentaria non fuerit adita, non fauore vllo patris, ſed ex mera veráque iuris ratione. Quaſi in ſuſpenſo fuerit & eſſe potuerit dominium rei, quam ſeruus hic caſtrenſis iacente hæreditate ſtipulatus ſit, vel per traditionem acceperit, in id vſque tempus quo ex poſtfacto, tandem conſtiterit, an aliqua filijfamilias hæreditas, an nulla fuiſſe intelligatur, Vt à nobis *ſuprà illat. 12.* diſputatum eſt apertiùs ex Tryphonino in *l. penult §. penultim. verſicul. Niſi in pendenti, hoc eod. tit.* At Papinianus contra, etiāſi paterna verecundia motus pro patre reſponderet, hoc ipſo tamen oſtenderet ſe putare non aliqua iuris ratione, ſed ſolo patris fauore niti eam ſententiam quæ fauet patri. Ne tamen de Papiniani mente locus aliquis dubitandi relictus videri poſſit, illud omnino facit, quod ſequitur de legato, quod relictum ſit huic ipſi ſeruo, de quo nunc diſputamus. Sic enim ille ſcribit: Legatum quod huic ſeruo relictum eſt, quāuis tunc propter incertum nulli ſit acquiſitum id eſt neque patri, propter ſuſpenſum ius hæredum, neque hæredibus, cùm ante aditam hæreditatem, incertum eſſet an ſeruus ille hæreditarius vnquam fuiſſe videretur; tamen omiſſo poſtea teſtamento, id eſt per hæredum inſtitutorum repudiationem deſtituto, tunc primum & ex eo demum inſtanti extinctæ ſucceſſionis teſtamentariæ patri adquiri per ſeruum, ſcilicet ſi eo inſtanti repetiatur pater capax, non etiamſi incapax factus proponatur, quamuis tempore cedentis legati capax fuiſſet, *cùm*, inquit, *ſi fuiſſet exemplo hæreditatis peculio adquiſitum, ius patris hodie non conſideraretur.* Senſus eſt, ſi quemadmodum dicimus adita quandocunque ex filijfam. teſtamento hæreditate, ſeruum hunc fuiſſe aliquando hæreditarium, & conſequenter per eum fuiſſe acquiſitum legatum hæreditati, ac per hæreditatem hæredi; ſimiliter dici poſſet in caſu contrario, id eſt non adita filijfamilias hæreditate acquiſitum fuiſſe legatum peculio, & per peculium patri, futurum vt ius patris non eſſet æſtimandum, nec ipſius capacitas attendenda ex eo inſtanti duntaxat, quo teſtamentum fuiſſet deſtitutum, ſed ex die cedentis legati, quandoquidem ex eo tempore legatum peculio acquiſitum eſſe retrofingeretur.

Tribonianiſmus apud Papinianum.

Differentia peculij & hæreditatis.

Hanc igitur differentiam inter peculium, & hæreditatem Papinianus conſtituit, quod ad acquirendum hæreditati dominium legati ex eo tempore quo dies legati ceſſit, patitur ille & admittit auxilium retrofictionis, non etiam ad hoc vt idem dominium legati peculio ante omiſſam teſtamenti cauſam acquiſitum eſſe intelligatur. Vnde verò hanc differentiam induxit? Ex alia illa, quod non putauit dominium legati peculio acquirendum in ſuſpenſo manere poſſe quantum ad perſonam patris, ſed tantum quantum ad perſonas & ius hæredum inſtitutorum, vt præcedentia illa demonſtrant, *cùm illo tempore non fuerit ſeruus patris. Quod autem ad ſcriptos hæredes, in ſuſpenſo fuiſſe traditio* &c. At hoc ipſum cur ita? Nec enim Papinianum iuris ignoratione aliqua lapſum eſſe credibile eſt, ſed probabili potiùs ratione deceptum. Puto autem non aliam Papin. rationem eſſe potuiſſe, quàm quæ à Tryphonino diſputata eſt in *d. l. penult. §. penult. eod.* quòd cùm filiusfamilias teſtamentum de caſtrenſi peculio fecit, etſi non ſit adita eius hæreditas, difficile tamen eſt dicere continuatum patri poſt mortem filij rerum peculij dominium; Cum medium tempus quo deliberant inſtituti hæredes, imaginem ſucceſſionis præſtiterit: atque ita feciſſe videatur ne vnquam poſſint extrema coniungi, ne quidem per retrofictionem tanquam medio inhabili interpoſito, quod extremorum coniunctionem & retrofictionis poteſtatem impedire ſolet: *l. penult. ff. rat. rem haber.* Nam inter duo illa inſtantia quæ hîc coniungenda ſunt ad inducendam in perſona patris continuationem dominij, quorum primum inſtans illud fuit, quod præceſſit filij teſtamentum; alterum verò illud quod proximè ſecutum eſt teſtamenti deſtitutionem; medium illud proculdubio inhabile eſt quo fuit aliqua filij hæreditas, aut imago etiam ſi voles hæreditatis, ſiquidem fieri nequit vt eodem tempore peculium caſtrenſe, & peculij, & hæreditaris iure poſt filij mortem cenſeatur.

d. l. pen §. pen ff de caſtr pec.

Nec ſanè eſſet, quod reſponderi poſſet, ſi imago illa ſucceſſionis, totúmque illud medium tempus quod fuit hæredibus deliberantibus, non pro eo haberetur, deſtituto quandoque poſtea teſtamento, ac ſi numquam fuiſſet. Quomodo enim poteſt impediri coniunctio extremorum tanquam per medium inhabile, ſi nullum medium fuiſſe creditur? Vt autem ea fictio inducatur, per quam fiat, vt medium quod aliquando reuera fuit, pro eo habeatur, quaſi nunquam fuerit, facilè in propoſito fieri poteſt, quia medium illud tale fuit vt ſolo iuris intellectu ſubſtiterit, quoniam ſola iuris poteſtate inducitur fictio & ius hæreditatis: *l. hæreditas 50. ff. de petit. hæred.* Neque video qua ratione id Papinianus negare poſſit, cùm fateatur, quod & verum eſt, ſeruum hunc non aliter poſſe videri vnquam fuiſſe hæreditarium, quàm ſi hæreditas filijfamilias poſtmodùm adita fuerit. Conſequens enim eſt, vt ea numquam adita, & omiſſo quandocunque teſtamento ſeruus hic, qui numquam hæreditarius fuerit, ſemper manſerit peculiaris, ac proinde in priſtino iure ac dominio patris: non aliter quam ſi de caſtrenſi peculio filiusfamilias nullo modo teſtatus fuiſſet; qui tamen caſus nullam vtique haberet dubitationem. Quid enim referre poteſt an teſtamentum nullum à filio factum ſit, an quod factum eſt fuerit deſtitutum, atque ita pro numquam facto habeatur? Multò minus ergo poſſit quis pro Papiniano rationem vllam adferre, propter quam dicendum ſit pendente ac incerto eo an hæredem aliquem ex teſtamento filiusfamilias habiturus ſit, in ſuſpenſo etiam non manere dominium huius ſerui, ſicut & cæterarum rerum omnium peculiarium, vt concludit Tryphon. in

l. hæreditas 50. ff. de pet. hæred.

d. l.

Digitized by Google

d.l. pen.§. penult. verſicul. Niſi in pendenti. Quo tamen admiſſo, quid obſecro impedit quominus deſtituto teſtamento, quicquid hic ſeruus vel ſtipulatus eſt, vel per traditionem accepit, vel ex legato meruit, patri interim priſtino iure retro quæſitum eſſe intelligatur?

Itaque non dubito quin verior ſit ſententia Vlpiani, qua non ſolum tot tantóſque habeat aſſertores, Scæuolam, Marcellum, Tryphoninum, ſed etiam meliore nitatur ratione, quam nec Papinianus negare poſſit.

Cùm verò ex *d.§. vlt.l. filiusfamilias*, appareat quid Papinianus ſenſerit in legato quod huic ſeruo relictum eſt, ſcilicet non retroagi illud acquiſitum patri ex eo tempore quo dies legati ceſſit, ſed tunc demum cœpiſſe acquiſitum eſſe quo reuera deſtitutum fuit teſtamentum; Intelligimus tanto manifeſtius non poſſe Papiniano adſcribi clauſulam illam, quam nos Triboniani eſſe diximus, *ſed paterna verecundia nos monet, quatenus & in illa ſpecie, vbi iure priſtino apud patrem peculium remanet, etiam adquiſitio ſtipulatione, vel rei traditæ per ſeruum fiat.* Alioqui ratio quærenda erit, quæ numquam reperietur, Cur non eadem adiectio idemque temperamentum placuerit Papiniano tractanti de legato; & quænam hoc caſu ratio differentiæ conſtitui poſſit inter ſtipulationem & legatum, quam nec vllam agnoſcit Vlpianus in *d.l. in eo*, vbi promiſcuè tractat de ſtipulatione, ac legato; & in vtroque idem vult eſſe ius patris in iure ſiue actionis, ſiue dominij per ſeruum peculiarem patri acquirendo, ſi poſtea quandocunque contingat, deſtitui teſtamentum.

§ vlt. d.l in eo. 33. de acquir.rer. domin. emendatus.

Illud non poſſum prætermittere, Vlpiani textum in *d.l. in eo.33. § vlt.* corruptum eſſe in illis verbis *ex perſona defuncti vires conſumit.* Legendum enim eſt *contractus ſumit.* nato errore ex eo, quod paucioribus literis vt fieri ſolebat, ſcriptum eſſet *con.* pro *contractus* ſubiuncto puncto. Senſus enim eſt, quoties ſeruus hæreditarius ſtipulatur, vel per traditionem accipit, ex defuncti perſona contractum ſumere vires, quia, vt ſubiicitur in *l.ſeq.* hæreditas non hæredis, ſed defuncti perſonam repræſentat.

ILLATIO XVIII.

De eo quod pater filiofamilias militi à caſtris reuerſo donauit.

DEcimooctauò ex hoc eodem Principio fit, quòd idem Papin. ſcribit in *l. pater milite 15. in princip. eod.tit. De caſtrenſ.pecul.* Si pater militi filio à caſtris reuerſo aliquid donauerit, non facere id caſtrenſis peculij, ſed alterius peculij, id eſt profectitij ac ſi filius nunquam militaſſet: Nempe quia quod filius militauit, non fecit quominus manſerit ille in patris poteſtate, ac ſi nunquam miles fuiſſet. At quamuis militia faciat, vt etiam à caſtris reuerſus peculium caſtrenſe habere, adeóque per occaſionem præteritæ militiæ ſibi acquirere illud poſſit; in eo tamen genere poni non poteſt, quod pater filio reuerſo nec amplius militanti donauerit; quia id demum caſtrenſis peculij eſſe videri debet, quod à parentibus, vel cognatis, in militia agenti donatum eſt: *d.l. caſtrenſe 11. eod.* non quod reuerſo. Idque mirificè conuenit cum iis, quæ diximus *illat. 15. in fin.*

Mirum tamen illud videri poteſt, cur non ea potiùs capiatur interpretatio, quæ faciat vt donatio à patre in filium collata valeat, cùm certi iuris ſit donationem à patre collatam in filiumfamilias ex cauſa, vel vt dicam meliùs in cauſam alterius quàm caſtrenſis peculij, nullo modo valere propter vinculum patriæ poteſtatis: *l. ſiue emancipatus 17. ad fin. C. de donat. l. donatione 13. C.de collat. l.2. C. de inoff. donat.* ob idque neceſſariam fuiſſe etiam ante conſtitutionem Iuſtiniani in *l. donationes quas parentes 25. C. de donat. int. vir. & vxor.* ad hoc vt donationes huiuſmodi ſaltem morte patris, eiuſdémque donatoris confirmarentur. Sed reſpondendum eſt, inutilem quidem eſſe donationem quod ad hoc, vt ex ea pater obligetur filio ne rem à ſe donatam quaſi alienatam reuocare poſſit; quia vinculum patriæ poteſtatis facilius patitur, vt dominium rei alicuius etiam inuito patre filiofamilias acquiratur, quàm vt filio pater vlla ratione obligetur: *l. imperator 50. ff. ad SC. Trebell.* Sed tamen non vſque adeo inutilem eſſe, quin proſit ad faciendum vt quod filiofamilias à patre donatum eſt, ei aliquo modo acquiratur, ſcilicet iure peculij profectitij. Adeo vt eodem filio poſtea emancipato ſi peculium ei ademptum non ſit, quod adimi poteſt qoandocunque volente patre, dummodò non poſt perfectam emãcipationem, hoc ipſo donationem ex pòſtfacto confirmaſſe pater videatur, vt idem Papin. reſpondit in *l. donationes 31. §. pater, ff. de donat.* Quod ergo peculij profectitij fieri poteſt, nihil neceſſe eſt vt caſtrenſi adſcribatur. Ceſſante ſcilicet fauore militiæ in perſona eius qui militare deſiit, niſi cum adquiſitio proficiſcitur ex eius liberalitate, quem verè caſtrenſis notitia vel adfectio impulerit ad donandum: *d.l ſi fortè 8. De caſtr.pecul.*

l. ſiue emancipatus 17. ad fin.C.de donat. l.ſi donatione 13 C.de collat.

ILLATIO XIX.

De filiofamilias ſtipulante à patre ex cauſa peculij caſtrenſis.

DEcimo nonò ex eodem Principio fit, vt ſi ſtipulanti filiofamilias qui miles vel adhuc ſit, vel aliquando fuerit, pater ſpondeat, ſiquidem ex cauſa peculij caſtrenſis ſtipulatio teneat. Ex qualibet verò alia cauſa non teneat, eadémque diſtinctio ſeruanda ſit, ſi è contrario pater à filio ſtipuletur, vt idem Papin. ſcribit in *d. l. pater, §. 1.* Nimirum quia non militia, ſed ſolum caſtrenſe peculium facit, vt filius in eo peculio paterfamilias exiſtimetur, quemadmodum toties diximus. Extra cauſam igitur caſtrenſis peculij cùm filius non ſolùm filiusfamilias reuera ſit qualis ſemper eſt, ſed etiam pro tali habeatur, conſequens eſt vt neqoe ipſe à patre, neque ab ipſo pater ſtipulari poſſit; quoniam ius patriæ poteſtatis facit, vt patris & filij vna eadémque perſona eſſe exiſtimetur: *l. eum qui ita 16. §. qui ſibi, ff. de verb. obligat. l. ne cum filiofamilias 16. ff. de furt. d. l. imperator 50. ff. ad SC. Trebell.*

d. l.pater milite 15.§.1.

Digitized by Google

ILLATIO XX.

De ſeruo caſtrenſis peculij ſtipulante, aut per traditionem accipiente ab extraneo.

VIceſimò, ex hoc eodem Principio pendet ratio dubitandi in quæſtione ab eodẽ Papin. tractata in *d. l. pater §. ſeruus, de caſtr. pec.* vbi ſcribit, ſi ſeruus peculij quod ad filiũ ſpectat, ab extero ſtipuletur, aut per traditionẽ accipiat, ſine diſtinctione cauſarum, rem ad filium pertinere. Non enim, inquit, vt filius duplex ius ſuſtinet patrisfamilias & filijfamilias in peculio iſto caſtrenſi: Patrisfamilias, quia ex conſtitutionibus pro patrefamilias habetur; filijfamilias, quia verè filiusfamilias eſt; Ita dici poteſt ſeruum aliquid patri acquirere ſimpliciter ſtipulando vel accipiendo poſſe, quaſi duorum ſeruus ſit patris ſcilicet, ac filij, eo ſaltem reſpectu quo filiusfamilias caſtrenſe peculium habens, filiusfamilias & eſt & habetur: Nempe quia ſeruus hic qui peculij caſtrenſis eſt, nullo iure patri ſubiectus eſt quandiu filius viuit, ſicut nec vllo vnquam vel caſu, vel tempore, filiusfamilias in peculio caſtrenſi pro filiofamilias habetur, ſed pro patrefamilias ſemper.

Quod enim duplex ius ac veluti duplicem quodammodo perſonam ſuſtinere ille dicitur, non ad eandem rem referendum eſt, ſed pro rerum & peculiorum diuerſitate accipiendum, vt in peculio caſtrenſi ſemper & in omnibus pro patrefamilias habeatur, extra cauſam verò peculij caſtrenſis, numquam.

Si ſeruus peculij caſtrenſis filij ſtipuletur ab ipſo patre. Inde verò illud quoque Papinianus infert, ſi ab ipſo patre ſeruus qui ad filium pertinet ſtipuletur ex quacunque cauſa, id eſt, non ſolùm ex cauſa peculij caſtrenſis, ſed ex alia etiam qualibet, vel à patre traditum quid accipiat, ſic acquiratur filio res & ſtipulatio, quemadmodum ſi alius extraneus quilibet promiſiſſet: quoniam, inquit, perſona ſtipulantis & accipientis ea eſt, vt ſine differentia cauſarum, quod rerum agitur, emolumentum ſolius filij ſpectet. Saluo tamen iure patris in his etiam, quæ à patre ipſo filius hic per ſeruum caſtrenſem acquiſiit, ſi præmortuo poſtea filio Inteſtato peculium ipſum caſtrenſe penes patrem iure priſtino reſederit. Cùm enim filius hic non eo minùs mortis tempore filiusfamilias reperiatur, cuinam alij obſecro, quàm patri deferrentur?

ILLATIO XXI.

De patre amittente vſumfructum quem habebat in ſeruo caſtrenſis peculij.

d. l. pater militie 15. §. vlt. VIceſimoprimò, ex hoc eodem Principio petenda etiam eſt ratio dubitandi ad id, quod idem Papin. reſpondit in *d. l. pater milite 15. §. vlt.* Si pater amiſerit vſumfructum ſerui, cuius proprietatem in caſtrenſi peculio filius habebat, plenam proprietatem ex eo tempore filium habere. Vt enim contra reſpondendum videretur illud faciebat, quod hoc caſu non niſi nuda proprietas in peculio caſtrenſi erat, vt proinde conſolidatus poſtea vſusfructus non tam ex peculij caſtrenſis cauſa, quàm aduenticio & extrinſeco quodam iure filio acquiſitus videri deberet, & conſequenter per filium patri, quippe cui extra peculij caſtrenſis cauſam per filiumfamilias acquiratur ex omnibus cauſis. Sed Papinianus ad id reſpexit & rectè, quod vſusfructus à patre fructuario amiſſus, & ita in conſequentiam neceſſariam proprietati conſolidatus, non facit vt proprietas quæ ad filium pertinet poſt conſolidationem alia ſit, quàm quæ eiuſdem filij erat ante conſolidationem. Etſi enim aliud eſt dicere nudam, aliud plenam proprietatem, eadem tamen res eſt, cuius proprietas & nuda dicitur, cùm ab ea vſusfructus ſeparatus eſt, & plena, non cùm vſusfructus coniunctus eſt, vt vulgo loquuntur interpretes (vſusfructus enim nullus eſt, qui cum proprietate coniunctus eſſe poſſit, quandoquidem neque conſtituitur, neque ſubſiſtit niſi per ſeparationem, cùm in iure non in parte conſiſtat: *l. Maurus 66. §. fundo, de legat. 2. l. ſi à reo 70. § ſi reo 70. §. ſi reo ff. de fideiuſ.*) ſed cùm nullus vſusfructus eſt. *Vſusfructus cum proprietate coniunctus nullus eſt.* Ob idque cùm fundum ſimpliciter dicimus, proprietatem plenam intelligimus, tum quoque cùm voi fundus, alij vſusfructus legatus fuit, vt in *l. ſi alij 19 ff. de vſufr. legat.* Itaque cùm pater amittit vſumfructum fundi, cuius nudam proprietatem habebat filius in caſtrenſi peculio, nihil filius adquirit, propter quod poſſit fieri locus quæſtioni an acquirat ſibi, an patri; ſed idem ius quod antea habebat retinet: hac ſola differentia, quod nullo patris iure imminutum illud eſt, quomodo erat quamdiu pater habebat vſumfructum. Denique conſolidatio iſta, vt & quælibet alia vſusfructus quoquo modo amiſſi, nihil niſi nuda amiſſio eſt ex parte vſufructuarij, non etiam acquiſitio ex parte proprietarij, quamuis incipiat ille plenam habere proprietatem, quam antea non habebat niſi nudam. Nemo autem non videt quàm ſint iſta differentia, ſi quis dicat Patrem vſumfructum amittere, aut Filium ſibi acquirere.

Et ſanè ita quoque poſito iure, vt plena proprietas eſſet quid diſtinctum reipſa potiùs quàm ratione à nuda proprietate, quod falſum eſt; non tamen dici poſſet filiumfamilias in ea proprietate nuda iure patrisfamilias cenſeri, ſi patre vſumfructum amittente, non poſſet ille plenam habere proprietatem, quaſi impediente iure patriæ poteſtatis, cùm in alio quolibet patrefamilias nudam duntaxat proprietatem, habente, ius commune ita comparatum ſit, vt amiſſione & conſolidatione vſusfructus plena fiat proprietas, quæ erat nuda.

Ratio noua pro Papiniano. Adde quòd ſi ius patriæ poteſtatis obſtaret huic filio caſtrenſe peculium habenti; quominus poſſet ille plenam habere proprietatem patre vſumfructum amittente, neceſſe eſſet vſumfructum quem pater amiſiſſet, ad eundem redire per filij perſonam, quaſi ex nouo iure acquiſitum patri per filium. Alioquin, rogo, ad quem pertineret ſi non ad patrem? aut quo iure ad patrem qui iam illum amiſerit, niſi iure poteſtatis? Atqui non poteſt fieri, vt in propoſita ſpecie per filium patri acquiratur, quia cùm eo ipſo inſtanti quo amittitur, conſolidetur, quandoquidem conſolidatio ipſa nihil aliud, quàm vſusfructus amiſſio eſt, nec ſunt iſta ſic diſtincta, vt diſtinctis inſtãtibus fieri debeãt, vel etiã poſſint, eueniret vt eodẽ inſtãti vſusfructus hic & amitteretur, & acquireretur; quoniam ita ius eſt, vt quoties patri per filium acquiritur, ne vno quidem momento temporis acquiſitio in perſona filij conſiſtat.

Digitized by Google

ſiſtat: *l. placet 79. ff. de acquir. hæred. l. 1. ff. ſi à parent. quis manum. ſit.* Atqui contradictionem implicat, vt vſusfructus amiſſio, & noua acquiſitio eodem inſtanti fiat, ſiquidem acquiſitio præſupponit amiſſionem præcedentem; ſicut & è contrario amiſſio acquiſitionem: *l. Titio vſusfructus 96. De condit. & demonſtr. l. non poteſt videri 208. De regul. iur.* Nihil ergo aliud ſupereſt quod dici poſſit, niſi quod vult Papinianus plenam proprietatem ad filium pertinere.

ILLATIO XXII.

De patre cui caſtrenſe peculium inteſtati filij retinuit oneratum ære alieno.

Vigeſimoſecundò ex eodem Principio fit, vt pater qui caſtrenſe peculium inteſtati filij retinuit, æs alienum intra modum eius, & intra
1 annum vtilem iure prætorio ſoluere cogatur; cùm tamen idem pater ſi teſtamento filij hæres ſcriptus eſſet, & hæres exiſteret perpetuo ciuiliter, vt hæres conueniretur, vt idem Papin. inquit in *l. pater qui caſtrenſe 17. eod. t. De caſtr. pecul.* *l. pater qui caſtrenſe 17. ff. de caſt. pec.*

Prior pars Definitionis rationis rationem illam habet, quòd cùm filius hic remaneat filiusfamilias, nec proinde poſſit in peculio caſtrenſi hæredem habere, niſi eo caſu quo velit vti beneficio ſibi ex conſtitutionibus indulto, vt de eo teſtari poſſit, non alio iure peculium hoc ad patrem pertinet mortuo filio inteſtato, quàm quo aliud quolibet peculium, id eſt etiam profectitium ad eundem patrem pertineret. Ac proinde nec alio iure poteſt pater hic à filij defuncti creditoribus de peculio conueniri, quàm quo conueniretur à creditoribus alterius peculij, id eſt quod profectitium, non caſtrenſe fuiſſet: Ergo iure prætorio duntaxat, & conſequenter non niſi intra annum ex edicto Prætoris, de quo in *l. 1. ff. quand. de pecul. act. eſt annal.* vbi Vlp. ſcribit quandiu quidem ſeruus, vel filius in poteſtate eſt, de peculio actionem perpetuam eſſe, poſt mortem verò eius, vel poſtquam emancipatus, manumiſſus, alienatúſve eſt, temporariam eſſe incipere, id eſt annalem. Et meritò, vt idem Vlp. ſubiungit in *§. meritò d. l. 1.* quia cùm morte, vel emancipatione peculium extinguatur, ſufficere debuit vſque ad annum produci à Prætore obligationem, quæ alioquin ipſo iure nulla poſt extinctum peculium deberet ſupereſſe.

Poſterior verò pars ſupradictæ ſententiæ rationem illam habet non obſcuram, quòd facto per filiumfamilias teſtamento de peculio caſtrenſi, & patre inſtituto, ſi pater inſtitutionem agnouerit, & filio hæres extiterit, non alio iure cenſetur, quàm quo alius quilibet hæres cenſeretur: *d. l. 2. d. l. proponebatur 9.* & paſſ. *eod.* Porrò actiones omnes quæ iure ciuili dantur contra hæredem, cùm ſint ciuiles, ſunt perpetuæ; in eóque differunt à Prætoriis, quarum aliæ quidem ſunt perpetuæ, ſed aliæ etiam & pleræque annales: *d. l. 1. ff. quand. de pecul. act. eſt annal. in honorariis 35. ff. de oblig. & act.* *l. in honorariis 35. ff. de oblig. & act.*

ILLATIO XXIII.

De patre qui omiſſa cauſa teſtamenti retinet peculium filij caſtrenſe.

Vigeſimotertiò ex eodem Principio fit, quod idem Papinianus tractat in *d. l. pater qui caſtrenſe §. 1. eod. tit. De caſtrenſ. pecul.* Si pater à filio milite, vel qui militauit hæres inſtitutus, teſtamenti cauſam omiſerit, & nihilominùs caſtrenſe peculium poſſideat, cogendum eum legitimi hæredis exemplo ad finem vſque peculij, hoc eſt non ſupra quàm in peculio ſit legata perpetuò præſtare. Cur enim exemplo legitimi hæredis? Nempe quia legitimus filij hæres non eſt, cùm filius hic quamuis caſtrenſe peculium habens non eo minùs deceſſerit filiusfamilias, ac proinde talis qui hæredem habere non potuerit, niſi eo demum caſu quo ei permiſſum ſit ex conſtitutionibus, id eſt facto teſtamento, aditáque ex eo hæreditate. Cùm alioqui nihil poſſit intereſſe, an nullum teſtamentum factum ſit, an verò quod factum eſt, fieri poſtea repudiante hærede deſtitutum.

Cæterùm tametſi pater hic non poſſit legitimus hæres eſſe filij ſui, qui fecit exitum inteſtati, tamen ad exemplum legitimi hæredis conueniri à legatariis poteſt, non quidem ipſo iure, ideſt, ciuili actione ex legato, quæ nec aduerſus legitimum hæredem verum competere poſſet; ſed iure prætorio, ex edicto *ſi quis omiſſ. cauſ. teſta. hæred. ab inteſt. poſſ.* quaſi parum referat, quod ad illius edicti æquitatem inducendam pertinet, an pater qui filij teſtamentarius hæres eſſe potuit, facto filio inteſtato propter omiſſam cauſam teſtamenti bona filij poſſideat iure peculij, an iure hæreditatis.

At cur ergo pater non niſi ad finem peculij tenetur legatariis? ideſt quatenus ſit in peculio. Ratio non eſt obſcura, quia nec legitimus hæres ſupra vires hæreditarias legatariis tenetur. *Nemo legatorũ nomine tenetur ſupra vires hæreditarias.* Inauditum enim eſt, vt legatorum nomine cogatur hæres, ſiue teſtamentarius, ſiue legitimus, præſtare plus quàm ex hæreditate fuerit conſecutus: *l. 1. § ſi is qui, ff. ad SC. Trebell. l. ſed cùm ea 15. ff. de iur. codicill. l. filiusfamilias 114. §. apud Marcellum, de legat. 1.* Legata enim & fideicômiſſa omnia ex hæreditate delibanda ſunt, non ex proprio hæredis patrimonio, *l. legatum eſt delibatio 116 de legat. 1.* iunct. *l. nomen 34. §. vni ex hæredibus, De legat. 3.* Itaque non eam illorum verborum, *ad finem peculij*, ſententiam eſſe exiſtimandum eſt, vt non in plus teneatur legatariis pater quàm ſit in peculio caſtrenſi, ſed vt in eo deterioris ſit conditionis quàm alius quilibet legitimus hæres, quòd tantum præſtare legatariis cogitur, quantum in peculio eſt, dummodò non minus fuerit legatum, hoc eſt, vt nullam ex legatis falcidiam detrahere poſſit, cuius tamen detrahendæ beneficium ex edicto Prætoris ei quoque datum eſt, qui omiſſa cauſa teſtamenti, quamuis in fraudem legatariorum, ab inteſtato poſſidet hæreditatem: *l. quia autem 6. verſ. habere, l. ſi duo 18. §. 1. ill. tit. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam. l. vlt. C. eo. l. 1. §. ad eos l. Neſennius 22. §. ſed etſi dominus, ff. ad leg. falcid.* *Deterioris conditionis eſt pater in peculio caſtrenſi quàm hæres legitimus.*

Cur verò deterioris conditionis eſt pater occupans ſuo iure peculium filij, quàm ſi legitimus ipſius hæres eſſet? Vtique non propter fraudem

Digitized by Google

fraudem quam legatariis facere voluit (eadem enim ratio cæteris omnibus obiici poſſet) at propter priuilegium militis, quod tale eſt, vt quamuis non plus nomine legatorum præſtare debeat, quiſquis hæres militis teſtamentarius eſt, quàm quantum eſt in hæreditate deducto ære alieno, nullam tamen quartam, ſiue legatariis, ſiue fideicommiſſariis detrahere poſſit: *l. 1. §. denique, ff. ad SC. Treb. l. ſi miles 92. ff. ad leg. falcid.* Cùm enim aduerſus eum, qui, vt fraudem legatariis faceret, omiſit cauſam teſtamenti, Prætor det actionem pro legatis, eo iuris & æquitatis colore, quod in pœnam fraudatoris habenda ſit hæreditas veluti adita, quæ non niſi fraudis conſilio repudiata fuit, æquiſſimum eſt eodem prorſus modo præſtari legata, quo præſtanda eſſent ex teſtamento. Ergo detracta falcidia, ſi teſtamentum pagani fuit: Et è contrario, nulla detracta falcidia, ſi militis teſtamentum proponatur, aut veterani, ſiue iure militari factum ſit, ſiue etiam iure communi; dummodo ab eo qui ex conſtitutionibus priuilegium habuerit, quod militibus duntaxat, aut veteranis datum fuit.

Sic enim accipiendum eſt quod ſcribit Iuriſc. in poſtremis illis verbis *dict. l. ſi miles, quo teſtator iure militari teſtari non potuit*, vt ſcilicet cùm quæritur an in teſtamēto eius, qui miles fuit, lex falcidia locum habere poſſit, non illud inſpici oporteat an teſtatus fuerit iure militari, ſed an teſtari potuerit; quomodo poteſt quiſquis vel miles adhuc eſt, vel intra annum miſſionis. Idque probat non obſcurè quod ſequitur apud Papinianum in *hoc ipſo §.* quem explicamus, cùm ſubiungit, Si filius poſt annum quam militare deſierat, iure communi teſtamento facto vita deceſſerit, ratione Falcidiæ quartam retineri. Ita innuens non aliter falcidiam deduci poſſe, quàm ſi filius, aliúſve qui miles fuit, & iure communi teſtatus ſit, & poſt annum miſſionis; ac proinde ſi vel in militia, vel intra miſſionis annum teſtatus fuerit, quamuis iure communi, falcidiam locum non habere; vt ſcripſimus *illat. 13. ſup. eo.* vbi etiam monuimus, quod non valde diſſimile eſt, teſtamentum militis aliud habere priuilegiū, vt per inofficioſi teſtamenti querelam ſubuerti non poſſit, non ſolùm ſi iure militari factum ſit, ſed etſi iure communi, dummodò vel à milite, vel à veterano: ex *l. de inofficioſo 9. C. de inof. teſt.*

l. de inofficioſo 9. C. de inoff. teſt.

Cur verò addit Papinianus, legatariis perpetuò teneri patrem, qui in fraudem legatariorum filij omiſſa cauſa teſtamenti peculium poſſidet, id eſt non annalem, ſed perpetuam actionem legatorum nomine in eum dari? Quid attinebat de illo tractare, an perpetua, an verò annalis eſſet actio; cùm iam dixiſſet Papinianus teneri eum exemplo legitimi hæredis, quem certum eſt ea teneri actione, quæ licèt prætoria ſit, perpetua tamen eſt, non annalis, cùm habeat rei perſecutionem, ex diſtinctione Pauli in *l. in honorarijs 35. De oblig. & action.* Nimirum, quia non poteſt dici patrem hunc teneri tanquam legitimum hæredem filij, cùm verè legitimus hæres nec ſit, nec eſſe poſſit, ſed potius tanquam patrem: quippe qui bona filij caſtrenſia non iure hæreditatis poſſideat, ſed iure peculij: Quamquam nec iure peculij quod nunc ſit, ſed quod aliquando tale fuerit, quia morte filiifamilias extinguit peculij ius nomenque certum eſt; vt *proxima illatione* dicebamus. Qua de cauſa placuit non niſi annalem eſſe debere actionem illam, quæ poſt mortem filij detur in patrem de peculio iam extincto: *d. l. 1. §. 1. & §. merito, ff. quand. de pecul. act. eſt annal.* Sed tamen ait Papinianus actionem hanc, quæ legatorum nomine in patrem datur, perpetuam eſſe debere, quia ſc. non de peculio actio eſt, ſed ex edicto illo Prætoris *ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* nec datur contra patrem tanquam patrem, ſed exēplo legitimi hæredis, id eſt, vt explicauimus, perinde ac daretur contra legitimum quemlibet hæredem, ſi filius hic talis eſſet, qui vel patrem, vel alium legitimum hæredem habere poſſet. Cur enim faueamus patri ob id ſolùm quod filij hæres legitimus non ſit, cùm per eum ſteterit non equidem ne legitimus hæres ſit (nam ex iuris ratione illud fit, non ex patris voluntate) ſed ne plus quàm legitimus fuerit hæres, qui potuit eſſe teſtamentarius, ſi iure ſuo vti potius quàm legatariis fraudem & iniuriam comminiſci voluiſſet.

Cæterùm, inquit Papinianus, ſi teſtamenti cauſam pater omiſerit, cùm peculium creditoribus ſoluendo non eſſet; nihil dolo videbitur feciſſe, quamuis temporis incurrat compendium, id eſt non tenebitur legatariis ex illo edicto, *ſi quis omiſſ. cauſ. teſtament.* quia non tam videtur dolo feciſſe, & fraudis conſilium iniiſſe, quàm fraudem excluſiſſe, vt alio loco idem Papinian. loquitur in *l. cùm pater 77. §. Titio, antepenult. de legat.* 2. neque enim interdictum eſt, vt quis omittat cauſam teſtamenti & hæreditatem teſtamentariam, dummodo ſine fraude id fiat: *l. quia autem 6. §. ſi patronus ff. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* In propoſito autem prudenter facit pater, qui teſtamenti cauſam omittit, ne creditoribus filij ſui ſupra peculij quantitatem teneatur, quibus vtique tanquam alius quilibet hæres teneretur, ſi ex filij teſtamento hæres eſſet. Nec ei nocere debet, quod repudiata cauſa teſtamenti futurum eſt, vt lucrum ille ſentiat, & commodum temporis, in eo ſcilicet vt nec actione de peculio à creditoribus filij poſſit conueniri poſt annum, quibus perpetua ciuili actione fuiſſet obligatus ſi teſtamentum filij & hæreditatem agnouiſſet.

Quamuis enim ex eo commodo temporis euenturum ſit, vt totum peculiū impune ac ſine onere retineat pater, ſi à creditoribus intra annū conuentus non fuerit, id tamen lucri & cōmodi non tam ex captata fraude ad eum peruenire intelligitur, quàm per occaſionem, & in conſequentiam hæreditatis licitè prudentérque repudiatæ. Parum autem ſolent curari ea quæ non fiunt, niſi per occaſionem & conſequentias, *l. 2. in fi. ff de riuis, l. 1 ff de autor. & conſenſ. tutor.* Præſertim cùm non tam repudiationi hæreditatis acceptoferendum ſit hoc commodū, quàm negligentiæ & ſtultitiæ creditorum, qui intra annū non egerunt, & ex aliorum negligentia & ſtultitia duriorem fieri patris conditionem, ſtultū & iniquum eſſet: *l. 3. l. alienus 61. ad fi. ff. ad leg. falc. l. mulier 22. §. ſi hæres ff. ad SC. Treb.* Illud enim dūtaxat inſpiciendū eſt quid egerit pater, cùm filij hæreditatem teſtamentariam omiſit. Atqui nihil aliud egit, niſi vt ſibi conſuleret, ne ſupra peculij vires creditoribus teneretur, nō etiā vt legatariis fraudē faceret, multò minùs vt creditoribus ipſis, quibus nec ſi voluiſſet, fraudē tamen facere potuiſſet. In eo namque diſpar & melior conditio eſt creditorum, quàm legatariorum, quod quiuis deſtituatur, teſtamentū hærede ſcripto recuſante, non ideò tamen ſuam actionem amittunt, nec proinde indigent, quomodo legatarij, auxilio Prætoris. Quamquā in propoſito caſu patre filij

Differentia creditorum & legatariorum in edicto ſi quis omiſſ. cauſ. teſt.

hæreditatem omittente, hactenus ſit deterior creditorum conditio, quod qui agnita per patrẽ hæreditate filij, creditores hæreditarij ſicuti erant, & conſequenter ciuilem perpetuámque actionem contra patrem tanquam hæredem habituri, remanent peculiares atque ita tales, qui mortuo filio nullam niſi de peculio & prætoriã actionem in patrem habere poſſint, eámque intra annum omnimodo exercendam.

Sed ſi propiùs inſpicias, non tam deterior dicenda eſt fieri conditio creditorum facto patris, quàm non melior, cùm tales remaneant creditores poſt mortem filij, quales fuerant eo viuo, id eſt peculiares: nec probè poſſit obiici patri, cur periculo & damno ſuo, non illud etiã commodum iis parauerit agnoſcendo filij hæreditatem, vt ex peculiaribus faceret hæreditarios ſuóſque proprios creditores. Nemo enim alienam conditionem facere meliorem vnquam cõpellitur, multò minùs ſi damnum ipſe aliquod ex eo ſit paſſurus; ſicut è contrario deterior creditorum conditio facto debitoris reddi numquam poteſt, extra caſum *l. 1. §. ex contrario, ff. de ſeparat.* Damnum autem quod in propoſita ſpecie paſſurus fuit pater, ſi damnoſam filij hæreditatem teſtamentariam temerè adiiſſet, in eo eſt euidens, quod creditoribus filij peculiaribus etiam ſupra peculij quantitatem ſe obſtrinxiſſet, & quanto minus fuiſſet in peculio, de ſuo ſoluere debuiſſet: *l. quæ dotis 33. ff. ſolut. matr.* Alioqui ſi eadem hac in re ratio eſſet creditorum & legatariorum, vt non magis illis quàm iſtis plus quàm in defuncti patrimonio fuiſſet, ſoluere hæres cogeretur, faceret proculdubio in fraudem legatariorum pater, qui teſtamentariam filij hæreditatem omitteret, nec dolum excluſiſſe videri poſſet, ob ídque dicendum eſſet non eo minùs illum teneri debere legatariis, quòd peculium creditoribus ſoluendo non eſſet.

l. 1. §. ex contrario, ff. de ſeparat.

Concludendum igitur eſt cum Papiniano, patrem hunc, de quo agimus, neque creditoribus ſupra quantitatem peculij intra annum, neque poſt annum vllo modo, legatariis verò abſolutè non teneri.

ILLATIO XXIV.

De ſeruo peculij caſtrenſis inſtituto hærede.

Vicesimoquartò ex eodem Principio fit, vt ſi ſeruus peculij caſtrenſis à quocumque ſcriptus hæres ſit, iuſſu militis adire debeat hæreditatem, quæ poſtea fiet bonorũ caſtrenſis peculij: *l. de hæreditate 19. §. 1. eod. tit. De caſtr. pec.* Nam & ſi miles ipſe idémque filiusfamilias à commilitone, vel ab eo quem per militiam agnouiſſet, hæres inſtitutus eſſet, poſſet ille citra iuſſum patris ſuo arbitrio rectè pro hærede gerere, vt ſupra diximus *illat. 9.* ex *l. miles 8. eod.* Cur non ergo & ſeruo caſtrenſi hæredi inſtituto iubere, vt adeat non expectato iuſſu patris? Nempe quia vt ſæpius inculcauimus, filiusfamilias miles in huiuſmodi peculio pro patrefamilias eſt. Sed tamen ratio dubitandi propter quam patris iuſſus expectandus videbatur, tota ex eo proficiſcitur, quod hic miles reuera filiusfamilias ſit, licèt peculium caſtrenſe habeat, quódque vno caſu poſſit pater huic ipſi, cui filius per ſeruum hæres erit, etiam hæres eſſe per mediam filij perſonam, ſi fortè peculium apud patrem remanſerit defuncto filio ſine teſtamento, *l. 1. eod.*

l. de hæreditate 19. §. 1. ff. de caſtren. pecu. l. miles 8. eod.

ILLATIO XXV.

De filiofamilias milite alienare volente ſine patre.

Vicesimoquintò ex eodem Principio fit, vt filiusfamilias miles nullius rei alienationẽ habeat ſine voluntate patris, niſi quantum ad caſtrenſe peculium pertinet: *l. 2. C. de caſtr. pecul. milit. præf. lib. 12. tit. 37.* nimirum quia extra cauſã peculij caſtrenſis non ſolùm filiusfamilias eſt, quantumuis miles ſit, ſed etiam pro filiofamilias habetur.

l. 2. C. de caſtr. pec. milit. præf.

Vnus tamen caſus notandus eſt, qui mirabilis videtur, in quo teſtamentum filijfamilias non dicam militis, ſed pagani, qui tamen miles aliquando fuerit, & caſtrenſe peculium habeat, bona quoque patris omnia comprehendat; adeóque quod magis eſt, filio ipſo non ſolùm ignorante, verùm etiam inuito. Eum caſum tractat Tryphoninus in *d. l. de hæreditate 19. §. filiusfamilias paganus, ff. eod. tit.* Si filius paganus, inquit, de caſtrenſi peculio fecerit teſtamentum, & dum ignorat patri ſe ſuum hæredem extitiſſe, deceſſerit: Non enim poteſt videri de caſtrenſibus bonis teſtatus, pro paternis inteſtatus deceſſiſſe: quamuis in eo qui etiam nũc miles eſt, id reſcriptum ſit, quia miles ab initio pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus potuerat mori; quod ius non habuit iſte, qui fuit paganus tempore teſtamenti, non magis quàm ſine obſeruatione legũ facere teſtamentum, ſiquidem ius illud & priuilegium pro arbitrio teſtandi non aliis datum eſt, quàm militibus in ipſa militia, vel intra miſſionis annum teſtantibus. Conſequens igitur neceſſariò eſt, vt caſtrenſis peculij hæres ſcriptus vniuerſa bona habeat, perinde, inquit Tryph. ac ſi pauperrimus aliquis facto teſtamento deceſſiſſet ignorans ſe locupletatum per ſeruos alio loco agentes. Non enim bona per ſeruos acquiſita ob id minùs hæredem ſequerentur, quod defunctus ea ſibi mortis tempore acquiſita eſſe ignoraſſet.

Ex quo apparet maiorem hac parte vtilitatem eſſe teſtamenti à pagano, quàm à milite facti. Non quia priuilegium maius, aut aliquod paganus habeat, ſed vel ob hoc ipſum, quia nullum habeat, id eſt, quoniam nullo iure permiſſum ei eſt, vt decedat pro parte teſtatus, & pro parte inteſtatus. Nam ſi in filiofamilias milite, vel intra miſſionis annum teſtato idem caſus contingeret, ad hæredem eius non pertinerent patris bona, ſed ſola caſtrenſia: *l. ex militari 11. §. vlt. ff. de teſt. mil.* quia vt in *l. ſeq.* Papinianus ait, milites ea dumtaxat, quæ habent, eo ſcilicet tempore quo teſtantur, ſcriptis hæredibus relinquunt, nõ etiam vt pagani, illa quoque quæ poſt teſtamentum obuentura mortis tempore ſunt habituri. Adeò vt nec aliud ſit, ſi de teſtamento mutando miles cogitauerit: Non quidem ob id quod adimere vellet caſtrenſia bona hæredi ſcripto; alioquin hoc ipſo teſtamentum nuda voluntate reuocatum intelligeretur, ſicut & nuda voluntate conſtitui potuit: *l. cum militis 34. §. 1. & vlt. eo.* ſed quia de paternis quoque teſtari volebat, & alium hæredem ſcribere, vt ſubiicitur ex Vlpiano in *l. idem eſt 13. in prin. e. t.*

l. idem eſt 13. in prin. e. ti.

Cur verò tam Tryphoninus in *d. l. de hæreditate 19. §. filiusfamilias,* quàm Vlp. in *d. l. ex militari 11. §. vl.* iuncta *d. l. idem eſt 13. §. 1.* loquitur de filiofamilias, qui deceſſerit priuſquàm reſciret

patrem

patrem ſuum deceſſiſſe? An quia dicendum aliud eſſet ſi reſciuiſſet? Minimè. Sed quoniam in eo qui ante mortem ſuam ſciuiſſet patri ſuo hæredem ſe extitiſſe, minorem dubitationem res haberet, minúſque mirum eſſet ad ipſius hæredem, quamuis in caſtrenſibus duntaxat bonis inſtitutum, paterna quoque bona pertinere, quaſi ex tacita voluntate teſtatoris, qui cùm ſciret alia ſibi bona obueniſſe, quàm de quibus teſtatus fuiſſet, nec tamen fieri poſſe, vt decederet pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus; attamen eum eodem teſtamento quod mutare fortaſſe potuerat, decedere maluiſſet. At cùm teſtator mortis ſuæ tempore ignorauit hæredem ſe patri extitiſſe, is qui ab eo in caſtrenſibus bonis inſtitutus reperitur, licèt non ſuccedat in paganicis contra ipſius voluntatem, non tamen perinde dici poteſt ex ipſius voluntate ſuccedere ac ſi à patrefamilias fuiſſet inſtitutus, quia paterfamilias quilibet cùm facit teſtamentum iure communi, de bonis ſuis omnibus quæ habet, habiturúſve vnquam eſt, teſtari intelligitur; quippe qui intelligat nec poſſe ſe decedere pro parte teſtatum, & pro parte inteſtatum, nec quicquam prohibere quominùs alia ſibi ante mortem obueniant, vel acquirantur bona. At hic filiusfamilias noſter paganus, quamuis non potuerit militis priuilegium ſperare, ſciuit tamen non de aliis bonis eo tempore ſe teſtari poſſe quàm de caſtrenſibus, nec proinde teſtari de aliis voluit. Sed parum defectus ille voluntatis attenditur, cùm potentior ſit ratio iuris quæ non patitur, vt cui bona caſtrenſia non poſſunt adimi, paterna denegentur.

PRINCIPIVM VII.

De fictione poſtliminij.

IVs poſtliminij moribus populi Romani ex naturali æquitate introductum facit, vt quamuis Romanus ciuis, qui ab hoſtibus captus eſt, reuera interim ſeruus ſit hoſtium, ius tamen liberorum, quos ille habebat in poteſtate, ſit in ſuſpenſo, quia hi qui ab hoſtibus capti ſunt, ſi reuerſi ſint in ciuitatem, omnia priſtina iura ſua recipiunt, & conſequenter patriam poteſtatem, quæ per captiuitatem extincta videbatur. Ita Iuſtinianus in *§. ſi ab hoſtibus, hoc tit.* poſt Tryphon. in *l. in bello 12. §. 1. ff. de capt. & poſtli.* vbi ait ille, ſi quis ab hoſtibus capiatur, in incerto eſſe an hi, quos in poteſtate habuit, ſui iuris facti ſint, an adhuc pro filiisfamiliarum computentur. Nã defuncto quandocunque patre apud hoſtes, patresfamiliarum illos fuiſſe intelligi ex quo pater captus fuit. Eo autem reuerſo, numquam non, id eſt ſemper, in eius poteſtate fuiſſe: quod & Iulian. ſcribit in *l. bona 22. §. quod ſi filius, eo.*

l. bona 21. §. quod ſi filius, eod.

In quo notandũ eſt, ſeparari ſtatum patris à iure liberorum. Statum enim patris certum eſſe, cùm ſit ille interim reuera ſeruus hoſtium, à quibus captus fuit: Liberorum verò ius pendere, cùm neſciatur an ſui iuris ſint, an alieni. Quod tamen, vt mirum videri poſſit, illud facit, quod liberorum ſtatus non niſi ex ſtatu patris æſtimandus e[illegible] videatur, ſed ſeparandus eſt ſtatus cuiuſque à [illegible]. Statum cùm dicimus, conditionem cuiuſ[illegible] ſignificamus, per quam ſit ille, vel liber, vel [illegible], vel ingenuus, vel libertinus. Negari aute[illegible] non poteſt, quin verè ſeruus ſit hoſtium quiſquis ab hoſtibus captus eſt, *l. 1. §. 1. ff. de ſuis & legit.* de quo ſcripſimus *ad Princ. 1. De tur. perſon. illat. 2.* Nec rurſum quin verè liber ſit captiui filius, qui remanſit in ciuitate. Neutrius ergo ſtatus eſt in pendenti. At iura omnia non tantùm filij, ſed etiam patris in pendenti ſunt propter fictionem poſtliminij, quam idcirco eleganter Papinianus noſter *ſuſpenſi iuris conſtitutionem* vocat in *l. penult. ff. de ſuis & legit.* quod per eam fiat, vt captiui iura omnia ſuſpendantur potiùs quàm abrumpantur, quomodo Caius loquitur in *l. illa inſtitutio 32. §. 1. ff. de hæred. inſtit.*

l. illa inſtitutio 32. §. 1. ff. de hæred. inſtit.

Cur verò ipſe quoque captiui ſtatus in pendenti non ſit, ratio ex eo petenda eſt, quod ſtatus perſonæ nihil aliud quàm perſona ipſa eſt, aut ſaltem tale quid quod perſonæ ita cohæreat, vt non alibi eſſe poſſit quàm vbi perſona ipſa eſt, ac proinde apud hoſtes, non in ciuitate, quoties de captiui ſtatu tractamus. At iura quæ captiuus habuit in ciuitate priuſquàm ab hoſtibus caperetur, ciuitati magis quàm perſonæ cohærent. Siquidem agimus de iuribus ciuitatis, id eſt ciui Romano competentibus non tanquam homini, ſed tanquam ciui. Ob idque nihil vetat ciuilem Legiſlatorem de iis pro arbitrio diſponere, omniáque in pendenti retinere, quamuis perſona ſit apud hoſtes, vt in propoſita ſpecie factum eſt inducta poſtliminij fictione. Ac proinde cùm inter cætera iura illud etiam ſit de quo nunc agimus, id eſt patriæ poteſtatis, conſequens eſt vt illud quoque ad poſtliminij pertineat fictionem, id eſt maneat in ſuſpenſo, quandiu incertum eſt an captiuus aliquando ab hoſtibus rediturus ſit nécne. Denique ſtatum cùm dicimus, rem præſentem, & quæ reuera ſit ſignificamus, in quam proinde fictio nulla cadere poteſt, quæ non veritati cedere cogatur, præſertim cùm fictio iſta ſit tota iuris ciuilis, cuius poteſtate certum eſt ius naturale, aut gentium corrumpi & extingui non poſſe, nec proinde fieri, quin reuera ſeruus ſit qui captus eſt ab hoſtibus, quandoquidem ex iure gentium inductæ ſunt captiuitates & ſeruitutes: *l. 4. ff. de iuſtit. & iur.* quas poſtliminij fictio tantùm abeſt vt deſtruat, vt è contrario eas confirmet, ac ſupponat in neceſſarium antecedens; Adeò vt non alio caſu poſtliminium habere locum poſſit, quàm quo vera captiuitas, veráque ſeruitus interceſſerit: *l. poſtliminium 19. §. à piratis l. ſi quis 21. § vlt. ff. de capt. & poſtlim.* At cùm de ciuitatis iuribus tractamus, eas res intelligimus, quæ nõ niſi iuris intellectu & poteſtate ſubſiſtant, & conſequenter in quas iuris ciuilis fictio cadere commodè poteſt.

l. poſtliminiũ 19. §. à piratis l. ſi quis 21. § vlt ff. de capt. & poſtlim.

Dices, Cur non ergo fictio iuris facit, vt ciuis Romanus, quamuis ab hoſtibus captus, ita tamẽ ciuis Romanus adhuc manere intelligatur? Reſpondeo, quia id fieri nõ poſſet quin hoc ipſo tolleretur ius gentium quo introductæ ſunt captiuitates & ſeruitutes, quod tamẽ per ius ciuile tolli non poſſe iam diximus. Niſi fortè illud quoq; inducere ciuilis Legiſlator vellet, vt idem & ciuis, & ſeruus hoſtiũ eſſe intelligeretur; quod tamen multò abſurdius eſſet, nec tantùm à Reipublicæ dignitate ac maieſtate alienum, ſed etiam ab ipſius vtilitate; cùm ita poſito iure fieri neceſſe eſſet ex eodẽ iure gentium, vt iura omnia quæ captiuus in ciuitate habuiſſet ante captiuitatem, per eum acquirerentur hoſti à quo captus eſſet.

Rurſum reſpondeo, ſicut in ciuilis Legiſlatoris poteſtate non eſt facere, vt qui ab hoſtibus captus eſt, ab iis vnquam reuertatur, ita nec

potuiſſe illum facere vt omnimodo & abſolutè ciuis ille perpetuò remanſiſſe intelligeretur, ne quidem per retrofictionem, ſed ſub ea tantum veluti conditione, aut vt meliùs dicam, eo tantùm caſu quo ab hoſtibus reuerteretur. Non quòd eo apud hoſtes defuncto voluerit Legiſlator pati, vt ciuis ſuus hoſtium ſeruus deceſſerit, ſed quia potuit in eum caſum ciui ſuo meliùs proſpicere, id eſt adhibito alio remedio, per quod neque ius gentium violaretur, neque ciuitatis dignitas læderetur: Inducta nimirum per legem Corneliam alia fictione, quæ faceret vt ciuis hic quandocunque apud hoſtes defunctus, iam inde ex ipſo captiuitatis inſtanti, ac proinde ciuis Romanus deceſſiſſe retrofingeretur. Atqui pugnaret ſecum ius ciuile, id eſt fictio cum fictione, ſi eo tempore quo captiuus viuit apud hoſtes, adhuc ciuis eſſe cenſeretur. Quomodo enim poſſet ciuis videri, qui iam multò ante tempore mortuus retrofingatur? Cùm igitur expectandum ſit, quod in dubio euentu poſitum eſt, an moriturus ſit apud hoſtes captiuus, an in ciuitatem rediturus, & in vtrumuis caſum alia atque alia fictio inducta ſit, apparet medio tempore nihil aliud fieri, aut dici poſſe, niſi vt qui captiuus eſt, quemadmodum reuera ſeruus eſt hoſtium, ita & pro ſeruo habeatur, non pro ciue: nec eo minùs tamen in ſuſpenſo ſit ius patriæ poteſtatis, quia eſt ex iuribus ciuitatis, quæ in ſuſpenſo manent omnia, tanquam quæ iuris fictionem commodiſſimè admittant, eúmque ſtatum quem lex ciuilis pro arbitrio velit præſcribere.

Vnde autem poſtliminium dictum ſit? explicat hîc Iuſtinian. aitque dictum eſſe à *limine*, & *poſt*. Nam limina ſicut in domo finem quendam faciunt, ſic & imperij finem limen eſſe, veteres (inquit) voluerunt. Cúmque hinc & limen dictum ſit, quaſi finis quidam & terminus, ab eo poſtliminium dictum eſt, quia reuertatur quis ad illud ipſum limen quod amiſerat. Quamuis non deſint qui putent in hoc nomine *poſtliminium*, poſteriores quatuor ſyllabas nihil aliud eſſe niſi verbi productionem, ex Seruij ſententia relata *in Topicis* à Cicerone, & à Cuiacio *lib. 3. obſer. cap. 4.*

ILLATIO I.

De præterito nepote ex filio capto ab hoſtibus, & apud eos defuncto.

EX hoc Principio illa primùm differentia naſcitur, quam perelegantem inter nepotem ex filio exhæredato, & nepotem ex filio captiuo conſtituit Paulus in *l. ſi quis poſthumos 9. §. ſi filium, De liber. & poſth.* vbi ſcribit: Si filium exhæredauero; nepotémque ex eo præteriero, & alium hæredem inſtituero, & ſuperuixerit filius poſt mortem meam, licèt ante aditam hæreditatem deceſſerit, dummodò poſtea fuerit illa adita, non tamen rumpi à nepote teſtamentum: Sed diuerſum eſſe, ſi in hoſtium poteſtate filius ſit, & deceſſerit in eodem ſtatu. Nepotem enim hoc caſu rumpere teſtamentum, propterea quòd moriente auo, illius, id eſt nepotis, ius pependerit, non abſciſſum vt ſuperiore caſu fuerit. Sic enim locum illum & legendum, & intelligendum eſſe docuimus pluribus *lib. 10. Coniect. cap. 12.* vnde & alia pleraque peti poſſunt, ad noſtrum hoc Principium pertinentia.

ILLATIO II.

De differentia, quæ eſt inter captiuum & deportatum.

SEcundò ex eodem Principio fit alia differentia quam inter deportatum & captiuum conſtituit idem Paulus in *l. ſi necem 4. §. ſi deportatus, De bon. libert.* vbi ait ſi deportatus patronus ſit, filio eius competere bonorum poſſeſſionem in bonis liberti, nec impedimento ei eſſe talem patronum, qui mortui loco habetur: Sed diſſimile eſſe ſi patronus apud hoſtes ſit. Tunc enim propter ſpem poſtliminij obſtare illum liberis ſuis. *l. ſi necem 4. § ſi deportatus ff de bon. libert.*

ILLATIO III.

De filio in ciuitate defuncto, cùm pater eſſet apud hoſtes.

TErtio ex eodem Principio fit quod Papinianus reſpondit in *d. l. penultim. De ſuis & legit.* *l. pen. ff de ſuis & legit.* Si pater apud hoſtes moriatur, defuncto iam in ciuitate filio, credendum eſſe filium patremfamilias deceſſiſſe; quamuis, inquit, patria poteſtate, quandiu vixerit, non fuerit in plenum liberatus. Fictio enim legis Corneliæ facit ſecundo capite, vt mortuus quandocunque pater apud hoſtes, ex ipſo inſtanti captiuitatis in ciuitate deceſſiſſe retrofingatur, ac proinde vt quamuis reuera & naturaliter filius ante patrem deceſſerit, pro eo tamen qui ſuperſtes fuerit habeatur. At è contrario non tam fictio quàm ſpes poſtliminij obſtitit viuo filio, ne videri potuerit patria poteſtate in plenum liberatus, cùm ſi patrem ab hoſtibus redire contigiſſet, vtique patriam ille poteſtatem cum cæteris ſuis iuribus poſtliminij iure recepiſſet. Sed cùm ponamus non rediiſſe illum ab hoſtibus, nihil eſt quod eo apud hoſtes defuncto de poſtliminij fictione tractari poſſit, aut cur illius ſpei quæ poſt mortem quoque filij durauit, reuerſuri patris ratio vlla habeatur, cùm ſpes illa interciderit, adeóque ipſius memoriam neceſſe ſit deletam eſſe per contrariam legis Corneliæ fictionem, quæ cum poſtliminij non magis ſpe, quàm fictione poteſt concurrere. Cui conſequens eſt quod Papin. infert, vt filius hic qui in ciuitate deceſſit, viuo quidem, ſed numquam ab hoſtibus reuerſo patre, legitimum habuerit hæredē. Sed ſi poſtliminio pater redierit, filio iam defuncto, quicquid per filium medio tempore quæſitum fuerat, habebit; quoniam hoc caſu ceſſante extinctáque legis Corneliæ fictione illa, quæ non ad alios captiuos pertinet, quàm qui in hoſtium poteſtate deceſſerint, inducitur contraria fictio ſcilicet poſtliminij, quæ facit vt pater hic qui re vera captiuus & ſeruus fuit, nihilominus in ciuitate ſemper fuiſſe, & conſequenter filium in poteſtate ſua ſemper retinuiſſe exiſtimetur.

Et non eſt mirum, inquit Papinianus, ſi peculium quoque pridem defuncti filij patri deferatur, cùm & ex eo filio natus filius poteſtatis ipſius fiat, id eſt in huius aui poteſtate intelligatur eſſe per ſuſpenſi iuris conſtitutionem: quæ poſtrema verba perelegantia ſunt ad ſignificandam poſtliminij fictionem, cuius tota vis, quemadmodum dicimus, in eo conſiſtit, vt

captiui

captiui iuta quæ in ciuitate & propter ciuitatem habuit, ſuſpendat, nec in totum per captiuitatem abrumpi patiatur, quandiu ſpes eſt captiuum ab hoſtibus reuerſurum.

ILLATIO IV.

De teſtamento facto impuberi filio per patrem poſtea captum ab hoſtibus.

l. quod ſi filius 11. ff. de captiu. & poſtlim.

QVartò ex eodem Principio fit quod idem Papinianus ſcribit in *l. quod ſi filius 11. ff. de captiu. & poſtlim.* ſi pater qui filio impuberi fecerat taſtamentum in ciuitate, poſtea captus ſit ab hoſtibus, & eo adhuc viuo apud hoſtes, filius in ciuitate deceſſerit; nihil eſſe quod de ſecundis tabulis tractari poſſit, id eſt euaneſcere ſine dubio pupillarem ſubſtitutionem; ſiue, quoniam, inquit, viuo patre filiusfamilias mori intelligitur, ſcilicet ſi quandoque etiam poſt filij mortem pater ab hoſtibus reuertatur, ita faciente poſtliminij fictione, per quam fingitur ille ſemper manſiſſe in ciuitate: ſiue, quoniam non reuerſo eo, exinde videatur filius ſui iuris fuiſſe quo pater hoſtium potitus eſt, non per fictionem legis Corneliæ, vt vulgo putant, quaſi fingatur pater primo illo inſtanti captiuitatis deceſſiſſe (potius enim ratio hæc vtilem faceret ſubſtitutionem, tanquam defuncto poſt patrem filio, factóque ſui iuris per mortem patris) ſed ex rei veritate quæ nulla indiget fictione, cùm verum ſit captiuitate factum eſſe ſeruum patrem, atque ita deſiiſſe liberos habere in poteſtate, quandoquidem poſtliminij fictio numquam locum habuit, patre numquam ab hoſtibus reuerſo. Vt proinde negari non poſſit filium hunc, qui antè in ciuitate deceſſerit viuo patre, ſui iuris deceſſiſſe: quæ res facit irritam ſubſtitutionem. Sed de tota illius loci ſententia videnda ſunt quæ ſcripſimus *lib. 10. Coniect. cap. 6.*

ILLATIO V.

De filiofamilias qui vxorem duxit abſente apud hoſtes patre.

QVintò ex eodem Principio fit, vt quamuis filiusfamilias iuſtas nuptias contrahere non poſſit ſine conſenſu patris, in cuius eſt poteſtate: ſi tamen pater ab hoſtibus captus ſit, filius medio tempore vxorem ducere poſſit: Non quod per patris captiuitatem filius hic patria poteſtate in plenum liberatus intelligatur; Sed quia etſi huiuſmodi nuptiis conſentire pater non poteſt, tamen nec etiam diſſentire: quod ſufficere debet, cùm non niſi poſtliminij ſpe vinculum patriæ poteſtatis retineatur: *l. in bello 12. §. medio tempore, eo tit. De captiu. & poſtlim.* de cuius etiam loci ſententia & emendatione ſcripſimus ad *Princip. 4. illat. 5. ſupr. De nupt.*

* * *

ILLATIO VI.

De his quæ in ciuitate acquirit filiusfamilias, durante patris captiuitate.

SExto ex eodem Principio fit quod idem Tryphoninus ſcribit in *d. l. in bello, § 1.* vbi ex eo, quod priùs dixerat, ſi quis capiatur ab hoſtibus in incerto eſſe an hi quos in poteſtate habuit ſui iuris facti ſint, an adhuc filiifamiliarum computentur; propterea quòd defuncto illo apud hoſtes, ex quo captus eſt patresfamiliarum; reuerſo, numquam non in poteſtate ipſius fuiſſe credantur: infert Tryphon. de his quæ medio tempore iſti liberi acquiſierint, ſtipulatione, traditione, legato, vbi non eſt reuerſus pater, ſi fortè alij, vel in totum his exhæredatis teſtamento, vel in partem inſtituti ſint hæredes, vtrum in hæreditate captiui quæ lege Cornelia inducitur, an propria ipſorum ſint: quod poſtremum verius eſſe ait, diuerſumque eſſe in his quæ per ſeruos acquiruntur. Meritò, inquit, quia hi nimirum ſerui bonorum ſemper fuerunt, & eſſe perſeuerant; filij verò ſui iuris exinde, ſibique ideo acquiſiuiſſe intelliguntur; ſiue ſi licas exinde ſui iuris factos intelligi per fictionem legis Corneliæ, quæ fingit patrem prima captiuitatis hora deceſſiſſe, ſiue reuera ſui iuris factos eſſe per captiuitatē, cuius effectus, licet nullus appareat quandiu reuerſionis & poſtliminij ſpes aliqua ſubeſt, tunc demum tamen apparet, cùm certum eſſe incipit, patrem ab hoſtibus neque reuerſum eſſe, neque reuerti vnquàm poſſe: vt eleganter, quamuis audenter Scæuola ratiocinatur in *l. Gallus §. videndum, De lib. & poſth.*

ILLATIO VII.

De auo inſtituente nepotem quem habet in ciuitate ex filio captiuo.

SEptimò ex eodem Principio fit quod idem Scæuola tractat in *d. §. videndum.* Si filium apud hoſtes habens, nepotem ex eo hæredem inſtituas, non tantùm ſi te viuo filius tuus decedat, ſed etiamſi poſt mortem tuam priuſquam ab hoſtibus reuerſus fuerit, nepotem ſuccedendo non rumpere teſtamentum: Non ſolùm quia lex Velleia ſecundo illo capite de quo ibi agitur, nihil addidit, quo ſignificaret tempus, ſed etiam quia dici pôteſt, quamuis audenter, inquit, viuo patre hunc filium ſuum hæredem eſſe deſiiſſe, licèt poſt patris mortem deceſſerit, quia nec ab hoſtibus rediit, nec redire poteſt. Quanquam locus ille difficilis ſanè eſt, ac longiorem exigens explicationem, quæ petenda eſt ex iis quæ ſcripſimus *lib. 10. Coniect. cap 3.* *d. §. videndum.*

ILLATIO VIII.

De ſententia eorum quæ tractat Scæuola in l. Gallus, § quid ſi qui filium, de lib. & poſth.

OCtauò ex hoc eodem Principio explicanda ſunt, quæ ab eodem Scæuola tractantur in *d. l. Gallus §. quid ſi qui filium, & duob. ſeqq.* de quorum etiam locorum ſententia & emendatione

totiúſque illius legis interpretatione, legenda omnimodo ſunt quæ ſcripſimus *lib.* 5. *&* 10 *Coniect.* in quibus videmur nobis totam illam legem, non ſolum aliter longè quàm ab aliis Interpretibus hucuſque factum ſit, ſed ſi abeſſe verbo inuidiâ poteſt, paullò fœliciùs explicaſſe, & vbi neceſſe fuit, emendaſſe.

ILLATIO IX.

De hæreditate delata filio captiui.

NOnò ex eodem Principio fit, vt filius eius qui apud hoſtes eſt, neque ſibi, neque patri hæreditatem vllam quamuis ſibi delatam acquirere poſſit, quamuis ex aliis omnibus cauſis, putà ex ſtipulatione, vel ex traditione, vel ex legato acquirere poſſit, vel patri ſi ab hoſtibus ille poſtea quandoque reuerſus ſit, vel ſibi patre numquam reuerſo. Hanc enim differentiam inter hæreditatem, & cæteros acquirendi modos ponit Tryphon. in *d. l. in bello* 12. §. 1. *De cap. & poſtlim.* ibi, *de his quæ medio tempore acquiruntur ſtipulatione, traditione, legato, nam hæreditate non poſſunt.* Vnde verò hæc differentia naſcitur? Nempe ex eo quod legati, ſtipulationis, & aliarum huiuſmodi rerum acquiſitio ſẽper lucroſa eſt, numquam damnoſa: *l. ſi hæreditatem* 32. *ff. mandat.* At hæreditatis acquiſitione fieri non poteſt, quin iure ipſo æri alieno obligetur is, cui hæreditas acquiritur, etiamſi non ſit illa nõ ſoluendo: *l. more* 8. *ff. de acquir. hæred. l. quæ dotis* 53. *ff. ſolut. matrim. l. vltim. Cod. de iur. delib.* Atqui non eſſet æquum, facto & voluntate filij obligari patrem, poſtea quandocunque ab hoſtibus reuerſum, eique nocere ius patriæ poteſtatis, quod potiſſimùm parentum gratia comparatum eſt. Ob idque placuit iure ciuili non aliter filiumfamilias poſſe delatam ſibi hæreditatem adire, quam ſi præcedat iuſſus patris, adeò vt nec ſatis eſſet ſequi ratihabitionem: *l. qui in aliena* 6 *l. ſi quis mihi bona* 25 §. *iuſſum ff. de acquir. hæred* quoniam poſt ius acquiſitum creditoribus & legatariis per aditionem hæreditatis, fieri non poſſet vt iis inuitis exoneraretur is, qui per hæreditatis acquiſitionem ſemel obligatus fuiſſet: *l. cùm hæreditate* 55. *eod.* Neque rurſus in ſuſpenſo manere poteſt vis & poteſtas aditionis, cùm neceſſe ſit vel eo inſtanti quo aditio fit, hæreditatem acquiri, vel numquam: *l. actus legitimi* 77. *De reg. iur.*

d. l. in bello 12. §. 1. *ff. de capt. & poſt.*

Dices, poſſe filiumfamilias ipſum capacem eſſe hæreditatis ſibi acquirendæ, ſi pater nollet eam ſibi per filium acquiri, aut acquiſitam eſſe, vt conſtat ex *l. is qui heres* 53. §. *vltim. De acqui. hæred. l. cogi* 16. §. *ſi pater ff. ad SC. Trebell.* Cur non ergo interim liceat ei adire, acquiſiturus patri ſi pater volet, vel ſibi ſi acquiſitionem pater recuſabit? Sed iam dixi non poſſe manere in ſuſpenſo ius obligationum hæreditariarum, quæ creditoribus & legatariis ex ipſo aditionis inſtanti acquiruntur. Præſertim cùm fieri poſſit, vt medio tempore, id eſt priuſquam pater ab hoſtibus redeat, filius in ciuitate moriatur, atque ita reuerſo poſtea quandocunque patre, futurum ſit vt contra neminem experiri creditores & legatarij poſſint, id eſt neque contra patrem, qui hæres eſſe nolit, nec per filium hæres fieri inuitus potuerit; neque contra filium ipſum, qui iam defunctus ſit; neque contra filij hæredem, quippe quem nullum habere potuit is, qui filiusfamilias deceſſiſſe creditur: *d. l. penultim. ff. de ſuis & legit.*

Eadem ratio facere debet, ne huic filio reſtitui hæreditas fideicommiſſaria poſſit, abſente apud hoſtes patre. Non quia fideicommiſſaria hæreditas ſit verè hæreditas, vt vulgo putant (deſinit enim hæreditas eſſe per aditionem, fitque patrimonium hæredis: *l.* 1. *& tot. tit. ff. de ſeparat.*) ſed quia reſtitutio fideicommiſſi, id eſt eius vniuerſitatis bonorum, quæ aliquando fuit hæreditas, vt loquitur Vlp. in *l. in fideicommiſſaria* 18. *ff. ad SC. Trebell.* non tantùm ſolutio debiti eſt, ſed etiam ſucceſſio, cùm per eam obligetur is, cui fit reſtitutio: *l. non enim* 38. *eod.* quam ob cauſam dicitur hæc reſtitutio ſimilis eſſe acquiſitioni hæreditatis, in *l. ſeruo* 65. *eod. tit.* vbi & hac ratione probat Marcianus, ſeruo non rectè reſtitui hæreditatem inuito domino, vel ignorante. Quamquam ſubiicit, quod notatu dignum eſt, in eo differre acquiſitionem hæreditatis ab acquiſitione fideicommiſſi vniuerſalis, quòd cùm de acquirenda hæreditate tractatur, iuſſum domini præcedere oportet, id eſt prius interuenire quàm ſeruus hæres inſtitutus hæreditatem adire poſſit; ſicut & filiofamilias inſtituto, iam diximus patris iuſſum præcedere debere. Eadem namque filiifamilias & ſerui hac parte ratio eſt, itémque domini & patris. At cùm fideicommiſſi reſtitutio facta eſt nullo iuſſu præcedente, confirmari ea poteſt interueniente quandocunque poſtea ratihabitione, quam ſubſequi ſatis eſt. Exemplo, inquit, bonorum poſſeſſionis, quam vtique conſtat ſi à filiofamilias, vel ſeruo; ſine patris, aut domini iuſſu agnita ſit, non eo minus tamen vtiliter agnitam intelligi, eiúſque commodum patri, dominóve acquiri, ſecuta poſtea dummodo intra conſtitutum tempus ratihabitione: *l. qui in aliena* 6. *ff. de acquir. hæred. l.* 3. §. *adquirere ff. de bonor. poſſeſſ. l. penultim. ff. rat. rem haberi l.* 1. *Cod. qui admitt. ad bonor. poſſeſſ. poſſ.*

Nec fideicommiſſaria hæreditas poteſt reſtitui filio abſente apud hoſtes patre

Differentia quæ eſt inter acquiſitionem hæreditatis & fideicommiſſi.

Neque obſcura huius iuris ratio eſt, cùm ex vulgari regula, ratihabitio comparetur mandato: *l. licèt* 56 *ff. de iudic. l. vero procuratori* 12. *in fin. ff ſolut. l. ſemper qui non prohibet* 60. *De regul. iur. l. eo qui* 7. *in fin. Cod. quod cum eo: l. vltim. C. ad SC. Macedon* adeòque quod magis eſt, in maleficiis quoque: *l.* 1. §. *ſed etſi.* 14 *l.* 3. §. *cum procurator* 10. *ff. de vi, & vi armat. l. hoc iure* 152. §. *in maleficio, De regul. iur.* Sed illud tantùm obſcurum eſt, Cur non idem obtineat in acquirenda per aditionem hæreditate, vt ratihabitionem ſubſequi ſufficiat? Sed petenda eſt ratio diſſimilitudinis ex eo, quod iam diximus, hæreditatis aditionem eſſe actum legitimum, qui proinde in ſuſpenſo manere non poteſt, ſalua legis dignitate & autoritate: *d. l. actus legitimi* 77. *De reg. iur.* iunct. *l. cum qui* 51. §. 1. *& vlt. ff. de acquir. hæred.* At reſtitutio hæreditatis, & agnitio bonorum poſſeſſionis, non ſunt actus legitimi, cùm pendeant ex iuriſdictione Prætoris, illa fideicommiſſarij, hæc vrbani. Solenne autem eſt prætori, vt in iis omnibus quæ iuris honorarij ſunt, æquitatem & effectum rei potius quàm iuris ciuilis exemplum intueatur.

Cur ad hæreditatem adeundam neceſſe ſit iuſſum præcedere, nec ſufficiat ſequi ratihabitionem.

An ergo in propoſito dicemus, filium cuius pater apud hoſtes eſt, delatam ſibi bonorum poſſeſſionem, vel fideicommiſſariam hæreditatem poſſe interim adquirere? Vtique; & quidem ita vt ſtatim valeat illa acquiſitio, nec pendeat in tempus vſque ratihabitionis per ſubſecuturam poſtea congruo tempore ratihabitionem confirmari poſſit.

poſſit. Quid enim refert an pater ideo ignoret quod apud hoſtes ſit, an quod aliter ſit abſens? Aut an ideo non iubeat, quia ignorat, an quia etiamſi ſciret, iubere tamen non poſſet? Atqui omnibus illis caſibus poſſet filius dalatam ſibi bonorum poſſeſſionem agnoſcere, ita demum poſtea emolumentum allaturam patri, ſi ratam ipſe eam haberet, *d. l. 2. C. qui admitt. ad bon. poſſ.* Idem ergo & in hoc caſu dicendum eſt; non autem nullius momenti agnitionem illam eſſe, vt pote quæ licet nullum emolumentum poſſit adferre patri ratam habere aut non volenti, aut non valenti; tamen filio ipſi adferre poteſt, ſiue poſt, ſiue intra centum dies ratihabitioni præſtitutos, ipſe ante reuerſum patrem deceſſerit, cùm ſit ille adquiſitionis capax, vt ſuo loco probauimus, nihilque prohibeat conueniri eum à creditoribus & legatariis Quamuis non ſit ea res impeditura quominùs pater quandocunque reuerſus ab hoſtibus, poſtliminij iure recuperet non ſolùm filiũ ſi adhuc viuat, ſed etiã omnia iſta quocunque iure per filiũ medio tempore quæſita, Adeò vt nec aliud futurum ſit, quamuis filius in ciuitate prædefunctus proponatur, quia ſicuti paterfamilias nunquam ille fuiſſe, ſed filiusfamilias deceſſiſſe intelligitur, ita neceſſe eſt quicquid ille viuus quæſierit, patri reuerſo deferri, iure peculij, vt iam ex Papiniano ſcripſimus in *d. l. penult. ff de ſuis & legit.*

Loquimur autem de bonorum poſſeſſione filiofamilias delata, non etiam patri, niſi per filium. Alioqui certum eſt filiofamilias numquam poſſe acquiri commodum bonorum poſſeſſionis, quam ille petierit ſolius patris ſui inſtituti nomine, cum nec ſi voluiſſet proprio nomine eam petere potuiſſet.

Alia ratio eſt ſerui, qui nomine domini vel bonorum poſſeſſionem admiſerit, vel fideicommiſſariæ hæreditatis reſtitutionem acceperit. Hic enim cùm omnimodo, omnique caſu ſit incapax acquiſitionis, nihil prorſus egiſſe videri poteſt, quouſque factum ipſius confirmatum ſit per ſubſecutam domini ſui ratihabitionem, ob idque fortaſſe ſeruo tantùm, non etiam de filiofamilias locutus eſt Mæcianus in *d. l. ſeruo*, iunct. *d. l. cogi 16. §. ſi pater, eod. d. l. 1. C. qui admitt. ad bon. poſſ.* Planè ſi ante ratihabitionem ſeruus deceſſerit, non eo magis impedietur ratihabitio, quæ modo fiat intra tempus à Prætore præſtitutum, *dict. l. penultim. ff. rat. rem haberi.* Quamquam neque nouum eſt, vt poſt elapſum tempus illud, admittenda ſit ratihabitio patris, vel domini, ex aliqua iuſta cauſa, beneficio in integrum reſtitutionis, vt in ſpecie *l. Pannonius 89. ff. de acquir. hered.* de cuius ſententia & emendatione ſcripſimus *lib. 14. Coniect. cap. 1.* Sed nos de ratione iuris nunc agimus, non de æquitate reſtitutionis. Quod autem pat[illegible] vel dominus, ex cauſa captiuitatis impeditus ſit rat[illegible]m habere factum filij, vel ſerui; non poteſt iuſt[illegible]m præbere cauſam reſtitutionis, ſed potiùs facere vt iure poſtliminij recuperatis iuribus omnibus, admitti debeat pater, vel dominus, ad petendam bonorum poſſeſſionem, ita vt nec ratihabitio ei neceſſaria ſit, nec reſtitutio in integrum, quandoquidem dies petendæ, vel ratæ habendæ petitionis bonorum poſſeſſionis vtiles ſunt: *l. 2. l. vlt. ff quis ord. in bonor. poſſ. ſeruet.* Ideóque non poſſunt ei currere qui eſt apud hoſtes, ſi fortè poſt delatam ſibi bonorum poſſeſſionem captus ſit antequàm ſciret ſibi delatam, aut ante præteritum tempus intra quod vel petere ipſe, vel ratum habere debuerat. Nam ſi ponas fuiſſe illum captiuum, iam ipſo tempore delationis, certum eſt numquam ei fuiſſe delatam, cùm toto illo tempore quo fuit in captiuitate, fuerit re vera ſeruus hoſtium: *l. 3. §. ſed & eius ff de bonor. poſſ.* Itaque nihil eſt quod eo caſu tractari poſſit vel de ratihabitione, vel de in integrum reſtitutione (vtraque enim ſupponit præcedentem iuris acquiſitionem) vel denique de lapſu temporis, intra quod aut hæreditas adiri, aut bonorum poſſeſſio agnoſci debuerit Quandocunque enim reuerſus pater, vel dominus, adire ipſe poterit, ſi ipſe fuerit inſtitutus; aut iubere filio, vel ſeruo, vt adeat, ſi filius vel ſeruus ſcriptus ſit: *l. illa inſtitutio 32. §. 1. ff de hered. inſtit.* Nempe ſi tùm filius, vel ſeruus viuat. Alioqui facere ius poſtliminij nequit, vt hæreditas, in qua filius, vel ſeruus inſtitutus fuit, acquiratur patri vel domino ſine facto ſerui, aut filij; non magis quam vt filius, vel ſeruus iam defunctus miniſterium in eam rem vllum patri, dominóve præſtare poſſit.

‡ Pannonius 86 ff. de acquir. hered.

Illud ſanè ſuperioribus addendum videtur, Si pater, vel dominus, cuius nomine vel filius, vel ſeruus, bonorum poſſeſſionem petierat, poſtea ſit captus ab hoſtibus, magis probandum eſſe vt hoc ipſo ratum habuiſſe videri debeat; quemadmodum de illo, qui ante ratihabitionem furere cœperit, ſcriptum eſt in *l. vlt. ff. de bonor. poſſ.* vbi ratio redditur, quia ratihabitio ad prioris poſtulati confirmationem pertineat, id eſt quia multò facilius eſt, vt quod iam factum fuit confirmetur, quàm vt quod nullo modo factum eſt, pro facto habeatur. Quamuis non eandem hac parte in omnibus rationem eſſe patris furioſi, & captiui, conſtet ſatis ex eo, quod ſcriptum eſt à Marciano in *l. cùm hæres 52. ff. de acquir. hered.* cùm filius hæres inſtitutus eſſet, patrémque haberet furioſum in cuius erat poteſtate, Diuum Pium reſcripſiſſe interponere ſe beneuolentiam ſuam, vt ſi filiusfamilias adierit, perinde habeatur atque ſi paterfamilias factus adiiſſet, adeóque liceat ei ſeruos hæreditarios manumittere. Nihil enim vſquam tale ſcriptum eſt de filio captiui, quem è contrario Tryphoninus in hoc loco, quem explicamus, id eſt in *dict. leg. in bello, paragrapho 1.* negat præciſè hæreditatem ſibi delatam adire poſſe, quaodiu pater eſt apud hoſtes. Siue quòd aliter poſito iure, fieret iniuria fictioni poſtliminij, quæ in ſuſpenſo retinet, vt diximus, ius liberorum; ſiue potiùs (nec enim plus poteſt patria poteſtas ſuſpenſa, quàm ea de qua dubitari nequeat quin ſalua ſit patri, vt contingit in patre furioſo) quòd plus ſpei lex habeat de ciuibus ſuis ab hoſte, in cuius manu ſunt, per virtutem bellicam recuperandis, quàm de furioſi conualeſcentia, quæ tota pendet ex futuro incertóque euentu: *arg. d. l. in bello, in princip.* in iis verbis elegantiſſimis, *quia ſpem reuertendi ciuibus in virtute bellica magis, quam in pace, Romani eſſe voluerunt.* iunct. *l. 3. in princip. & §. 1. ff. de tutel.*

d. l. in bello in princip.

ILLATIO X.

De teſtamento captiui.

l. eius qui 8. ff. qui teſta. facer. poſſ. §. vlt. Inſt. eo.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt eius qui apud hoſtes eſt teſtamentum quod ibi fecit, non valeat, quamuis redierit: *l. eius qui 8 ff qui teſtam. facer. poſſ §. vlt. Inſtit. eod.* Nempe quoniam qui captus eſt ab hoſtibus, re vera ſeruus hoſtium eſt: Seruos autem teſtamentum facere non poſſe conſtat. Nec quod poſtea quandocunque reuerſus ille fingatur ſemper in ciuitate fuiſſe ad rem facit, quia quod hoc vel illo loco, itemque hoc vel illo tempore factum ſit teſtamentum, facti eſt, non iuris. Ad ea verò quæ facti ſunt, poſtliminij fictio quæ tota iuris eſt, non pertinet: *d. l. in bello 12. §. facti, l. denique 19 ff. ex quib. cau. maior.* Alioqui eadem fictio faceret, vt nullum prorſus teſtamentum in propoſito caſu factum videretur, cùm verum ſit nullum in ciuitate factum eſſe. Non enim fictionis poteſtas in eo eſt, vt quod apud hoſtes factum fuit, in ciuitate factum eſſe intelligatur; ſed è contrario vti ne vnquam apud hoſtes fuiſſe exiſtimetur is, qui redit in ciuitatem. Ergo cùm de eo teſtamento tractemus, quod apud hoſtes factum fuerit, non poteſt aſſequi fictio vt habeatur pro facto in ciuitate, ſed potiùs vt habeatur pro non facto, ne captiuitatis memoria retineatur, quę per poſtliminij fictionem aboletur. Coniungit enim fictio poſtliminij inſtans reuerſionis cum inſtanti captiuitatis, ſicut lex Cornelia inſtans mortis cum eodem inſtanti captiuitatis: *l. iuſto errore 44 §. vlt. ff. de vſucap.* Atque ita neceſſe eſſet, ſi per fictionem poſtliminij induceretur, vt teſtamentum apud hoſtes factum, in ciuitate factum intelligeretur; illud quoque induci, vt alia longéque anteriore die quam quo factum ſit, pro facto haberetur: quod omninò impoſſibile eſt, implicatque contradictionem. Iam enim teſtamentum aliud eſſet, non illud ipſum quod fictio poſtliminij confirmare vellet. Ex quo enim dignoſci meliùs poteſt, an idem, an aliud teſtamentum ſit, quàm ex tempore, vt quod alio tempore factum eſt, aliud quoque eſſe neceſſariò ſit admittendum? *l. vlt. ff. de his quæ in teſt. delent. l. ſi quis priore 29. ff. ad SC. Trebell. l. 1. §. 1. ff. de bonor. poſſ. ſecund. tabul.* Idque nimirum eſt quod ſolemus dicere, poſtliminij fictionem in ſuſpenſo retinere, poſteàque conſeruare ex euentu iura omnia, quæ captiuus habuit & reliquit in ciuitate, vt intelligamus non pertinere illam ad iura aliqua inducenda tempore ipſo captiuitatis, nec proinde ad teſtamentum, quod eo tempore factum ſit, confirmandum.

Itaque non ſatis ſubtiliter meo iudicio faciunt, qui interrogati, Cur non valeat teſtamentum quod captiuus apud hoſtes fecit quamuis ab hoſtibus redierit: Nihil aliud reſpondent, niſi quòd non aliter valere teſtamenta poſſint, quam ſi teſtator vtroque tempore, & teſtamenti, & mortis, habeat factionem teſtamenti: *l. 2. l. 4. l. is cui 18. & ſeq. ff. qui teſta fac. poſſ.* Id enim tum verò & accommodatè dicitur, cùm de eo teſtatore agitur, qui aliquis ſit, hoc eſt, qui perſonam aliquam habeat, in quam cadere poſſit quæſtio, an capax ſit, an incapax faciendi teſtamenti: ſiquidem eſſe quem capacem, vel incapacem, qualitas eſt quæ non poteſt eſſe ſine ſubiecto, id eſt ſine perſona. Atqui quiſquis ſeruus eſt, vel pro nullo habetur, ſi nunquam fuit liber; *l. quod attinet 32. De regul. iur.* vel pro mortuo, ſi aliquando liber fuit: *l. intercidit 59. in fin. ff. de cond. & demonſtr. l. ſeruitutem 209. De reg. iur.* & conſequenter nullam perſonam eo tempore habuiſſe creditur, quę pótuerit eſſe, vel capax, vel incapax; ſed tunc primùm cœpiſſe habere cùm exiit de ſeruitute, ſiue per manumiſſionem, ſiue quo alio modo: *l. ſi Pamphilo 10. ff. de option. legat.* Igitur non niſi ineptè poſſis dicere ciuem Romanum captum ab hoſtibus, toto eo tempore quo tenera ſeruus fuit, non habuiſſe factionem teſtamenti, cùm nec in rerum natura fuiſſe interim exiſtimetur, nec ob id magis quod ab hoſtibus redierit, quinimo tanto minus, quod fictio poſtliminij deleat omnino memoriam captiuitatis, & conſequenter incapacitatis quæ ex ſola captiuitate inducebatur. Nam & inde fit, vt teſtamentum quod captiuus in ciuitate fecerat priuſquàm ab hoſtibus caperetur, licèt ex iuris ratione factum eſſet irritum per captiuitatem & ſeruitutem, reuerſo tamen ab hoſtibus teſtatore, non tam conualeſcat quàm valeat, ſempérque valuiſſe intelligatur ex poſtliminij fictione: *d. §. vl. Inſt. qui teſt. fac. non poſ.* (Sicut & mortuo illo apud hoſtes, confirmaretur per legem Corneliam, vt *ibidem* Iuſti. ait) Non quaſi ſpecialiter eam tum quicquam fit de teſtamento per poſtliminij fictionem confirmando, ſed in ſolam conſequentiam inductæ eiuſmodi fictionis: quia ſublata per fictionem illam non modò iniuria, & vt ita dicam infamia, ſed etiam memoria captiuitatis, illud vnum neceſſariò relinquitur, vt teſtamentum quod ab initio valuit, non magis poſſit dici factum irritum per captiuitatem, quàm ſi teſtator manſiſſet ſemper in ciuitate.

Quiſquis ſeruus eſt, vel pro nullo habetur, vel pro mortuo.

Vſque adeò autem non valet teſtamentum apud hoſtes factum à captiuo, vt ad obſides quoque idem ius tractum ſit, ne ſc. teſtari poſſint, niſi eis permittatur: *l. obſides 11. e. t. qui teſt. fac. poſſ.* Non quia obſides ſint ſerui (alioqui ſi ſerui eſſent, teſtari nunquam poſſent, ne ſi eis permitteretur, cùm teſtamenti factio ſit iuris publici: *l. 3. eod.* quam proinde niſi à lege habere nemo poteſt: *l. qui in poteſtate 6. eo. l. tam is 25. §. filiusfamilias, ff. de mort. cauſ. don.*) ſed quia nec omnino liberi dici poſſunt, qui ſi non ſunt verè captiui, tamen captiuis comparantur: *l. Diuus Commodus 31 ff de iur. fiſ.* vbi refertur Commodi Imperatoris reſcriptum, de obſidum ſicut & captiuorum bonis omnimodo in fiſcum cogendis.

Non idem iuris eſt in eo qui apud externos etiam hoſtes fungitur legatione. Hic enim etiamſi apud hoſtes ſit, non ideo tamen in hoſtiũ poteſtate eſt, nec ciuis eſſe deſinit, ob id ſolùm quòd neque in ciuitate ſit, neque intra fines imperij Romani: *l. qui à latronibus 13. §. 1. ff. qui teſt. fac. poſſ.*

ILLATIO XI.

De filio in captiuitate ſuſcepto, poſtea in ciuitatem reuerſo.

VNdecimò ex eodem Principio fit quod Vlp. ſcribit in *l. apud hoſtes 9. ff. de capt. & poſtl.* apud

Digitized by Google

apud hoſtes ſuſceptum filium, ſi poſtliminio redierit, iura filij habere, poſt reſcriptum Seueri & Antonini ad Ouinium Tertullum, quo placuit vt filius apud hoſtes ſuſceptus, quamuis ex propria perſona ius poſtliminij habere non poſſit, quia numquam fuit in ciuitate, habeat tamen ex perſona parentum; nempe ſi cum parentibus redierit, non etiam ſi filius. Quòd ſi defuncto iam apud hoſtes patre, redierit cum ſula matre, habebit quidem ius poſtliminij, at non ex perſona patria, quem nullum habuiſſe vnquam creditur, ſed ex perſona matris: vt eleganter nec obſcurè probatur ex eiuſdem reſcripti verbis, quæ extant in *l. 1. C. eod.* Quænam verò ſunt iura filij cùm de patre tractamus, niſi iura ſui hæredis? Vnde verò ius ſui hæredis, niſi ex iure patriæ poteſtatis? vt docuimus ſuo loco. Ex eo igitur apparet ius patriæ poteſtatis per poſtliminij fictionem reſtitui tam patri quàm filio, vt vterque eodem iure cenſeatur, quo eſſet ſi apud hoſtes numquam fuiſſet. Quò etiam pertinet quod ſcriptum eſt in *l. Diuus 25. ff. eod. tit.*

ILLATIO XII.

De reuerſo ab hoſtibus nepote ex filio, qui interim dederat ſe adrogandum, tum fuerat emancipatus.

l. ſi me tibi 23. eod.

DVodecimò ex eodem Principio fit, quod traditur ex Paulo in *l. ſi me tibi 23. eod. titul.* Si me tibi adrogandum dediſſem, emancipato me, reuerſum ab hoſtibus filium meum loco nepotis tibi futurum: quia cùm ponamus fuiſſe illum conceptum in ciuitate priuſquàm me emancipaſſes, futurus erat ille tibi nepotis loco, etiam poſt meam emancipationem, ſi perpetuò manſiſſet in ciuitate, qualis erat priuſquàm ab hoſtibus caperetur. Cum autem dicimus futurum illum tibi nepotis loco, intelligimus futurum tibi ſuum hæredem, cùm iam non anteuertatur in familia tua à me, qui per emancipationem factus ſum extraneus: *§. ſui autem, Inſtitut. de hæred. qualit. & differ.* iunct. *leg. quinetiam 55. §. vltim. ff. de rit. nupt.*

ILLATIO XIII.

De duplici ſpecie & fictione poſtliminij in vna eadémque perſona.

l. cùm duæ 14. eod. tit.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit, quod ſcriptum eſt in *l. cum duæ 14. eod. titul. De capt. & poſtl.* cùm duæ ſpecies poſtliminij ſint, vt nos, aut reuertamur, aut aliquid recipiamus; cùm filius ab hoſtibus reuertitur, duplicem in eo cauſam eſſe oportere poſtliminij; Vnam ex perſona patris, qui filium iúſque priſtinum patriæ in eum poteſtatis recuperat; Alteram ex perſona filij, qui ipſe recipit etiam ius ſuum, id eſt iura filij & ſui hæredis.

* * *

ILLATIO XIV.

De filio poſt patris redempti & ante luitionem defuncti mortem, offerente redemptionis quantitatem.

l. ſi patre redempto 15. ff. & l. liber captus 17. C. eo.

DEcimoquartò ex eodem Principio fit, quod Vlp. ſcribit in *l. ſi patre redempto 15. ff. eod. titul.* Si patre redempto & ante luitionem defuncto, filius poſt mortem eius quantitatem redemptionis offerat, dicendum eſſe ſuum patri hæredem poſſe filium exiſtere? Quia ſcilicet tunc demum incipit omnino liber defunctus videri pater, qui ante luitionem non omnino à captiuitate liberatus videbatur: *l. liber captus 17. C. eod.* Quamquam ſubiicit idem Vlpi. poſſe etiam dici ſubtilius, nec ſine ratione, patrem hunc dum moritur quaſi iure pignoris finito nactum eſſe poſtliminium, & ſine obligatione debiti obiiſſe, vt potuerit ſuum hæredem habere. Quod tamen quam rationem habeat, quoniam ſatis obſcura illa eſt, ſi quis ſcire volet, legenda ſunt, quæ ſcripſimus ad *Princip. 4. De iur. perſon. poſt illat. 3. verſic. obſeruandum.*

ILLATIO XV.

De teſtamento eius qui vxorem habens prægnantem captus fuit ab hoſtibus.

DEcimoquintò ex eodem Principio fit, vt ſi quis cùm prægnantem vxorem haberet, in hoſtium poteſtatem peruenerit, facto prius in ciuitate teſtamento; deinde nato filio & iam mortuo redierit ille ab hoſtibus, teſtamentum eius ruptum, & conſequenter poſtquàm ruptum eſt, nullum ſit, quia & eorum qui in ciuitate manſerunt, teſtamenta hoc caſu rumpuntur: *l. bona 22. §. vlt. eod. tit. De capt. & poſtl.* Etſi enim Iulianus eo loco ponit teſtatorem apud hoſtes deceſſiſſe; ratio tamen quam adfert, ad hunc quoque caſum optimè adeóque accommodatiùs pertinet, quo teſtator ab hoſtibus reuerſus ſit. Nec alia inter hos caſus differentia eſt, niſi quod cùm pater apud hoſtes deceſſit, filio poſthumo iam defuncto in ciuitate maiorem dubitationem res habet; Quaſi non potuerit agnatione poſthumi rumpi teſtamentum, quod irritum iam factum fuerat per captiuitatem. Moriente verò poſtea teſtatore, nihil obſtet quominus per legem Corneliam confirmari poſſit, ſublata iniuria captiuitatis, cùm eo tempore poſthumus qui fuerat præteritus, iam defunctus reperiatur: *arg. l. 5. verſic. poſt defectum, & l. poſthumus 12 ff de iniuſt. rupt.* Sed bene Iulianus animaduertit; Immo verò nullum eſſe omnimodo hoc teſtamentum, nec per legem Corneliam confirmari poſſe, quia abſurdum fuerit meliorem eſſe conditionem huius patris capti ab hoſtibus & apud eos defuncti, quàm futura erat ſi manſiſſet in ciuitate: quo tamen caſu res non haberet dubitationem quin poſthumi agnatione teſtamentum ruptum eſſet. Nam & cùm lex Cornelia fingeret hunc ipſum patrem ab hoſtibus numquam captum fuiſſe,

l. bona 22. §. vl. ff de cap. & poſtlim.

ſed

Digitized by Google

ſed quod omnino conſequens eſſet in ipſo captiuitatis inſtanti atque ita ciuem Romanum deceſſiſſe, inde neceſſariò fieret, vt teſtamentum de quo agimus, non tam per captiuitatem irritum dici poſſet, quàm præteriti poſthumi agnatione ruptum: præſertim cùm ea legis Corneliæ fictione induci non poſſit, quin poſthumus ille poſt patris mortem & natus & defunctus eſſe rectiùs fingatur. *l. lex Cornelia 28. verſic. quapropter, De vulgar. & pupill. ſubſtit.*

Ob idque nimirum dicimus minorem fore dubitationem, ſi pater ab hoſtibus poſtliminio rediiſſe proponeretur, quia cùm poſtliminij fictio efficiat, vt ſemper in ciuitate fuiſſe pater exiſtimetur, apertius eſt non aliam huius teſtamenti conditionem eſſe poſſe, quàm futura fuerit ſi pater in ciuitate ſemper manſiſſet.

Eodémque pertinet quod Paulus ſcribit in *l. ſi pater 9. & ſeq. ff. de iniuſt. rupt.* Si pater ab hoſtibus capiatur filio manente in ciuitate, teſtamentum non rumpi reuerſo patre. Sed nec filium ab hoſt.bus redeuntem rumpere patris teſtamentum. Quia quamuis vtroque caſu videatur nouus ſuus hæres induci in familiam patris, qui deſierat filium habere in poteſtate (quæ dubitandi erat ratio ad vtrumque caſum) neutro tamen caſu ruptum fuiſſet teſtamentum patris, ſi neutrius captiuitas interceſſiſſet: Ponimus enim ſatisfactum ſolemnitati legis, & eo teſtamento filium inſtitutum, vel exhæredatum. Alioqui non de rupto, aut rumpendo, ſed de iniuſto & nullo teſtamento tractari oporteret. His tamen quæ nunc ad Iulianum ſcripſimus, iungi volumus ea quæ pluribus in eandem rem ſcribemus *ad Prin. 9. illat. 4. infr. eod.*

ILLATIO XVI.

De nepote ſuſcepto & nato in ciuitate ante reuerſum ab hoſtibus auum.

Decimoſextò ex eodem Principio fit, quod ex eodem Iuliano ſubiungitur in *l. ſi quis prægnante 23. eod. tit.* Si quis prægnante vxore relicta, in hoſtium poteſtatem peruenerit, mox natus filius eius poſtea vxore legitimè ducta filium vel filiam procreauerit, ac deinde poſtliminio auus reuerſus ſit, omnia iura nepotis nomine perinde capturum auum ac ſi filius natus ei in ciuitate fuiſſet. Sic enim lego addita dictione *ei*, ſine qua non poteſt lectio bonum habere ſenſum; quandoquidem verum eſt in ciuitate natum eſſe filium, nec captiuitas patris eiuſdémque aui poteſt obſtare quominus in ciuitate natus eſt filius, ſed tantum ne fuerit ei natus quia non potuit naſci ei, qui cùm eo tempore ſeruus reuera eſſet, pro mortuo habebatur. Nepos verò ex eodem filio multis poſt annis ſuſceptus, multò minùs poteſt videri natus fuiſſe nepos huic auo, cùm neque natus, neque conceptus fuerit eo tempore quo auus adhuc viuere credebatur; vt dici ſolet de illo, qui poſt alterius mortem conceptus eſt, cum neque agnatum, neque cognatum dici poſſe: *l. Titius 6. iunct. l. ſeq. & l. 1. §. ſciendum, ff. de ſuis & legit. leg. l. 1. § ſi quis proximior, ff. vnd. cog. leg. vltim. ff. de ventr. in poſſ. mitt.* Sed omnes illas dubitationes tollit poteſtas poſtliminij, quæ fictæ illius mortis, quam captiuitatis ratio inducebar, memoriam delendo, facit è contrario, vt auus hic ſemper non ſolùm vixiſſe, ſed etiam

l. ſi quis prægnante 23. ff. de captiu. & poſtlim.

quod magis eſt, in ciuitate manſiſſe exiſtimetur.

ILLATIO XVII.

De filiofamilias transfuga qui rediit viuo patre.

Decimoſeptimò ex eodem Principio pendet ratio dubitandi ad id quod Paulus ſcribit in *l. poſtliminium 19. §. filius quoque, eod. tit. De caſtr. pec.* filiumfamilias transfugam non poſſe poſtliminio reuerti, ne quidem viuo patre. Nam cùm in huius filij perſona duplex induci poſſit cauſa poſtliminij, vna ex parte patris vt filium ſuum recipiat, altera ex parte ipſius filij, vt ipſe quoque ius ſuum recuperet, quamuis indignus ſit filius cui ſuccurratur ea fictione, quæ non ſit inducta, niſi ad vtilitatem Reipublicæ, à qua ille peſſimo & impiiſſimo exemplo transfugit ad hoſtes; iniquum tamen viderur eam rem nocere patri, cui delictum filij, nec poteſt, nec debet imputari. Purìuſque admittendum videretur denegandum filio poſtliminium ex perſona propria, ſed tamen concedendum ex perſona patris, vt dici ſolet de filio qui apud hoſtes conceptus natúſque eſt: *l. 1. C. de poſtli. reuer.*

Sed in contrarium mouetur Paulus elegantiſſima ratione, quia transfugam hunc non ſolùm patria amiſerit, ſed etiam pater, & quidem eodem prorſus modo quo & patria, hoc eſt ſine vlla ſpe illius per poſtliminium recuperandi. Hic enim ſenſus eſt illorum verborum, *quia pater ſic illum amiſit, quemadmodum patria.* Cur verò iacturam patris ex iactura Reipublicæ hoc caſu æſtimamus? Nimirum quia, vt præclarè grauitérque Paulus ſubiicit, diſciplina caſtrorum antiquior fuit parentibus Romanis; id eſt anterior pondere & authoritate, quàm charitas liberorum; quia & prius eſt, vt patriæ, quàm vt parentibus noſtris naſcamur: *l. 1. §. & generaliter 15. De ventr. in poſſ. mitt. l. honor. 14. § plebeÿ, ff. de muner. & honor.*

Patria prius quàm parentibus noſtris naſcimur.

ILLATIO XVIII.

De ſeruo hærede ſcripto à domino qui apud hoſtes deceſſit.

Decimooctauò ex eodem Principio fit, vt ſeruus hæres ſcriptus ab eo, qui in hoſtium poteſtate deceſſerit, licèt liber & hæres ſit, ſeu velit, ſeu nolit; non tamen ſatis propriè neceſſarius hæres dici poſſit, vt Iulianus ſcribit in *l. lege Cornelia 12. ff. qui teſtam. facer. poſſ.* Nempe quia non poteſt dici fuiſſe in poteſtate domini ſui morientis, cùm ille ipſe à quo fuit inſtitutus, deceſſerit reuera ſeruus hoſtium & in eorum poteſtate. Nec enim fieri poteſt, vt alium in ſua poteſtate habeat is, qui non ſit ſuæ poteſtatis: *l. ſic enemit 21. ff. ad leg. Iul. de adulter.* ſicut nec illud rurſum, vt neceſſarius hæres videri debeat, qui non fuerit in morientis domini poteſtate: *§. 1. Inſtit. de hæred. qualit. & differ.* Eadem ratio facit quod Iulianus *ibidem* ſubiungit, vt filius eius qui in hoſtium poteſtate deceſſit, nec ſuus hæres dici propriè poſſit, quamuis inuitus hæreditati obligetur, quia ſcilicet non fuit in poteſtate patris morientis, qui ipſe reuera

nera mortis ſuæ tempore in hoſtium poteſtate ac eorum ſeruus fuit. Nam vt ſuus hæres quis ſit, illud potiſſimùm requiritur, vt in poteſtate morientis patris exiſtat: *l. vlt. ff. de collat.* quamquam nec hoc ſufficit, niſi etiam illud concurrat, vt primum in cauſa gradúque ſuccedendi locum obtineat: *l. ſi quis filio 6. ff. de iniuſt. rupt. l. ſcripto 7. ff. vnd. liber. §. ſui autem, De hered. qualit. & differ.*

Cur ergo filius hic ſui hæredis, ſeruus verò neceſſarij iure cenſetur, vt vterque inuitus hæreditati obligetur? Quia nimirum fictio legis Corneliæ pugnat hîc cum veritate, facitque vt & ciuis & ante captiuitatẽ deceſſiſſe intelligatur is, qui re vera & apud hoſtes & ſeruus deceſſit. Veritas impedit ius ſui & neceſſarij hæredis. Fictio verò inducit, eáque præualet veritati in iis, quæ ſunt iuris ciuilis, qualia ſunt iura ſuorum & neceſſariorum hæredum, cùm ſit ipſa etiam tota iuris ciuilis. Nec aliud iure prætorio obtinet, ſiue agatur de bonorum poſſeſſione contra tabulas danda filio qui ab hoſtibus rediit, *l. 1. §. ſed etſi, De bon. poſſ. cont. tab.* ſiue de bonorum collatione per eum facienda: *l. 1. §. qui ab hoſtibus 17. ff. de collat.*

ILLATIO XIX.

De capto ab hoſtibus filio reuerſo poſt mortuum in ciuitate patrem.

DEcimonono ex eodem Principio fit, vt captum ab hoſtibus filium, patre interim medióque tempore mortuo, lex Cornelia reuerſum, ſi in poteſtate patris fuit eo tempore quo captus eſt, ſuum faciat hæredem, ſiue teſtatus eo filio inſtituto, ſiue inteſtatus pater deceſſiſſe proponatur: *l. captum 9. C. de poſtlim. reuerſ.* Vbi tamen quod de lege Cornelia ſcribunt Impp. mihi iampridem ſuſpectum eſt, cùm ea fictio quæ hunc filium reuerſum patri ſuum hæredem facit, non ad legem Corneliam referri poſſit, ſed ad ius poſtliminij, quod tamen non lege Cornelia, aut vlla alia introductum fuit, ſed moribus magis conſtitutum, & quidem ex naturali æquitate, vt Paulus ſcribit in *l. poſtliminium 19. ff. de captiu. & poſtlim.* Itaque facilè retineo coniecturam illam quam probaui *lib. 9. Coniect. c. 6. & lib. 10. cap. 3.* vt in *d. l. captum*, dictio *Cornelia*, ſit irreptitia, conflatáque ex ſimilitudine dictionis *poſtea*, quæ in eius locum videtur ſubſtituenda, vt bene omnia quadrent. Plenior enim eſt fictio poſtliminij quàm legis Corneliæ, cum illa pertineat ad iſta defuncti omnia, hæc verò ad captiuorum dumtaxat hæreditates, vt diſputauimus *ſupradictis locis*. Paſſímque videas in toto iure noſtro fictionem poſtliminij à fictione legis Corneliæ ſeparari.

Emendatio d. l. captum.

Vnde inducta ſit fictio poſtliminij.

Quamquam non ignoro pleróſque doctiſſimos Iureconſultos in ea eſſe hæreſi, vt putent legis Corneliæ duo fuiſſe capita, quorum priore ius poſtliminij inductum ſit, poſteriore verò proſpectum hæreditatibus captiuorum. Sed vnde id hauriant ignoro. Nam quod ius poſtliminij lex appellatur in *d. l. captum*. & ſuſpenſi iuris conſtitutio à Pap. in *d. l. pen. De iu. & legib.* ad rem non facit, cùm mores quoque populi Romani nihil aliud ſint, quam leges non ſcriptæ: *l. de quibus 32. De legib.* Vnde & duo illa, *moribus legibus*, coniunguntur in *d. l. poſtliminium*.

Quænam verò æquitas naturalis illa ſit, quæ poſtliminium moribus introduxit, docet Paulus in *d. l. poſtliminium*, Vt qui per iniuriam, inquit, ab hoſtibus detinebantur, ſi vbi in fines ſuos rediiſſent, priſtinum ius ſuum reciperent. In quo tamen illud mirum videri poteſt, quod ait per iniuriam detineri eos, qui ab hoſtibus in bello capti ſunt; cùm toties dixerimus, quod & veriſſimum eſt, ex iure gentium eſſe non ſolùm bella, ſed etiam quod conſequens fuit, captiuitates & ſeruitutes, ac proinde ex ratione & æquitate naturali ex qua ius omne gentium æſtimatur. Nimirum ex hypotheſi & ſuppoſitione, id eſt ſuppoſita hominum malitia, quæ non paſſa eſt diutius conſiſtere cognationem illam, quam inter omnes homines natura conſtituerat: *l. 4. & 5. ff. de iuſtit. & iur.* Sed ad id Paulus reſpicit, quod cùm ex populi Romani dignitate ſit, vt ne bellum vllum, vel iniuſtum, vel ſuſcepiſſe credatur, niſi quod ſit iuſtum, ne addam & neceſſarium (quod addebat ille qui putabat nullum poſſe iuſtum eſſe bellum, niſi quod neceſſarium eſſet) conueniens eſt, vt quiſquis ex Romanis ciuibus in bello capitur, non niſi per iniuriam ab hoſtibus detineatur. Qua ratione dicendum eſſet eos populos, qui cum Romana Republica bellum gerunt, idem ius & priuilegium poſtliminij habere ex naturali æquitate non debere, cùm fieri nequeat, vt bellum iuſtum ſit ex vtraque parte, at alterutrum ex hoſtibus neceſſe ſit arma iniuſtius induiſſe.

Qui ab hoſtibus capti ſunt an per iniuriam detineantur.

Verùm non facit ea res quo minùs ſit commune ius poſtliminij, quia ex tot populis qui bellum geſſerunt, nullus vnquam fuit, qui bellum ex parte ſua iuſtum eſſe non crediderit, aut credere ſe non præ ſe tulerit. Itaque hîc euenit, quod & aliàs in iure noſtro plerumque ſolet, vt non in æquitate ipſa naturali peccetur, ſed in æquitatis iſtius naturalis, iuriſve applicatione. Eſt autem non inelegans hoc exemplum eius, quod alibi docuimus non omnem æquitatem, aut rationem naturalem ſufficere ad inducendum ius naturale. Nemo enim niſi ineptè dixerit poſtliminium, quod ex æquitate naturali inductum eſſe Paulus ait, inductum etiam fuiſſe iure naturali, cùm pendeat ex captiuitatibus & ſeruitutibus, quæ ſunt contra naturam, id eſt contra ius naturale; vt apparet ex ſeruitutis definitione poſita in *l. 4. §. 1. De ſtat. homin.* iunct. *l. quod attinet 32. De reg. iur.*

Non omnis æquitas naturalis inducit ius naturale.

Cur verò æquitas illa naturalis non eſt ſufficiens ad inducendum ius naturale? Nempe quia contraria ratione & æquitate naturali labefactatur: Nec illa ſolùm quæ cognationem à natura ipſa inter homines conſtitutam violari non patitur, ſed etiam illa, quòd naturali rationi repugnet, præſuppoſita dominiorum diſtinctione, quam ius gentium introduxit, vt qui in alterius poteſtate ac dominio eſſe cœpit, inuito ei ſubtrahere ſe poſſit, nedum ignoranti; quantumuis in fines ſuos redierit: *l. id quod noſtrum 11. De reg. iur.*

Quæ ratio eadem facit, vt nec iuris gentium magis quàm iuris naturalis dici poſtliminium poſſit, quamuis gens vix vlla ſit quæ hodie non eo vtatur, ſicut & ſtipulationibus, & acceptilationibus, & teſtamentis, quæ tamen omnia iuris ciuilis, non gentium eſſe, ſuo loco probauimus. Eſt ergo poſtliminium iuris ciuilis, ſed non ſcripti, quia propter ſolam vtilitatem ciuium & Reipublicæ introductum fuit, ne alio-

Poſtliminij conſtitutio iuris naturalis non eſt, nec iuris gentium, ſed ciuilis, non ſcripti.

qui

qui metu damnorum, quæ incidens captiuitas eſſet allatura, euenirer, vt minùs alaeriter ciues Romani ad bellum aceingerentur: quos multò magis decebat, etiamſi ab hoſtibus capti eſſent, dummodo poſteà rediiſſent, pro his haberi qui ſemper in eiuitate manſiſſent, ex qua ſcilicet non exicrant, niſi vt vitam & libertatem pro Reipublicæ ſalute profunderent.

Fuiſſe autem ius hoc multò antiquius lege Cornelia, conſtat etiam ex eo quod Modeſt. ſcribit in *l. 4. De capt.* in illis verbis, *antiquitus placuit.* Non enim ſic loquitur de iis, quæ certa lege inducta fuerunt. Quamquam lege Cornelia, eui & occaſionem, aut potius exemplum dediſſe videtur, confirmatum illud fuiſſe nihil prohibet, ſatiſque probabile eſt, & ad id reſpexiſſe Impp. in *d.l. captum*, ſi vulgarem lectionem retinere malis, quàm emendationem noſtram probare. Sanè quod Papin. in *l. penult. in fin. de ſuis & legit.* vocat poſtliminium ſuſpenſi iuris conſtitutionem, non facit vt referri debeat ad legem Corneliam. Nam & eo nomine donantur illa etiam quæ Prudentum ſola autoritate citra legem vllam conſtituta ſunt; vt in *l. ſi ſeruum 91. paragrapho ſequitur, & ſeqq. De verb. oblig. lege 1. ff. de priuat. delict. lege in bello 12. paragrapho ſi quis ſeruum, ff. de capt. & poſtlim.*

PRINCIPIVM VIII.

De captiuo, qui reuerſus ſemper in ciuitate fuiſſe creditur.

P*Oſtliminij fictio efficit, vt retro in ciuitate fuiſſe credatur quiſquis ab hoſtibus aduenit. l. retro creditur 16. ff. De captiu. & poſtlim.* Vnde verò ius hoc poſtliminij fluxerit, & qua ratione inductum ſit, ſatis ſuperque diximus *ad Princip. præcedens*, maximè verò *illat. vlt.* Illud tantùm addendum eſt, quod Pomponius monet in *l. poſtliminij 5. eod. tit.* poſtliminij ius competere, aut in bello, aut in pace. In bello, cùm hi qui nobis hoſtes ſunt, aliquem ex noſtris cœperunt, & intra præſidia ſua perduxerunt. Nam ſi ab eodem bello is reuerſus fuerit, poſtliminium habet, id eſt perinde omnia ei reſtituuntur iura ac ſi captus ab hoſtibus non eſſet. An ergo ſi ab hoſtibus quidem reuerſus fuerit, ſed non in eodem bello, poſtliminium non habebit; Immo habebit; ſed non illud de quo nunc agimus, id eſt poſtliminium belli, ſed poſtliminium in pace, de quo ſtatim dicemus. Antequam verò ciuis noſter ab hoſtibus captus in præſidia hoſtium perducatur, manet ciuis, quia nec prius videtur in hoſtium eſſe poteſtate, non tam ob id quod per fallaciam poſſit facilius interim euadere, quam quòd bellica virtute militum noſtrorum interim recipi poſſe ſperetur. Spem enim reuertendi ciuibus in virtute bellica magis, quàm vel in pace, vel in dolo eſſe Romani voluerunt: *l. in bello 12 in princ. eod. tit.*

Vnde illud etiam eſt quod ab Imperatoribus reſcribitur in *l. ab hoſtibus 14. C. eo.* ab hoſtibus captos & non commercio redemptos, ſed virtute militum noſtrorum liberatos, ac proinde quamuis iam ad caſtra & præſidia hoſtium perductos, illico ſtatum eum recipere, quem captiuitatis caſu amiſerant; quinimò etiam ſeruos Romanorum ab hoſtibus ita recuperatos dominis ſuis ſtatim reſtitui. Receptos enim eos, non captos videri debere, & militem noſtrum defenſorem eorum oportet eſſe, non dominum. Quamquam quod ad ius poſtliminij attinet, nihil intereſt quomodo captiuus reuerſus ſit, vtrum dimiſſus, vel receptus, an vi, aut fallacia poteſtatem hoſtium euaſerit, dummodò ea mente venerit, vt non illò reuertatur: *l. nihil intereſt 26. ff. eod. tit.*

Itaque non abſurde lex Cornelia de captiuis apud hoſtes defunctis finxit, ciuem Romanum ab hoſtibus captum, & apud eoſdem poſtea defunctum, primo captiuitatis inſtanti deceſſiſſe. Hoc ipſo enim fecit, vt ciuis Romanus deceſſiſſe videatur, cùm fieri nequeat, vt primo illo inſtanti reperiatur in hoſtium præſidia iam perductus is, qui ab hoſtibus captus eſt; neque rurſus vt antè videatur ſeruus factus quàm in præſidia perductus ſit. Vt taceam primum illud inſtans captiuitatis non ſeruituti, ſed libertati omnino adſcribendum eſſe, quia non is qui iam ſeruus ſit capitur, & fit ſeruus, ſed is demum qui adhuc ſit ciuis. Exemplo eius, quod ſæpius monuimus, Inſtans mortis non morti adſcribi, ſed vitæ: *l. qui duos 18. §. 1. ff. de man. teſtam l. vlt. ff. de condit. inſtit.* quia nec fieri poteſt, vt moriatur is qui iam mortuus ſit, ſed ille demum qui adhuc viuit. Porrò tunc ad nos reuerſus eſſe intelligitur is, qui captiuus fuit, cũ aut ad amicos noſtros peruenit, aut intra præſidia noſtra eſſe cœpit. Contraria ſuperiori ratione, quia nec priùs hoſtium poteſtatem effugiſſe intelligitur, à quibus facilè poteſt adprehendi.

Inſtans captiuitatis libertati adſcribendum eſt, non ſeruituti: vt inſtans mortis, vitæ, non morti.

Subiungit Pomponius in pace quoque poſtliminium datum eſſe: nam ſi cum gente aliqua, inquit neque hoſpitium, neque amicitiam, neque fœdus amicitiæ cauſa factum habemus, hi hoſtes quidem non ſunt (hoſtes enim ſunt, quibus populus Romanus bellum publicè decreuit, vel qui populo Romano: *l. hoſtes ſunt 24. eod. tit. l. hoſtes 118. De verb. ſignific.*) ſed tamen quod ex noſtro ad eos peruenit, illorum fit, & liber homo noſter ab eis captus, ſeruus fit & eorum. Idémque eſt ſi ab illis ad nos aliquid perueniat. Hoc igitur quoque caſu poſtliminium datum eſt, darique conueniens fuit. Eleganter autem tractat idem Pompon. *in d.l. 5 de capt. & poſtlim. reuerſ.* ſi quis hoſtium à Romanis captus, in ciuitate manumiſſus fuerit, & poſtea peruenerit ad ſuos, an poſtliminij ius habere poſſit. Dubitandi cauſa eſt, quia poſtliminium delet quidem memoriam captiuitatis, ſed vt deleat memoriam libertatis, quæ medio tempore data fuit, difficilius ſanè videtur. Non ſolùm quòd libertas ſit fauorabilis, ſed etiam quòd habeat quid poſitiuum, cuius nihil niſi priuatio quædam eſt, id quod nos captiuitatem &, ſeruitutem appellamus. Sed tamen magis probat Pomponius, vt ita demum hicquoque poſtliminio reuerſos intelligatur, ſi malit ſuos ſequi, quam in ciuitate noſtra manere. Et rectè. Cùm enim omnis manumiſſio præſupponat ſeruitutem, *l. 2. C. de ingen. manum.* & poſtliminij fictio tollat omnino memoriam ſeruitutis, fieri nullo modo poteſt vt remaneat intellectus aliquis libertatis, qui non tollatur poſtliminij poteſtate, vt Papiniani verbis vtar in *l. ſi patroni 55. §. vlt. ff. ad SC. Trebell.*

Poſtliminium in pace.

Nec obſtat huic ſententiæ fauor libertatis: cùm multò plenior libertas illa ſit quæ per poſtliminium reſtituitur, quàm quæ per manumiſſionem obtingit. Illa enim eadem ipſa libertas

eſt

eſt quæ ante captiuitatem erat, ac proinde coniuncta cum ingenuitate. Quæ verò per iuſtam & vtilem manumiſſionem obtingit, ea inducit ſecúmque comitem ſemper habet libertinitatem.

Vſque adeò autem verum eſt postliminio ad ſuos reuerſum intelligi eum, qui à nobis manumiſſus maluit ſuos ſequi, quam in noſtra ciuitate manere, vt nec ij qui ex noſtris ab hoſtibus redeunt, fiant tamen ciues noſtri iure poſtliminij, ſi non habeant animum Romæ remanendi, ſed ad hoſtes reuerti malint. Cuius rei exemplum illuſtre fuit in Attilio Regulo, quem à Carthaginenſibus Romam miſſum, placuit non eſſe poſtliminio reuerſum, quia iurauerat ſe Carthaginem reuerſurum, nec animum habuerat Romæ remanendi. Parum enim eſt corpore quem rediiſſe domum, ſi mente alienus eſt: *d. l. nihil intereſt 26. eod. tit.* Sicque accipi debet quod Pomponius ſubobſcuriore contextu verborum ſcribit in *d. l. 5. §. captiuus* vbi addit, Eadem ratione factum eſſe, vt in quodam interprete Menandro qui apud nos manumiſſus, poſtea miſſus erat ad ſuos, non fuerit viſa neceſſaria lex quæ de illo facta erat, vt ciuis Romanus maneret. Nam ſiue animus ei fuiſſet remanendi apud ſuos, hoc ipſo deſineret eſſe ciuis, iureque patrij poſtliminij frueretur; ſiue animus fuiſſet reuertendi, maneret ciuis. Atque ita fieri non poterat vti ne ſuperuacua eſſet lex in vtrumque euentum.

ILLATIO I.

De iis qui hoſtibus deduntur.

Ex hoc Principio illud primùm fit, vt non tantum eos qui ab hoſtibus capiuntur, ſed & illos qui hoſtibus deduntur, ſi quando ab hoſtibus redeant, poſtliminij iure reuerſos videri placeat: *l. eos 4. ff. hoc. tit. De capt. & poſtlim.* Vtriſque enim commune illud eſt, vt & in hoſtium poteſtate fuerint, & conſequenter ab hoſtibus quoque redierint in ciuitatẽ. Quamquam in iis qui hoſtibus dediti eſſent, difficilius id videbatur, propterea quod non niſi ex præcedente cauſa delicti alicuius deditio eiuſmodi fieri ſoleret, vt putà ſi quis Legatum hoſtium contra ius gentium pulſaſſet, aut qua alia ratione violaſſet: *l. vlt. ff. de legation.* vbi refertur Quinti Mucij Scæuolæ ſententia exiſtimantis, Eum quem ſemel populus Romanus hoſtibus dedi iuſſerit, hoc ipſo perinde expulſum videri ex ciuitate ac ſi aqua & igni ei fuiſſet interdictum. Vt proinde indignus videatur, qui ad poſtliminij ius & beneficium admittatur, propter irrogatam pœnam, ex ratione Papiniani ab Vlp. relata, quamuis ab eodem ibi improbata in *l. Papinianus 20. ff. de minor.*

Sed tamen humanior viſa eſt contraria ſententia, ſiue quòd per deditionis pœnam ſatisfactum ſit iniuriæ contra ius gentium irrogatæ, vt nulla hoſtibus conquerendi ſuperſit occaſio; ſiue quod culpa, quæ huic deditioni cauſam præbet, ſoleat vt plurimum naſci ex bono, quãuis minùs conſiderato erga Rempublicam, malóque viciſſim erga hoſtes animo, qui etſi excuſationem non meretur, ſi ius gentium violatum proponatur, facilius tamen veniam à Republica impetrare poteſt, tum ſaltem cùm & iuri gentium & hoſtium querelis ſuit ſatisfactum.

Inter captiuos tamen & deditos differentia ea eſſe videtur, quòd captiui quoquo modo in ciuitatem reuerſi, ſiue ab hoſtibus dimiſſi fuerint, ſiue per vim aut per fallaciam eorum poteſtatem euaſerint, poſtliminij ius habent; Dediti verò non aliter, quàm ſi ab hoſtibus fuerint dimiſſi; cùm deditio fiat à populo id agente, vt qui deditur non ſolùm è ciuitate expellatur, ſed etiã ſeruus hoſtiũ efficiatur, non quãdiu duntaxat in ipſorum erit poteſtate, vt in captiuo euenit; ſed quãdiu hoſtibus placuerit: quorũ non tam poteſtati, quã arbitrio, dediti libertas data videtur à populo, qui de cuiuſque ciuis libertate nõ minùs quàm de vita, prout vult diſponit. Ceſſatque hoc caſu ratio illa inducendi poſtliminij, quam ſupra diximus eam fuiſſe, vt qui per iniuriam ab extraneis detinebatur, is priſtinum ius ſuum reciperet, vbi in fines ſuos rediiſſet: *d. l. poſtliminium 19. De captiu.* Non enim per iniuriam detinetur, qui ex deditione à populo Romano facta detinetur. Sicut è contrario non poteſt videri per iniuriam rediiſſe in ciuitatem is, qui hoſtibus deditus & ab iis receptus, poſtea vltro ab iiſdem dimiſſus eſt. Cur non ergo ſaltem hoc caſu poſtliminij ius habebit? In quo differunt dediti à captiuis.

Planè ſi proponas non fuiſſe illum ab hoſtibus receptum, dubitari probabilius poteſt, an gaudere debeat eodem poſtliminij iure. Et magis eſt vt non debeat, ſed noua lege indigeat per quam fiat ciuis Romanus, vt in perſona Hoſtilij Mancini, quem Numantini ſibi deditum non acceperant, obſeruatum fuiſſe refertur in *d. l. vlt. ff. de legation.* Neque enim fieri poteſt vt poſtliminio reuerſus videatur is, qui nunquam in hoſtium poteſtate, nec eorum ſeruus fuit. Neque rurſus vt is, qui ſemel è ciuitate expulſus fuit, ciuitatem amiſſam recuperet ſine beneficio & priuilegio alicuius reſtitutionis. Conſequens igitur eſt, vt quamuis reuerſus ab hoſtibus à quibus receptus nunquam fuit, non eo magis tamen ciuis fiat, quamuis nec ſit ſeruus, quia ſcilicet deditio expellit quidem eum è ciuitate, ſed non priùs facit ſeruum hoſtium quàm ab hoſtibus fuerit receptus. Erit ergo nec ciuis, nec ſeruus, ſed liber & peregrinus.

Hicque Modeſtini ſenſus eſt in *d. l. 4. De captiu. & poſtlim.* vbi vereor ne mendum ſubſit in illis verbis, *nec à nobis receptus ſit*, potiúſque legendum ſit, *nec ab eis.* Tractare enim Modeſtinum de illo, qui hoſtibus deditus nec ab eis receptus ſit, conſtat euidenter ex eo, quod refert ille inter Brutum, & Scæuolam id varie tractatum fuiſſe; Bruto exiſtimante manere hunc ciuem Romanum; Scæuola contrà negante. Fuit autem illa quæſtio agitata de eo qui ab hoſtibus receptus non ſit, vt apparet ex *d. l. vlt. De legat.* vbi eadem quæſtio, eadémque Scæuolæ ſententia proponitur, non de eo, qui ab hoſtibus receptus ſit, à Romanis verò poſt reditum ſuum non receptus. Quem non adipiſci ciuitatem mirum non eſſet, cùm hoc ipſo quod à nobis non reciperetur, iterum de ciuitate expelli videretur, niſi poneres ideò à nobis receptum non eſſe, quia nec ab hoſtibus receptus fuiſſet, vel quòd ab iis nõ dimiſſus, ſed profugus eſſet. Quibus tamen caſibus fruſtra eſſet dicere à nobis receptum non eſſe illum, qui etiamſi receptus eſſet, poſtliminij tamen ius habere non poſſet.

Digitized by Google

ILLATIO II.

De poſtliminio cuiuſcunque ſexus & conditionis hominibus dato.

SEcundò ex eodem Principio fit quod ſcriptum eſt in *d l.poſtliminium* 19.§. *vlt. eod. tit.* poſtliminium hominibus eſſe cuiuſcunque ſexus conditioniſve ſint, adeò vt nec interſit an liberi ſint,an ſerui. Nec enim ſoli poſtliminio recipiuntur ij qui pugnare poſſunt, in quo numero neque mulieres, neque impuberes, neque ſerui continerētur;ſed omnes homines qui eius naturæ ſunt vt vſui eſſe, vel conſilio, vel aliis modis poſſint. Siquidem totum ius hoc poſtliminij non tam priuatorum, qui in hoſtium poteſtatem peruenerunt,quàm Reipublicæ gratia comparatum fuit,nihil aliud curante ciuili Legiſlatore, niſi vt omnia referat ad Reipub.dignitatem, & vtilitatem. Serui ergo poſtliminium habent ex vtilitate dominorum qui deſierunt captos eos habere in poteſtate:*l.ſi ſeruus* 16.*ff.de interreg. in iur.faciend.*

ILLATIO III.

De captiuo qui ſua voluntate manſit apud hoſtes.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt ſi captiuus de quo in pace,id eſt in publicis conuentionibus,quæ per pacem fiunt,vt Vlp.loquitur in *l.* 5.§.1.*De pact.*cautum fuerat vt rediret, ſua voluntate apud hoſtes manſerit, non ſit poſtea ei poſtliminium:*l ſi captiuus* 10.*De capt. & poſtlim.* quia cùm poſtliminij ius totum in fictione conſiſtat,fictione autem nulla opus ſit quoties veritas locum habere poteſt,nulla ratio eſt cur ei per fictionem ſuccurri oporteat, qui próptius & fauorabilius Reipublicæ auxilium aſpernatur:Immo verò qui indignum ſe reddit, hoc ipſo quod voluntate ſua manendo apud hoſtes transfugam ſe facit:*l.ſi quis fortè* 19.*ad fin.C.eod.*Transfugas enim poſtliminium nullum habere conſtat,cùm quiſquis malo conſilio & proditoris animo patriam reliquit,is hoſtium loco habendus ſit, ſi modò liber ſit (neque enim ſerui transfugere poſſunt,nec magis Reipublicæ,quàm ſuis dominis furtum ſui facere:*l.*3.§.*Nerua filius* 13.*De acquir.poſſ.l.rem quæ* 15.*in fin.eod.*iunct.*l.*1.*C.de ſeru. fugit.l.ancilla* 60.*ff.de furt.*)ſiue maſculus ſit, ſiue fœmina,*d l.poſtliminium* 19.§.*transfuga,&* §. *filius quoque,ff.de captiu.& poſtlim.*

Seruus transfugere non poteſt: Nec transfuga poſtliminium habere.

ILLATIO IV.

De poſtliminio non tantum perſonis, ſed etiam rebus dato.

QVartò ex eodem Principio fit, vt non tantùm perſonis omnibus, quæ Reipublicæ aliquo modo vſui eſſe poſſunt,competat poſtliminium;ſed & rebus ipſis ad perſonas pertinentibus:quoniam & hoc ad Reipublicæ vtilitatem pertinet:*d.l.ſi captiuus* 20.§.1.*eod tit.*vbi Pomponius ſcribit,expulſis hoſtibus ex agris quos cœperint, dominia eorum ad priores dominos redire, nec aut publicari, aut prædæ loco cedere.Publicatur enim,inquit, ager ille, qui ex hoſtibus, non qui ex noſtris captus eſt. Eadem ratio facit vt nauibus longis atque onerariis propter belli vſum poſtliminium ſit,non etiam piſcatoriis, aut ſi quas actuarias voluptatis cauſa parauerunt:*l.*2.*eod.*vbi additur, Equum item, aut equam fræni patientem poſtliminio recipi: ſubiuncta ratione illa, quia ſine militis & equitis culpa proripere ſe potuerunt.Non idem, inquit Marcellus,in armis iuris eſt, quippe cùm nec ſine flagitio amittantur.Elegans ſanè ratio, quæ arma poſtliminio reuerti negat, ideò quod turpiter amittantur. Vt intelligamus fictionem iſtam poſtliminii non niſi ex vtilitate & dignitate Reipublicæ fuiſſe conſtitutam.

Quæ ſine flagitio non amittuntur, poſtliminio non reuertuntur.

Qua ratione multò magis dicendum eſt veſtē poſtliminio recipi non poſſe, vt ex Pomponio ſubiungitur in *l. ſeq.* cùm fieri nullo modo poſſit vt ſine infamia miles ſuam veſtem amittat.Immo & miles qui in bello arma amiſit, vel alienauit, capite punitur, aut ſaltem ſi quando humanius cum eo agatur,militiam mutat:*l.* 3. §. *qui miles in bello.ff de re mili.* Addit eo loco Iurec. verba illa,*vel alienauit*,quoniam arma alienaſſe, graue crimen eſt, & ea culpa nonnunquam deſertioni comparatur,id eſt ſi tota alienauit. Sed & ſi partem eorum,niſi quod intereſt, diſtinguique oportet, quænam arma ſint, quæ fuerunt alienata. Nam ſi tibiale vel humerale alienauerit,caſtigari verberibus debet,ſi verò loricam, ſcutum,galeam,gladium,deſertori ſimilis eſt; vt tractat Paulus in *l. qui commeatus* 14.§.1.*eod. tit. de re milit.*

ILLATIO V.

Differentia poſtliminij quod in bello datur, & eius quod in pace.

QVintò ex eodem Principio fit, vt in bello quidem poſtliminium ſit omnibus;at verò in pace non niſi his, qui in bello capti eſſent, de quibus tamen nihil in pactis comprehenſum eſſet: *l. in bello* 12. *in princip. ff. de captiu. & poſtlim.* vbi Tryphoninus ex Seruio ſcribit hoc ideo placuiſſe, quia ſpem reuertendi ciuibus in virtute bellica magis quàm in pace Romani eſſe voluerunt. Quæ ratio oſtendit non obſcurè corruptam eſſe vulgarem lectionem in illis verbis præcedentibus,*de quibus nihil in pactis comprehenſum erat*:& pro *nihil*, legendum *id*, vt ſubtiliter animaduertit nobiliſſimus Iurec. Petrus Faber *lib.* 1. *Semeſtr. c.* 7. à Coiacio quoque probatus *lib.* 19. *Obſer.c.* 7. Pugnaret enim ratio illa elegans Seruij cum dicto Tryphonini, ſi diceremus ita ſcripſiſſe Tryphoninum, vt in pace quoque poſtliminium eſſet iis, qui bello capti eſſent, etiam de quibus nihil in pactis comprehenſum fuiſſet. Quidni enim poſtliminium iſti ex pace non minùs quàm ex bello ſperarent?Immo tanto ſecurius,quanto facilius eſt vt bellum pace quàm victoria concludatur.

Porro ſi & ſententia illa Tryphonini, & ratio Seruij vera eſt, conſequens fit vt poſtliminium habere non poſſit quiſquis hoſtium ſeruus factus eſt,aliter tamen ab iis quàm bello captus. Vt putà ſi quis in pace peruenerit ad exteros, ſubitóque bellum exarſerit.Fit enim hic ſeruus eorum apud quos iam hoſtes ſuo facto deprehenditur, eique poteſt imputari cur ad eos profectus ſit

quos

quos iam hoſtes ſciebat, licèt bellum nondum exarſiſſet. Hoſtes enim facit non bellum ipſum, ſed indictio belli, *d. l. hoſtes 24. eod.* Certum autem eſt poſtliminio gaudere nunquam debere illum, cui poſſit factum ſuum imputari, vt huic poteſt.

Nec video cur Haloand. Budæus & Hugo à Porta in illis verbis *facto ſuo deprehenduntur*, malint legere *pacto*, quàm *facto*, cùm in hac ſpecie non pactum captiui aliquod interueniſſe proponatur, ſed factum hoc ipſo quod ad eos hoſtes iuerit, quos iam hoſtes eſſe ſciebat. Ergo quod ſequitur, *quibus ius poſtliminij eſt tam in bello, quàm in pace, niſi fœdere cautum fuerat ne eſſet his ius poſtliminij*, planè non intelligo quam rationem habeat, aut quomodo conciliari poſſit cum præcedentibus. Primum quia contextus ille verborum, *verum in pace qui peruenerunt ad alteros*, oſtendit ſatis aliud in his reſpondere Iurecconſultum, quàm in iis de quibus fuerat locutus priùs. At in aliis dixerat poſtliminio locum eſſe. Ergo in his locum non eſſe putauit, alioquin nulla erit antitheſis, quam tamen apertè verba præſeferunt. Deinde quis credat meliorem eſſe conditionem iſtorum, quibus facti proprij culpa imputari poteſt, id eſt cur ad eos iuerint apud quos iam hoſtes facto ſuo deprehenduntur, quàm illorum ſit qui bello capti ſunt; Quos tamen diximus poſtliminium in pace non habere, ſi de iis nihil in pace fuerit comprehenſum, vt ciues Romani ſpem reuertendi magis in virtute bellica quàm in pace collocandam eſſe ſciant. Cur ergo iſti habebunt, non ſolum in bello (quod quidem eſſet tolerabilius, quamuis illa ſemper ratio iis obſtet, quod ſibi factum ſuum debeant imputare) ſed etiam in pace: Aut cur addimus illam exceptionem *niſi fœdere cautum fuerat, ne eſſet hic ius poſtliminij*, cùm in aliis, quibus nihil imputari poteſt, à poſtliminij beneficio excludendis, ſufficiat de iis nihil cautum fuiſſe, nec illud etiam requiratur vt contra eos cautum aliquid fuerit? Fatendum igitur eſt corruptum eſſe locum hunc. & ab illis verbis, *quibus ius poſtl. eſt*, vſque *ad §. 1* omnia eſſe vel imperiti interpretis, quem præcedẽs Tryph. ſententia ſiue corrupta, ſiue obſcura fefellerit, vel Triboniani more ſuo omnia deprauantis, & poſtliminij fictionem ad hunc quoque caſum inuita Iuriſprudentia fauorabiliter extendere volentis.

d. l. 5. in princip. & §. in pace ff. de capt. & poſtlim.

Nec contrarium eſt, quod in ſuperioribus diximus, in pace quoque poſtliminium datum eſſe, *d. l. 5. in princ. & § in pace, eod. tit.* Id enim ad eos pertinet, qui non ab hoſtibus capti ſunt, ſed ab iis populis, cum quibus non magis bellum, quàm hoſpitium, aut amicitiam, aut fœdus aliquod amicitiæ cauſa factum habeamus, qui denique hoſtes non ſunt, vt Pomponius explicat in *d. §. in pace*. In his enim locum non habet ratio illa Seruij, *quod ſpem reuertendi ciuibus in virtute bellica magis quàm in pace Romani eſſe voluerint*, cùm non ſint capti ab hoſtibus, nec proinde ab iis, cùm quibus bellum geri, & virtute bellica certari poſſit. Itaque vel neceſſe eſſet manere illos perpetuò ſeruos, vel ea de cauſa bellum decerni contra eos qui hoſtes nec fortaſſis vnquam fuerint, & contra quos eodem iure populus Romanus ſoleat vti; Niſi placeret ſumma ratione hoc quoque caſu poſtliminium induci, cùm in iis quoque naturalis illa æquitas locum habeat, quæ poſtliminij ius, vt ſuprà diximus, induxit, quòd per iniuriam ab extraneis detineantur, id eſt nullo alio iure quàm quod eandem iniuriam populus Romanus cum iiſdem populis exerceat: *d. l. poſtlim. 19. in princ.* vbi additur, quod ad hanc quoque illationem pertinet, Eos qui induciarum tempore in hoſtium poteſtatem peruenerunt, poſtliminium non habere, quia cùm induciæ nihil aliud ſint quàm cùm in breue præſénſque tempus conuenit, ne inuicem ſe hoſtes laceſſant, (quam *pacem ſequeſtram* Virgilius quodam loco vocat) ſicuti non faciunt quin bellum duret, ita nec quin duret, ſpes captiuorum omnium virtute bellica Romani exercitus recuperandorum.

ILLATIO VI.

De muliere in opus ſalinarum data, deinde à latrunculis capta, & iure commercij vendita ac redempta.

SExtò ex eodem Principio fit, vt ſi mulier in opus ſalinarum ob maleficium data ſit, atque ita ſerua pœnæ effecta *l. ſunt quidam 17. l. in metallum 36. ff. de pœn.* deinde à latrunculis exteræ gentis capta, & iure commercij vendita ac redempta eſt, in cauſam ſuam recidat poſtliminij quodam iure: *l. mulier 6. eod. tit. de capt. & poſtlim.* Exteram enim gentem intelligere debemus, cum qua neque amicitiam, neque hoſpitium, neque fœdus amicitiæ cauſa factum habeamus, vt proximè dicebamus ex *l. 5. § in pace, eod. tit.* At proinde apud quam quiſquis capitur, etiam ab illius gentis latrunculis, ſeruus fit, ob idque poſtliminij auxilio indiget, vt patriæ reſtituatur: quamuis extra hanc cauſam poſtliminium non habeant qui à prædonibus, piratis, & latrunculis capiûtur: *d. l. hoſtes 24. l. latrones 27. eo.* quia ſcilicet remanent liberi, nec fiunt latronum ſerui *d. l. poſtliminium 19. §. à piratis, eod. tit.* At quomodo poſtliminium habere locum poteſt in perſona illius mulieris quæ iam tum cùm capta eſt fuerit ſerua? Non ſanè ex ipſius mulieris perſona, ſed fauore & iure Reipublicæ, cuius intereſt vt hæc quoque mulier poſtliminio recipi intelligatur, ad hoc vt in priſtinam cauſam ſuam recidat. Sicut & illi ipſi, qui ante captiuitatem ſerui in ciuitate fuerunt, ſi ab hoſtibus redeant, poſtliminium habent ex perſona dominorum ſuorum, quibus reſtituuntur: *d. l. latrones, l. ſicut liberis 10. l. ab hoſtib. 12. C. eod.* Idémque euenit ſi deportatum ab inſula hoſtes ceperint: Is enim redemptus, quibus caſibus redit, in eam cauſam venit, in qua futurus eſſet ſi captus non fuiſſet, ac proinde rurſum deportatur: *d. l. in bello 12. §. ſi deportatum 15. D. eod.*

l. mulier 6. eod. tit. De cap. & poſt.

Differt tamen caſus hic ab illo de quo in *d. l. mulier*, quia ei qui mulierem in opus ſalinarum damnatam redemit, pretium ex fiſco reddendum eſt, vt eadem lex ait: at non etiam illi qui deportatum redemit. Et ratio diuerſitatis euidens eſt, quoniam deportatus non amittit libertatem, ſed tantùm ciuitatem vt ſæpius diximus. Nec rurſus pœna eius fiſco, aut Reipublicæ prodeſt, at nocet potiùs, cùm per eam eximatur caput liberum de ciuitate, niſi hactenus vt exemplo ſit cæteris deterrendis. Cur ergo fiſcus pretium redemptionis reddere teneatur? At in muliere quæ in opus ſalinarum damnata fuerat, omnia ſunt diuerſa, quia & amittit illa libertatem, & ex eius pœna commodum fiſcus ſentit, licèt per pœnam facta fuerit ſerua

Digitized by Google

non fiſci,ſed pœnæ:*d.l.in metallum 56.D.de pœn. l.3.D.de his quæ pro non ſcript.habent.* Sunt autem iſta omnia conuenientia ei, quod diximus iam ſæpius, fictionem poſtliminij nō niſi ob Reipublicæ dignitatem & vtilitatem moribus introductam fuiſſe. Alioqui poſtliminium habere nec poſſet nec deberet mulier,quę ante captiuitatem ſerua pœnæ facta eſſet, ſi tantùm ciuium, non etiam ciuitatis gratia poſtlimmium comparatum eſſet.

ILLATIO VII.

De poſtliminio inter Romanos & fœderatos liberóſque populos non admittendo.

l.non dubito 7.ff de capt. & poſt. SEptimò ex eodē Principio fit quod Proculus ſcribit in *l.non dubito 7.eo.tit.* inter nos & fœderatos liberóſque populos poſtliminium non eſſe, quum fœderati & liberi populi nobis externi non,ſint. Sic enim ſanè legendum eſt, retenta negatione quam habet vulgata lectio (licèt in Florentina malè deſit,& Florentinam malè tueatur Cuiac.*lib.11.obſer.c.23.* emendans tamen *nec*,pro *non.*) Item repoſito *quum*,pro *quin*, vt recta ſit conſtructio infinitiui illius ſequentis *eſſe*. Voluit enim Proculus rationem inſinuare, propter quam hoc caſu poſtliminio locus eſſe non debeat. Siquidem ſi fœderati quoque populi nobis externi eſſent, poſtliminium quoque inter nos & eos inducendum eſſet, vt inter cæteros,inter quos *ſuperiore illatione* diximus poſtliminium eſſe in pace, ex *l.5.in pr. & §.in pace, eod. tit.* At cùm non ſint externi (quo nomine ſignificamus medium genus hominum, qui populi Romani neque hoſtes, neque amici ſunt) nulla prorſus ratio ſubeſt poſtliminij inter nos,& eos inducendi. Etenim, vt Proculus ſubiicit,quid inter nos & eos poſtliminio eſt opus, cùm & illi apud nos, & libertatem ſuam & dominium rerum ſuarum æquè atque apud ſe retineant,& eadem nobis apud eos contingant? Poſtliminium enim omne ſupponit præcedentem amiſſionem vel ciuitatis, vel dominij, vel vtriuſque; Cùm nihil, aliud ſit quàm fictio quæ induci per ius ciuile numquam ſolet, niſi quatenùs neceſſe eſt; neceſſitas porro nulla ſubeſt quoties nihil amiſſum fuit.

Populi fœderati & liberi. Tractat, autem Proculus de populis fœderatis & liberis,quia fieri non poſſet vt apud eos,populos,qui ipſi ſerui eſſent,nos aut libertatem noſtram, aut rerum noſtrarum dominium retineremus? Niſi poneres ſeruos illos eſſe eius gentis, quæ non tantum libera eſſet, verum etiam nobis amica & fœderata. Liberum verò populum definit Proculus eum,qui nullius alterius populi poteſtati ſubiectus eſt, ſiue is fœderatus eſt, ſiue itē æquo fœdere in amicitiam venit, ſiue fœdere cōprehenſum eſt,vt is populus alterius populi maieſtatem comiter cōſeruaret: hoc enim adiicitur, vt intelligatur alterum populum ſuperiorem eſſe,non vt dicatur alterum liberum non eſſe. Et quemadmodum clientes noſtros intelligimus liberos eſſe,quamuis neque autoritate, neque dignitate,neque virib. nobis pares ſint (ita.n.legēdum eſſe bene iam pridem Haloander obſeruauit) ſic eos qui noſtram maieſtatem comiter obſeruare debent, liberos eſſe intelligendum eſt. Comiter ſiquidem obſeruare nihil aliud eſt, quā obſeruationem non indignam populo libero exhibere ſuperiori, vt bene ibi explicat Gothofr. contra Haloandrum, qui duobus illis locis pro *comiter*, repoſuit *communiter*, nullo prorſus ſenſu. Adiicit Proculus, apud nos fieri etiam ex ciuitatib. fœderatis reos,& in eos damnatos à nobis animaduerti; vt intelligamus tantam inter nos & fœderatos noſtros coniunctionem eſſe, vt poſtliminio inuicem nullo egeamus.

ILLATIO VIII.

De vxore à marito iure poſtliminij recipienda.

OCtauò ex hoc eodem Principio pendet ratio dubitandi ad *l.non vt à patre 8.eod.tit.* *leg.non vt à patre 8.eod. tit.*
in qua Paulus ſcribit, non vt à patre filium, ita & vxorem à marito iure poſtliminij recipi, ſed tunc cum & voluerit mulier, & adhuc alij poſt conſtitutum tempus nupta non eſt: quod & à Pomponio traditum eſt in *l. cùm duo 14.§.1.eo.* Videbatur enim non aliud iuris in vxore, quam in liberis conſtituendum eſſe, propter generalitatem,vt ita dicam, fictionis poſtliminij, quæ facit vt retro in ciuitate fuiſſe credatur quiſquis ab hoſtibus rediit:*l.retro 16.eo.* Sed diuerſitatis inter liberos & vxorem ratio illa eſt, quod recuperatio liberorum, patriæque in eos poteſtatis, tota eſt iuris, nullo modo facti; nec enim pendet ex liberorum voluntate, quinimò non niſi patre volente diſſolui poteſt, niſi vel mors, vel captiuitas, vel quid aliud ſimile eam diſſoluerit. At ius matrimonij totum pendet ex coniugum voluntate, magis quam ex iuris poteſtate, nec minus poſteaquam cōtractum fuit, quàm eo tempore quo contrahitur, inſpecto ſcilicet iure illo antiquo, quod diuortiorum libertatem permittebat. Itaque cùm inter inuitos neque cōtrahatur matrimonium, neque retineatur, *l.ſi patre 22 ff.de rit.nupt.l.1 ff. de diuort.* vtique quod ſemel per captiuitatem diſſolutum fuit, quamnis ab hoſtibus redierit is,qui quondam maritus fuit,non tamen niſi ex nouo conſenſu& omnibus adhuc integris cæteris, redintegrari poteſt, *l ſi patre 22. ff de rit. nup. l.1.ff de diuort.* quia facto ea in re opus eſt, non tantùm iure, ad ea verò quæ facti ſunt,non poteſt fictio poſtliminij pertingere:*d.l.in bello 11.§.facti, De capt. & poſtlim.l.denique 19.ff.ex quib.cauſ.maior.* Sicut & pendente captiuitate mariti, non poteſt videri vxor eſſe in matrimonio, tametſi maximè velit,& in domo mariti ſit:*dict. l.in bello 12.§.ſed captiui*, quia ſcilicet implicaret contradictionem, vt voluntatem aliquam habere crederetur captiuus,qui pro mortuo haberetur; cùm mortui voluntas nulla ſit, nec rurſus matrimonium ſine voluntate.

Illod valde probo quod Cuiacius obſeruauit ad *Nouell. 22. De nupt.* ea verba, *poſt conſtitutum tempus*, quæ apud Paulum hodie leguntur, à Triboniano addita eſſe, reſpiciente ad eam Iuſtin. conſtitutionem: Ante quam ita proculdubio ius erat, vt diſſoluto per mariti captiuitatem matrimonio, vxor mariti reditum expectare non cogeretur, nec alij ſtatim nubere prohiberetur. Nec valde diſſimile eſt quod nos ab eodem Triboniano, quamuis in alia quæſtione factum obſeruauimus ad *Princip. 4. De nupt. illat. 5.* Quid ergo ſi cum marito ab hoſtibus reuerſo noluerit vxor redintegrare matrimonium? Non cogetur. Sed ſi nullam probabilem cauſam habeat recuſandi quominus redintegretur, pœnis diſſidij tenebitur, quia vltro diſcedere ab

eo

Digitized by Google

eo videtur, cùm per eam ſolam ſtet ne maritum eundem habeat, quem prius habuerat. Idque diſertè Paulus docet in *d. l. non vt a patre*, in quia proinde non dubito quin legendum ſit, *noluerit*, pro *voluerit*; in illis verbis, *quòd ſi voluerit*, vt apertiſſimum eſt.

ILLATIO IX.

De poſtliminij poteſtate ad ea, quæ facti ſunt, non extendenda.

NOnò ex eodem Principio ſumenda etiam eſt ratio dubitandi ad id, quod Tryphoninus ſcribit in *d. l. in bello* 12. *§. facti, eo. tit* facti cauſam nulla conſtitutione infectam fieri poſſe. Nam cùm poſtliminij fictio faciat, vt numquam videatur captus fuiſſe qui ab hoſtibus tandem reuerſus eſt, videbatur efficere debere vt in omnibus ſiue iuris, ſiue facti eſſent, locum habere deberet. Sed non ita eſt: quia cùm iuris fictio ſit, id eſt inducta iuris poteſtate, vt & cæteræ omnes fictiones, fieri nequit vt ad ea quæ facti ſunt pertingat; quemadmodum proximè dicebamus ex *d. l. denique 19. ff. ex quib. cauſ maior.* vbi ob hanc ipſam rationem Papinianus ſcribit, ſi emptor prius quàm per vſum ſibi acquireret, ab hoſtibus captus ſit, interruptam poſſeſſionem, ſcilicet longi temporis, quæ pro vſucapione eſt, poſtliminio non reſtitui; quia hæc, inquit, id eſt longi temporis poſſeſſio, vt & vſucapio, ſine poſſeſſione non conſiſtit; *l. ſine poſſeſſione* 15. *ff. de vſucap.* poſſeſſio autem quamuis plurimùm ex iure mutuetur, vt idem Papin. loquitur in *l. poſſeſſio 49. in princip. De acquir. poſſeſſ.* tamen plurimùm facti habet: cauſa verò facti poſtliminio non continetur, ſed cauſa tantum iuris cùm poſtliminij effectus in eo totus ſit, vt iura, quæ captiuus in ciuitate habuit priuſquam caperetur, ſalua ei & integra conſeruentur, interimque ſuſpendantur veriùs, quàm abrumpantur: *d. l. illa inſtitutio 31. §. 1. ff. de hered. inſtit.*

l. denique 19. ff. ex quib. cauſ. maior.

Idipſum verò eſt quod Tryphoninus tractat in *d §. facti*, Eorum, quæ vſucapiebat per ſeipſum poſſidens is, qui poſtea captus eſt (*captus* enim lego, non vt vulgo *nactus*) interrumpi vſucapionem: quia, inquit, certum eſt eum per captiuitatẽ poſſidere deſiiſſe, cùm fieri non potuerit vt poſſideret is, qui ab alio poſſidebatur: *l. cùm heredes 23. §. 1 ff. de acquir poſſ* Vbi ex hoc infert Iauolenus, captiuo ab hoſtibus reuerſo, noua poſſeſſione opus eſſe, etiamſi nemo alius medio tempore res eius poſſederit.

Adiecit verò Tryphon. verba illa *per ſemetipſum poſſidens*, quoniam dubitandum fuit inter Iureconſultos an eadem ratio eſſe deberet eorũ, quæ per ſubiectas perſonas ante captiuitatem poſſidebantur, vſúque capiebantur, & quæ poſt captiuitatem quoque peculari nomine, ſiue per filiosfamilias ſiue per ſeruos comprehenderétur. Iulian. putabat credi ſuo tempore impleri vſucapionem, remanentibus iiſdem perſonis in poſſeſſione. Quaſi hoc caſu poſſeſſio quatenus facti eſſet, retineretur etiam durante captiuitate per ſubiectas perſonas, quæ corporaliter & facto ipſo poſſidere numquam deſiiſſent; quatenus verò iuris, per fictionem poſtliminij, quæ faceret, vt eas perſonas quæ ſemper reuera poſſediſſent, ſemper quoque captiuus in poteſtate habuiſſe crederetur. Marcellus contra, nihil intereſſe an quis poſſediſſet ipſe, ac ſubiecta ei perſona. Cum vtroque caſu non filius, aut ſeruus qui in poſſeſſione corporali eſt, poſſidere intelligatur, ſed pater vel dominus per filium, aut per ſeruum iure patriæ, aut dominicæ poteſtatis: *l 1 §. item acquirimus l. quicquid 4 ff. de acq. poſſ.* Qui namque in aliena poteſtate ſunt, tenere quidem res præſertim peculiares poſſunt, ſed habere poſſideree non poſſunt, quia poſſeſſio non tantum corporis, ſed & iuris eſt; inquit Pap. in *d. l. poſſeſſio 49. § 1. eo.* Proinde non poteſt impediri amiſſio poſſeſſionis, quæ per filium, aut ſeruum retinebatur, ex eo ſolum quod captiui filius, vel ſeruus in ciuitate, ac poſſeſſione remanſerit. Rurſus amiſſa ſemel poſſeſſio per ſolam poſtliminij fictionem reſtitui non poteſt, quia non tantum iuris eſt ſed etiam facti & corporis, quamuis nulla poſſeſſio ſit, quæ plus ex iure mutuetur, quam quæ per filium, aut ſeruum, vel acquiritur, vel retinetur: *d. l poſſeſſio, in pr.* quandoquidem, vt diximus ſolo iure patriæ poteſtatis fit, vt quicquid filius peculiari nomine adprehenderit, ſtatim id pater eius poſſideat, quamuis ignoret in ſua poteſtate filiũ eſſe, adeóque quod amplius eſt, etiamſi filius ab alio tanquam ſeruus poſſideatur: *d. l quicquid.* Iuliani tamen ſententia licet minus ſubtilis ex ſumma iuris ratione, Marcelli ſententiæ præualuit, ſequendaque eſt, ſi Tryphonino credimus, vtilitatis nimirum cauſa, vt poſtliminij fictio quę fauorabiliſſima eſt, quam latiſſime fieri poſſit accipiatur

Alium ſenſũ habet, quod Vlp. ſcribit in *l. verum eſt 31. de reg. iur.* neque pacta, neque ſtipulationes tollere factum poſſe. Id enim eò pertinet quemadmodum eadẽ lex explicat. vt nec pacto, nec ſtipulatione id quod impoſſibile eſt comprehendi poſſit. vt efficere poſſit vtilem actionem, aut in factũ (ſic enim legendum arbitror, non *aut factum* vt Florẽtina; vel *pactum*, vt vulgò:) quamuis actiones quæ in factum dicuntur, omnium facillimè naſcantur, & ex verbis quibuſlibet cõuentionis, tum etiam cum neque directa, neque vtilis actio iure ciuili ex negotio naſci poteſt. Sunt enim actionum omnium etiam vtiliũ ſubſidiariæ actiones in factum, vt ad *tit. De act.* aliquando ſi Deus volet, ſcribemus. Etſi autem eadem ratio eſt, quæ non patitur tolli factum, poſtliminij fictione aut pacto, aut ſtipulatione, quia ſc. factum dicitur id quod naturaliter & reuera eſt, vel fuit, minùs tamen mirum eſt non poſſe tolli pacto, aut ſtipulatione, quam poſtlimij fictione, cùm in aliis pleriſque multò plus poſſit iuris poteſtas, quam hominis factum. Nec enim priuatorum cautiones legum autoritate cenſeri poſſunt, inquit Papi. in *l. vlt. ff de ſuis & legit.*

Actiones in factum ſunt ſubſidiaria.

Sanè ad ſupradictam iuris regulam illud ſpectat, quod Iureconſultos quoſdam exiſtimaſſe Vlp. refert in *l. ſi ita quis 31. De emct.* Iſtas ſtipulationes quæ in ſeruorum emptionibus adhibebantur, *ſanum eſſe, furem non eſſe*, *veſpellionem non eſſe*, inutiles eſſe; propterea quòd ſi in hac cauſa ſeruus eſſet impoſſibile eſſet, quod promitteretur; Si non eſſet, fruſtra id caueretur. Sed hanc ſententiam rectè Vlp. reprehendit, ex eo quod huiuſmodi ſtipulationib. contineatur id quod intereſt horum quid eſſe, vel non eſſe. Quod ſi cui horum fuerit adiectum *præſtari*, multò magis valere ſtipulationem; Alioquin ſtipulatio, inquit, quæ ab Ædilibus quoque proponitur, inutilis erit, quod vtique nemo ſanus probabit: *l. cum mihi 46. & paſſ ff. de ædilit. edict.*

ILLATIO X.

De codicillis in captiuitate factis ab eo qui in ciuitate fecerat teſtamentum.

d.l.in bello §.codicilli ff. de captiu & poſtlim.

DEcimò ex eodem Principio fieri videtur, quod ex eodem Tryphonino ſcriptum legimus in *d.l.in bello 12 §.codicilli*, Codicillos in tempore captiuitatis factos ab eo, qui in ciuitate fecerat teſtamentum, licèt ſubtili iure non valeat, nec credantur teſtamento confirmati, tanquam facti ab eo qui teſtamenti factionem non habuerit, reuerſo tamen ab hoſtibus captiuo, tandémque in ciuitate defuncto valere, & humanitatis rationi congruum eſſe, vt poſtliminij iure defendantur, perindéque effectum habeant ac ſi medio tempore nulla captiuitas interceſſiſſet: quia, inquit lex, merum principium eorum in ciuitate conſtituto captiuo factum eſt, id eſt in teſtamento confirmatio codicillorum, & is poſtea reuerſus eſt, & poſtliminio ius ſuum recepit. Sed tamen, ſi verum amamus, non poteſt hoc caſu poſtliminij fictio locum habere; iungendúſque eſt meo iudicio hic locus cæteris, quos Tribonianus prætextu æquitatis pro arbitrio deprauauit. Codicillos enim quem feciſſe aut teſtatum fuiſſe, non iuris, ſed facti eſt, cùm in eo neceſſe ſit factum hominis interuenire, & conſequenter certo tempore, id eſt ita vt codicillos vno die factos, nunquam dici poſſit alio die factos fuiſſe, ne quidem per fictionem, quia neceſſe eſſet alios codicillos haberi, qui alio tempore facti fingerētur, vt diſputauimus *ad Princip. præcedens*, *illat.* 10. vbi hanc ob cauſam dicimus poſtliminio confirmari non poſſe teſtamentum, quod quis apud hoſtes fecerit, ex *l.eius qui 8.ff.qui teſt.facer.poſ.* Nam cùm poſtliminium deleat omnino memoriam captiuitatis, & iungat inſtans reditus cum inſtanti captiuitatis, pati non poteſt, vt quæ in captiuitate à captiuo facta ſunt, pro vnquam factis habeantur: Tantum abeſt, vt pati poſſit haberi ea pro factis in ciuitate. Quòd ſi teſtamentum apud hoſtes factum poſtliminio non confirmatur, vt certiſſimi iuris eſt, cur obſecro fauorabilius, aut potentius erit ius codicillorum?

Dices fortaſſe cum Triboniano, quia merum principium eorum in ciuitate factum eſt, id eſt confirmatio, quę facta fuit cōdito in ciuitate teſtamento. Sed falſa & inepta ratio eſt. Etſi enim facto teſtamēto, ſi qui codicilli, ſiue ante ſiue poſt teſtamentū facti ſint, neceſſe eſt vt teſtamenti ius ſequantur, tanquam eo confirmati, non ob id tamen principium vllum codicillis datum intelligitur, priuſquam ad codicillos ſcribendos, dictandóſve accedatur, ſed in futurum confirmati codicilli eo caſu intelliguntur, vt Paulus loquitur in *l conficiuntur 8.in prin.ff.de iur.codicill* Nempe ſub tacita illa conditione, ſi quos codicillos ab eodem teſtatore fieri continget. Quicquid enim confertur in futurum tempus, nec certum eſt omnimodo futurum eſſe, conditionis vim vt habeat neceſſe eſt: *l.Stichū qui meus erit 6. de leg. 1.l.nuper 85.de legat.3.l.itaque 39.ff.de reb.credit.* Igitur vt de codicillorum confirmatione tractari poſſit, neceſſe eſt codicillos aliquos factos eſſe. Atqui non poſſunt dici vnquam facti, qui in captiuitate facti ſunt, quia ſiue ab hoſtibus aliquando redeat captiuus, ſiue non, aboletur prorſus captiuitatis memoria, aut per legem Corneliam, aut per poſtliminij fictionem. Mortuus enim apud hoſtes, primo inſtanti captiuitatis deceſſiſſe retrofingitur. Qui verò ab hoſtibus reuerſus eſt, nunquam apud eos fuiſſe. Ergo nec teſtamento confirmati videri poſſunt.

Idque apertiſſimè Marcianus ſcribit in *l.quædam 7.De iur.codicill.* vbi ait, quædam non referri ad confirmationem codicillorum; Veluti, inquit, ſi ante captiuitatem codicillus quis confirmauerit, & poſtea in captiuitate codicillos fecerit. Nam non valent. Quod quid aliud eſt, quam ad hunc caſum non pertinere legis Corneliæ fictionem? Cur verò non pertineret, ſi codicilli ob id ſolum, quòd teſtamento confirmati eſſent, haberentur pro factis tempore teſtamenti? An non ex lege Cornelia confirmatur teſtamentum ante captiuitatem factum? Aut an dicemus fortaſſe minoris poteſtatis eſſe legis Corneliæ quam poſtliminij fictionem? Imo maioris potiùs eſſe deberet; quia minùs abhorret ab eo quod reuera eſt. Siquidem quiſquis ab hoſtibus captus fuit, hoc ipſo verè ſeruus hoſtium eſt, ob idque deſinit eſſe ciuis, & conſequenter exinde mortuus eſſe fingitur, adeóque reuera mortuus eſt ciuitati, in qua deſiit habere caput. Itaque non inducit fictio legis Corneliæ, vt qui vixit, mortuus reuera ſeruus, fingatur mortuus liber, & quod idem eſt, vt mortuus apud hoſtes, fingatur mortuus in ciuitate. At fictio poſtliminij facit, vt qui reuera ſeruus fuit, ſemper intelligatur fuiſſe ciuis, & qui toto eo tempore quo fuit apud hoſtes, pro mortuo habitus habendúſque fuit, non ſolum ſemper vixiſſe, ſed etiam perpetuò in ciuitate manſiſſe exiſtimetur; quod alienum eſt non modò à veritate, ſed ab ea quoque iuris fictione, quæ ſeruum pro mortuo habet quandiu ſeruus manet. Denique per fictionem poſtliminij mortuus quodammodo reſuſcitatur, quod non fit per fictionem legis Corneliæ, & quod tamen multò difficilius eſt. At neque omnem captiuitatis memoriam abolet fictio Corneliana, cum id agat maximè, vt inſtans mortis iungat inſtanti captiuitatis, retento proinde inſtanti illo & memoria captiuitatis pro vno ex fictionis extremis, quod in poſtliminij fictione non ſimiliter euenit, quæ non vlla de cauſa meminit captiuitatis, quam vt is qui captus reuera fuit, nunquam captus fuiſſe intelligatur. Porrò nemo non videt longè difficilius eſſe, vt facti alicuius memoria in totum, quàm vt ex parte tantum deleatur.

Illud etiam pro nobis contra Tribonianum facit, quod generaliter Marcian. ſcribit in *d.l. quædam*, Non ſolùm ſi captiuitate, ſed etſi quo alio modo ius teſtamenti faciendi deſierit habere is, qui codicillos facit, licèt habuerit tempore teſtamenti ritè facti, non poſſe codicillos iſtos teſtamento confirmari. Quò etiam pertinet quod ſcriptum eſt in *l. 1 §.hi quibus, & ſeq. De lega. 3.*

Vnum eſt quod Tribonani fefelliſſe videtur, Nempe quod dici ſolet codicillorum ſingulare ius eſſe, vt quæcunque in his ſcribuntur, perinde habeantur ac ſi in teſtamento ſcripta eſſent: *l.2.§.1.eod.tit. De iur. cod.* Sed animaduertere debuit ita demum id verè dici, ſi codicilli eo tempore facti ſint, quo fieri potuerunt: ſemper enim ſupponendi ſunt termini habiles: *l. 1.§. vl ff ad SC. Tertyl.* At neque perpetuam eſſe illam regulam iuris: In illis enim quæ non iuris, ſed facti ſunt, non eſt perinde habendum quod codicillis ſcribitur, atque ſi vbi confirmatio codicillorum

l.quædam 7 eod.

facta

facta eſt, ſcriptum fuiſſet: vt diſertè ſcribit Marcianus in *d. l. quadam §. 1* ponens exemplum, Si in codicillis ita ſcriptum erit, *Veſtem qua mea eſt*. Codicillorum enim tempus ſpectandum eſſe, non confirmationis. Item ſi conditio illa adiecta ſit, *ſi Titius viuus eſt*; vel ſi ſub illa, *ſi tot annis eſt*, codicillis Seio legauerit; tempus codicillorum, non quo tempore teſtamentum fit, ſpectandum eſſe. Quia ſcilicet in his omnibus exemplis verba ſic concepta ſunt, vt præſens tempus deſignent, id eſt illud præcisè quod fuit tempore codicillorum: An verò eo tempore fuerit hoc, vel illud, non iuris, ſed facti eſt. At quid obſecro magis facti eſſe poteſt, quam quod hoc, non illo die codicilli facti eſſe dicantur, ſi codicillorum faciendorum ius, quod teſtamenti tempore competiit, codicillorum tempore per captiuitatem amiſſum proponatur: Sanè & eam iuris regulam quæ habet, Omnia quæcunque in codicillis teſtamento confirmatis ſcripta ſunt, perinde habenda eſſe ac ſi in teſtamento ſcripta eſſent, non ſatis benè à Triboniano perceptam fuiſſe conſtat ex iis quæ ſcripſimus *lib. 15. Coniect. cap. 16.* de ſententia & emendatione *d. l. 2. §. 1. eod. tit. De iur. codicil.*

Concludamus igitur contra Tribonianum, non minùs pro Tryphonino, quàm pro ipſa iuris ratione ad codicillos in captiuitate factos, etiamſi iuſto & anteriore teſtamento in ciuitate facti fuiſſent, ad poſtliminij fictionem nullo modo
d. l. in bello 12. §. cætera De captiu. & poſtlim. pertinere poſſe, neque humanitatis alicuius ratione tantam vim legibus fieri oportere. Atque ita Tryphoninum ſcripſiſſe, oſtendit manifeſtè quod in *§. ſeq.* ſubiicitur in hæc verba: *Cætera, quæ in iure ſunt, poſteà quam poſtliminio redit; pro eo habentur acſi numquam iſte hoſtium potitus fuiſſet.* Quid enim aliud eſt dicere, in cæteris quæ iuris ſunt, poſtliminio locum eſſe, quàm hoc ipſum quod modò diximus; Eo caſu quo facti fuerint codicilli in captiuitate, quia id facti, non iuris eſt, poſtliminio locum nullum eſſe? Taceo ineptitudinem, quæ Tribonianum apertiùs prodit, eorum verborum, *in ciuitate conſtituto captiuo*; pro eo quod dicere voluit & debuit, *in ciuitate conſtituto tunc eo, qui nunc captiuus eſt*. Item illorum, *ſed quia merum principium eorum in ciuitate factum eſt, id eſt in teſtamento confirmatio codicillorum.* Denique omnium quæ in *eodem. §.* ſequuntur; quæ nihilo minus quàm Tryphonini elegantiam ſapiunt, quo vix elegantior & ſubtilior alius, ſi Papinianum excipias, Iuriſconſultus fuit.

ILLATIO XI.

De ſeruo alieno ab hoſtibus capto, poſtea redempto, cuius pretium dominus reddidit.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt ſi quis ſeruum alienum captum ab hoſtibus redemerit, ſiue ſciens, ſiue ignorans alienum fuiſſe, deinde priſtinus dominus pretium huic reddiderit, poſtliminio ſeruus rediiſſe receptúſque eſſe intelligatur: *d. l. in bello 12. §. ſi quis ſeruum 7. eod. tit.* Ideò autem ponimus redditum fuiſſe pretium, quia conſtitutio de redemptis lata, cuius *ibidem* Tryphoninus meminit, ſeruum alienum ab alio redemptum facit ſeruum redimentis, quamuis ſcientis ſeruum alienum fuiſſe ante captiuitatem. Non enim ſcientia hæc poteſt inducere malam fidem, cùm redemptionis tempore hic qui anteà ſeruus ciuis Romani fuit, ſeruus hoſtium reperiatur, & conſequenter amiſſus domino ſuo. Publicéque interfuit ita ius conſtitui, vt per redemptionem acquireretur redimenti, etiam ſcienti fuiſſe alienum, vt inuitarentur ditiores ad redimendos captiuos, qui alioquin perpetuo fortaſſis in hoſtium poteſtate remanſuri erant. Adeò vt liberos quoque homines ab hoſtibus redemptos placuerit vinculo quodam pignoris redimenti obligatos eſſe, & pignoris quidem naturalis, quouſque reſtituerint pretium pro ſe datum: *l. 2. & paſſ. C. eod.*

Et ob eam nimirum cauſam videbatur poſtliminij fictio ad hunc caſum non pertinere, quaſi impedimentum illud redemptionis intercedentis obſtaret, ne captiuitatis memoriam delere poſtliminium poſſet. Siquidem is qui ab hoſtibus reuerſus ideo eſt, quia commercio redemptus fuit quomodo fieri queat, vt in ciuitate ſemper fuiſſe credatur, neque tamen priùs recipiat ius ſuum, quàm ab ipſo, vel ab alio ipſius nomine fuerit redemptori ſatisfactum? Nec enim aut de ipſius redemptione, aut de pretio redemptionis reſtituendo tractari vllo modo poſſet, ſi qui redemptus fuit, ſemper in ciuitate manſiſſet.

Sed tamen contrà placuit, redemptos quoque poſtliminij iure ac priuilegio gaudere; verùm cum hoc temperamento, quod contradictionem omnem tollit, vt eo demum tempore poſtliminij ius habere incipiat, quo ius ſiue dominij, ſiue pignoris, quod in eo redemptor habuit, penitus extinctum fuit: *l. liber captus 17. eod. tit. C.* Quandiu enim ius redemptoris durat, non poſſet induci fictio poſtliminij, ſiue in fauorem ipſius redempti ante captiuitatem liber fuiſſet, ſiue in fauorem domini, cuius ſeruus ab hoſtibus redemptus eſſet, quin fieret iniuria redemptori, qui neque liberum hominem pignoris loco retinere poſſet, neque alienum ſeruum in dominio ſuo & poteſtate habere, præſertim quem alienum ſciuiſſet. Redemptori autem qui ciuis quoque Romanus ſit, iniuriam aliquam fieri etiam propter ciuem Romanum, ciuilis Legiſlator pati nec poteſt, nec debet. At è contrario nulla redempto iniuria fit, tametſi habeatur pro nondum reuerſo ab hoſtibus, quandiu redemptori ſatisfactum non eſt, quippe qui ſi redemptus non fuiſſet, apud hoſtes etiamnum eſſet: *l. ſi captiuus 20 §. vlt. eod. tit.* vbi Pompon. ſcri- *l. ſi captiuus 20. §. ult. ff. eod.*
bit redemptionem præbere facultatem redeundi, non poſtliminij ius mutare. Quo loco neſcio cur quidam *reluendi* malint legere, quàm *redeundi*. Facultatem enim reluendi, ſi tamen hoc verbum vſurpandum eſt, quo vix vnquam vſi ſunt Iureconſulti, non redemptio præſtat, ſed conſtitutio quæ de redemptis lata fuit.

Inde quærit eleganter Tryphoninus, ſi quis pignorans captiuum redemerit cùm id ageret, vt emeret ſeruum quem putabat eſſe venditoris (tractamus enim de captiuo qui ante captiuitatem, & in ciuitate ſeruus fuerit, non liber homo) an poſt conſtituti temporis poſſeſſionem quaſi vſucepiſſe illum videatur, ſcilicet ne priori domino iam ſuperſit facultas aliqua pretij offerendi. Nam dubitandi ratio illa occurrit, quod conſtitutio quæ de redemptis lata eſt, ſeruum hunc redimentis facit, id eſt vt in hoc ſeruo non tantùm ius pignoris habeat redemptor, vt haberet in eo qui ante captiuitatem liber fuiſſet;

Digitized by Google

ſed etiam ius dominij: quoniam ita conſtituto iure, neque ſeruo iniuria fit, qui omni caſu ſeruus permanet, aut priſtini domini, aut redemptoris, vt in *l. poſtliminium 19 § ſi verò ſeruus, eod. tit.* neque domino, in cuius poteſtate eſt priſtinum dominij ſui ius recuperare, pretium reſtituendo quod redemptor dedit. Porrò quod meũ iam eſt non poſſum intelligi vſucapere, quia vſucapio nihil aliud eſt quàm adeptio, aut vt alij legunt & melius fortaſſe, adiectio dominij ad poſſeſſionem: *l. 3. ff. de vſuc.* Id autem quod iam meum eſt, magis meum fieri non poteſt: *l. non vt ex pluribus 159. De reg. iur. l. & an eadem 14. §. actiones, De except. rei iudic. l. 3 §. ex plurimis, ff. de acq. poſſ. § ſi res aliena 6 Inſtu. de lega. § ſic itaque diſcretis 14 Inſtu. de act.* Scilicet ſi meum iam ſit iure Quiritium & ciuili. Nam qui non niſi bonitarium dominium habet, id eſt qui habet rem aliquam in bonis ſuis, poteſt ille vſucapiendo acquirere ſibi prætereà quiritarium. Quæ ſententia & ratio eſt, non ab omnibus intellecta, *l. 5. l. ſi finita 15. §. Iulian. ſcribit 16. ff de dam. infect.* iunct. *l. 2. §. vl. ff ſi ex noxal. cauſ. agat l. 1. ff. de fund. dotal.* At in propoſita ſpecie dominium quod in ſeruo redempto acquiſitum eſt redemptori, quiritarium eſt & ciuile: quia eſt ex iuris ciuilis conſtitutione in eam rem lata. Non ergo fieri poteſt, vt ſeruus hic redemptus vſucapiatur à domino ſuo, eodémque redemptore. Quo admiſſo, illud etiam conſequens videtur, vt quantumcunque longo tempore illum redemptor poſſederit, nihilominùs ſaluum ſit priſtino domino ius offerendi precij & reſtituendi.

Sed tamen in contrarium pro redemptore facit, quod conſtitutio illa ciuilis *De redemptis*, non in eam rem lata eſt, vt deteriorem faciat conditionem redimentis, ſed vt meliorem, ſi quo modo poſſet. Itaque contra mentem conſtitutionis fuerit & iniquum quoque, ſi dicamus per hanc conſtitutionem perimi ius bonæ fidei emptoris vetuſtiſſimum, id eſt à primis illis duodecim tabularum legibus introductum, vt vſucapiendo rem alienam quam bona fide comparauerit, dominium ipſius quiritarium ſibi acquirere poſſit. Vetuſtum enim & antiquum ius dicere Iureconſulti ſolent, quod deſcendit, vel ex verbis ipſis legis 12. tab. cuiuſmodi eſt ius vſucapionis, vel ex Prudentum ad eam interpretatione, vt querela inofficioſi teſtamenti, quam ideo *ius antiquum* vocat Vlp. in *l. 1. §. vl. ff. ſi à parent. quis manum. ſit*, differentiam bonorum poſſeſſionis contra tabulas, quæ iuris noui eſt, cùm ſit prætorij: Concludit ergo Tryphoninus, tranſacto tanto tempore, quanto vſucapi potuiſſet hic ſeruus redemptus, niſi eum conſtitutio redimentis feciſſet, nihil in eo iuris ex conſtitutione domino ſupereſſe, id eſt ne quidem ius offerendi; vt hoc ſaltem commodi ex vſucapione accedat bonæ fidei emptori, quod conſtitutio ei non daret: Nam & ſimiliter dicimus, quod multò magis mirum eſt, Eum qui ab hoſtibus redemptus eſt, etiamſi ante captiuitatem ſuam liber homo fuerit, legari ſibi poſſe, & proficere legatum ad liberationem vinculi pignoris, quod in illo habuit is, qui redemit: *l. ſenatus 43. §. vlt. De legat. 1.* quamuis liber homo nemini poſſit legari, multominus ſibi ipſi. Sufficit enim ad efficiendum vtile legatum, vt aliquod ius in re legata habuerit is qui legauit: *l. ſi dominus 71. §: ſi fundus municipum, eod. tit.*

l. 1. §. vlt. ff ſi à parent. quis manu. ſit.

ILLATIO XII.

De ſtatulibero ab hoſtibus capto, tum redempto, pendente conditione.

DVodecimò, ex eodem Principio fit, vt ſi ſtatuliber fuerit antequam ab hoſtibus caperetur, poſtea redemptus pendente conditione, cauſam ſuam retineat, id eſt perinde ſtatuliber maneat, atque antea & ſub eadem conditione: *d. l. in bello, §. ſi ſtatuliber 10. De captiu. & poſtlim.* Idque adeò verum eſt, vt ſi ſtatuliber etiam transfuga ab hoſtibus reuerſus ſit, & poſteaquam reuerſus eſt conditio libertatis extiterit, liber efficiatur: *l. poſtliminium 19. § ſi ſtatuliber, eod.* Id enim facit poſtliminij poteſtas, quæ ſeruum ab hoſtibus reuerſum, ſiue commercio redemptum, ſiue non redemptum domino reddit: Ex cuius ſcilicet perſona ſeruus habet poſtliminium quod ex ſua non haberet, vt *ſuprà* diximus. Nec enim delictum ſerui transfugæ domino debet nocere, cui nihil poteſt imputari. Vbi autem poſtliminium ſemel habere locum cœpit in hoc ſeruo propter domini perſonam & fauorem, illud quoque admitti neceſſe eſt, vt in eadem cauſa ſeruus ſit, in qua erat antequam transfugiſſet, id eſt ſtatuliberi iure cenſeatur. Sicut enim delictum ſerui domino nocere non debet, ita neque prodeſſe: quia nec ipſi ſeruo nocere poteſt quod transfugerit, cùm nec transfugiſſe dici poſſit quandiu ſeruus manet, quippe qui neque in ciuitate vnquam fuiſſe videatur, in qua nullum habuit vnquam caput. Ob eámque cauſam rectè Paulus monet in *d. l. 19. §. ſi ſtatuliber*, diuerſum eſſe ſi conditio libertatis extiterit, dum apud hoſtes hic ſtatuliber fuit. In eo namque caſu, inquit, neque ſibi reuerti poteſt, vt liber ſit, quia transfugarum pœna vna illa eſt inter cætera, vt poſtliminium habere non debeant, ne ad tantùm Reipublicæ beneficium admittantur, qui Rempublicam tam grauiter offenderunt; neque hæredi in hoc ſeruo ius poſtliminij eſſe poteſt, quia non poteſt ille conqueri factam ſibi aliquam iniuriam ita conſtituto iure, cùm nullum damnum patiatur amiſſione ſerui, qui alioquin etiam ſuo iure libertatem habiturus erat, ſi non illud impediret libertatem quod transfuga ille factus fuit: in qua ratiocinatione ſupponendum illud eſt, quod iam diximus, domino ſtatuliberi transfugæ hactenus duntaxat proſpiciendum eſſe, vt ex delicto ſerui non afficiatur damno; at non etiam vt ſentiat lucrum, quomodo ſentiret ſi ſtatuliberum transfugam ab hoſtibus reuerſum poſt impletam captiuitatis tempore conditionem in dominio ſuo retineret, quem ei libertas obtingens abſtuliſſet, ſi ad hoſtes numquam transfugiſſet.

d. §. ſi ſtatuliber. l. 19.

Notanda vero eſt perelegans inter ſeruum & filiumfamilias differentia, quam ſubinde Paulus ſcribit, in *§. filius quoque*, vbi ait filiũfamilias trãsfugam poſtliminio reuerti numquam poſſe, ne quidem viuo patre, id eſt non magis ex perſona patris, quàm ex ſua propria poſtliminium vllo caſu habere, quod aliquando ſtatuliber habet ex perſona domini ſui, nimirum ſi vt diximus redierit ab hoſtibus antequam exiſteret conditio libertatis. Rationem verò Paulus reddit duplicem, Et quia pater ſic eum amiſit quemadmodum

§. filius quoque, d. l. poſtliminium.

dum patria, & quia diſciplina caſtrorum antiquior & charior fuit parentibus Romanis, quam charitas ipſa liberorum.

Dices; At cur non eodem modo admittimus ſeruum transfugam amiſſum fuiſſe domino ſuo, quemadmodum filius amittitur patri? Nempe quia non poteſt amitti ſeruus qui iure ciuili pro nullo habetur quandiu ſeruus manet: *l. quod attinet 32. De reg. iur.* cùm nullum habeat caput in ciuitate, neque aut iure ciuili, aut prætorio, aut extra ordinem computetur: *l. nullo · ordo · ff. ad leg. Cornel. de falſ.* Itaque cùm Reſpublica ſeruum hunc transfugam non amittat, nec domino eum amitti æquum eſt: Er hac parte, quod mirum videri poſſit, melioris cõditionis ſeruus eſt, quàm filiusfamilias, quia ei prodeſt quod pro nullo habeatur; Idipſum verò nocet filiofamilias, qui cùm habeat in ciuitate caput, vetúſque ſit ciuis, amitti procul dubio poteſt & patriæ & patri. Transfuga enim ille eſt, qui ſiue in bello, ſiue per induciarum tempus transfugit à patria ſua ad hoſtes, aut etiam ad eos cum quibus nulla amicitia eſt, fide priùs ab iis ſuſcepta; vt definit Paulus in §. *transfuga, ead. leg.* Ideóque dicimus transfugam recipi iure belli, id eſt tanquam hoſtem, *l. transfugam 51. ff. de acquir. rer. domin.* ad differentiam ſcilicet cæterorum, qui poſtliminij, nô belli iure recipiuntur. Sic enim locum illum intelligere malo, vt pertineat ad *tit. De acquir. rer. domin.* quàm quomodo Cuiacius *lib. 4. obſer. cap. 9.* de illo qui ab hoſtibus ad nos transfugerit tempore belli. Quamuis illud quoque verum ſit, & extra omnem dubitationem, poſſe nos eum recipere qui ab hoſtibus transfugit non violato iure belli.

d. l. poſtliminium § transfuga.

Dicat aliquis, Quid neceſſe eſt tractare de poſtliminio transfugæ, cùm non fiat ſeruus hoſtium à quibus ſuſcepit fidem: Reſpondeo non fieri quidem eum ſeruum hoſtium, ſed tamen deſinere ciuem eſſe, patique mediam capitis diminutionem: *l. amiſſione 5. §. 1. ff. de capi. minut. l. ſi quis tutor 15. ff. de tutel.* ideóque potuiſſe vtilem ei eſſe fictionem poſtliminij ad reſtituendam illi ciuitatem, ſi ad tale beneficium admiſſus fuiſſet. At rectiſſimè placuit nullum iis omnino beneficium tribui, quibus poſtliminium quoque negatum fuit, quemadmodum loquitur Calliſtratus in *l. item ei 14. ff. ex quib. cauſ. maior.* vt intelligamus nullum beneficium eſſe fauorabilius, aut quod faciliùs indulgeatur, quàm hoc, de quo agimus, poſtliminij.

Eleganter autem Tryphoninus in *d. l. 12. §. ſi ſtatuliber*, quærit; ſi ſtatuliber hic qui ab hoſtibus captus fuit, & poſtea commercio redemptus, libertatem acceperit ſub ea conditione ſi decem hæredi daret, Vnde dare debeat? Dubitationem facit, quod quamuis ſtatulibero conceſſum ſit ex peculio dare implendam huiuſmodi conditionem, iniquum tamen eſſet huic ſtatulibero permitti dare ex eo peculio quod habet apud ſuum redemptorem, cùm peculium illud ſit eius vice quod apud hoſtes quæſiſſet ſi redemptus non fuiſſet. Atqui ex eo peculio quod habuiſſet apud hoſtes, non potuiſſet ſoluere, non magis quàm conſequi libertatem inuitis hoſtibus in quorum dominio ac poteſtate eſſet: Cur ergo ex eo peculio, quod apud redemptorem habeat, ſoluere illi conceditur? Sed tamen diſtinguendum eſſe Tryphoninus ait, & adhibendum hoc temperamentum, vt de peculio quidem quod hic ſtatuliber, vel ex operis ſuis, vel ex redemptoris ſui re adquiſierit, dare non poſſit, ne

d. l. in bello 12 § ſi ſtatuliber, De capt. & poſtlim.

fiat iniuria redemptori; ſed ſi ex qua alia cauſa peculium aliquod habeat, de eo poſſit dare, ita vt dando credatur paruiſſe conditioni, benignè tamen magis quam ex iuris ratione. Illa enim ſemper ratio facit pro redemptore, quod quicquid ſtatuliber hic apud eum habet ex quacumque cauſa, vicem tenet eius peculij quod apud hoſtes quæſiturus fuerat, ſi non fuiſſet redemptus.

ILLATIO XIII.

De ſeruo ante captiuitatem pignori dato, poſtea capto, tum redempto.

Decimotertiò ex eodem Principio fit, quod idem Tryphoninus ſcribit in *d. l. in bello 12. §. ſi pignori, eo tit. de captiu.* Si pignori datus fuerat ante captiuitatem ſeruus, qui ab hoſtibus rediit commercio redemptus, poſt dimiſſum redemptorem, id eſt, poſt reſtitutam ei à creditore pecuniam quam pro redemptione dederat, ſeruum in veterem obligationem reuerti. Nec aliud eſt ſi debitor ipſe idémque dominus dimiſerit redemptorem: Niſi quod inter hos caſus ea differentia eſt, quod cùm creditor redemptori ſatisfecit, habet obligationem pignoris non ſolùm in priorem debiti cauſam (ſic enim legendum puto, non vt vulgo *propriorem*, aut vt Holoander *propiorem*) verùm etiam in eam ſummam quam dedit, vt redemptum ſeruum liberaret, quaſi ea obligatione inducta quadam, aut ſit mauis eadem illa, de qua ſuprà diximus, conſtitutione; quamuis verba conſtitutionis quæ pignoris ius dat redemptori, non videantur ad eam perſonam poſſe pertinere, quæ iam habeat rem obligatam, quia res quæ iam ſemel obligata ritè fuit, non poteſt amplius obligari, nec ei ipſi cui iam obligata eſt, nec alij. Nam & ſimiliter euenit, cùm poſterior creditor priori ſatisfacit confirmandi pignoris ſui cauſa, vt non tantùm pro ea ſumma pro qua pignus acceperat, ſed pro illa etiam quam priori creditori dedit, habeat ius & obligationem pignoris: *l. quærebatur 20 ff. qui potior. in pign. hab. l. 1. Cod. eod.* Quamquam inter hos caſus differentia etiam illa eſt, quòd cùm agimus de creditore, qui ſeruum ab hoſtibus redemptum, ſibique antè captiuitatem obligatum liberauit, conuerſa res eſt, id eſt è conuerſo accidit, vt qui reuera prior tempore creditor fuit pro poſteriore habeatur, & viciſſim poſterior pro priore; quia qui redemit, licèt poſterior factus ſit creditor, tamen perinde ac ſi prior eſſet dimittendus eſt ab eo, qui reuera prior fuit, quia effecit vt hic ſeruus apud nos hodie ſit, qui alioquin eſſet apud hoſtes; ſicut euenit, quoties poſterioris creditoris pecunia ſaluam fecit pignoris cauſam: *l. interdum 5. & ſeq. ff. eod. tit. qui potior. in pign. hab.*

d. l. in bello §. ſi pignori.

Non autem hoc tantùm caſu res obligata in priſtinam pignoris cauſam ex poſtfacto reuertitur, ſed generaliter quoties ipſa res in priſtinam dominij cauſam redit: *l. voluntate 10 §. creditor, ff. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolut.* vbi exemplum ponitur, ſi creditor pignus diſtraxerit, & à venditione receſſum poſtea fuerit, vel homo venditus redhibitus ſit. Hoc enim caſu, inquit Paulus, dominium ad debitorem reuertitur qui habebat illud ante venditionem; non ad creditorem, qui licèt dominium tranſtulerit, numquam tamen illud habuit. Idémque eſt in omnibus

quibus

Digitized by Google

quibus alienam rem vendere conceſſum eſt. Non enim ob id ſolùm quòd dominium ipſi transferant, ſtatim conſequens eſt, vt reſoluta venditione illi ipſi eiuſdem dominij ius recipiant (eius ſi quidem eſt dominium recipere & recuperare non qui tranſtulit, ſed qui ante factam tranſlationem illud habuit.) Quid ergo? In priſtinam cauſam ius dominij redit fauore debitoris; Ergo & ius pignoris fauore creditoris: vt & in priore illa ſpecie quam *eadem in lege* Paulus tractat, Si voluntate creditoris pignus debitor vendiderit, & poſtea placuerit inter debitorem & venditorem vt ab emptione diſcederetur: Placet enim ius pignoris, quod per alienationem conſentiente creditore factam remiſſum extinctúmque fuerat, ſaluum eſſe creditori; & ſicut debitori qui vendiderat, ita & creditori qui venditioni conſenſerat, priſtinum ius reſtitui; illi quidem ius dominij, huic verò ius pignoris. Neque enim omnimodo pignus remittere intelligitur creditor, qui conſentit pignoris venditioni, ſed ita demum ſi emptor rem retineat, nec eam reddat venditori. Et ideò ſi iudicio quoque empti accepto, agente emptore ex cauſa emptionis contra venditorem eundémque debitorem, venditor abſolutus ſit, ſiue alio quo iure, ſiue per iniuriam aut imperitiam iudicis (nihil enim refert dummodo ſententia tranſierit in rem iudicatam propter rerum iudicatarum autoritatem) aut ſi venditor condemnatus quidem ſit, ſed ad id tantùm quod emptoris intereſt ob non traditam rem venditam, (ſolet enim ex hac cauſa fieri talis condemnatio, *l. 1. ff. de action. empt.*) dicendum eſt ſaluum fore pignus creditori. Hæc namque perinde accidere potuiſſent, id eſt vt vel abſolueretur venditor, idémque debitor, vel ad id tantùm quod emptoris intereſſet, non etiam ad rem præciſè tradendam condemnaretur, tametſi non ex voluntate creditoris, ſed eo vel inſcio vel inuito vendidiſſet.

l. voluntate in princ.

ILLATIO XIV.

De plurium ſeruo capto ab hoſtibus & redempto, cuius pretium omnium nomine reſtitutum ſit.

Decimoquartò ex eodem Principio fit, vt ſi plurium ſeruus fuerat is, qui ab hoſtibus captus, deinde redemptus eſt, & omnium nomine reſtitutum ſit ab aliquo pretium ei qui redemit, in communionem redeat, iure nimirum poſtliminij. Nam in commune eſſet ſi in ciuitate ſemper manſiſſet: & quemadmodum poſtliminij fictio fortior eſt captiuitate ad communionem reſtituendam, ita non poteſt impediri per redemptionem, poſteaquam omnium ſociorum nomine ſublatum fuit ius redemptoris, extinctúmque pignus quod habebat in eo ſeruo, facta pretij reſtitutione: *d. l. in bello §. 12. §. ſi plurium 13. ff. de capt. & poſtlim.* Dixi, *ſi omnium nomine pretium reſtitutum ſit redemptori*; quia ſi vnius tantùm, vel quorundam, nec omnium nomine ea reſtitutio facta ſit, non ad omnes ſeruus hic poſtliminij iure pertinebit, ſed ad eum duntaxat eóſve qui ſoluerint, quandiu ſcilicet cæteri quoque partes ſuas non ſoluerint, & quouſque ſoluerint. Interim igitur ij qui ſoluerunt & in portione ſua priſtinum ius obtinebunt, nimirum dominij quod in eo ſeruo ante captiuitatem habuerunt, & in partibus cæterorum ei qui redemit ſuccedent; ita vt quemadmodum ille, ſic ipſi ſeruum hunc pro iis partibus retineant non tam dominij, quàm pignoris iure, vt *ſupradicto loco* ſubiicit Triphoninus.

ILLATIO XV.

De ſeruo captiuo & redempto cui fideicommiſſaria libertas debebatur.

Decimoquintò ex eodem Principio fit, vt ſi fideicōmiſſa libertas captiuo debita fuerit, eam petere redemptus poſſit poſtquam ſatisfecerit redemptori, quia ex eo tempore ius poſtliminij habet, quamuis nondum ſit liber, propter natam ſibique inſtè competentem ſpem libertatis, quæ in multis caſibus tantum poteſt, quantum libertas ipſa, eundémque fauorem meretur: *l. mulier 22. §. non eſt dubitatum, ff. ad SC. Trebel. l. ſtatuliber 14. ff de quæſt.* Sanè antequam redemptori ſatisfactum ſit, non poteſt videri huic ſeruo reſtitutum poſtliminio ius petendæ fideicommiſſariæ libertatis, quia nec ſi liber eſſet, poſtliminio tamen prius gaudere poſſet, quàm redemptori ſuo ſatisfeciſſet. Quæ ſententia & ratio eſt *§. ſi fideicommiſſa 14. dict. l. in bello 12. de captiu. & poſtlim.*

ILLATIO XVI.

De deportato capto, redempto, & in ciuitatem reuerſo.

Decimoſextò ex eodem Principio fit, vt ſi in inſulâ deportatum hoſtes ab inſula ceperint, iſque poſtea redemptus ſit, & in ciuitatem redierit, in eam cauſam veniat in qua futurus eſſet ſi captus non fuiſſet: *d. l. in bello 12. §. ſi deportatum 15. eod. tit.* Ergo deportabitur iterum, vt *ibi* Tryphoninus ſcribit, nec idcirco tamen pretium reddetur ei qui redemit, vt diximus *illat. 6 ſup. eo.* Redemptio enim hoc caſu non ſolùm non mutat ius poſtliminij, ſed nec illud ſuſpendit, vt alias ſolet ſuſpendere, quia nemo eſt à quo pretium redemptori reſtitui æquum ſit. Nam deportatus eut reſtituat qui rurſum deportatur? Cur verò fiſcus qui nullum ex hac deportationis pœna lucrum ſentit, ſed potius damnum?

d. l. in bello §. ſi deportatum.

ILLATIO XVII.

De ſeruo capto & redempto, cuius libertas antea poterat impediri.

Decimoſeptimò ex eodem Principio fit, quod ſubiungit Tryphon. *in §. ſed ſi in captiuo 16. dict. l. in bello, de capt.* Si in captiuo ſeruo talis præceſſerat cauſa, quæ eius libertatem vel ad tempus vel in perpetuum impediret, non mutari cauſam illam per redemptionem ab hoſtibus factam, id eſt non melioris conditionis fieri captiuum, quàm ſi vel nunquam captus fuiſſet, vel citra redemptionem ab hoſtibus rediiſſet, quia nec plus iuris tribuere poſtliminium poteſt quam habuerit ante captiuitatem is, qui captus eſt; neque redemptio ius poſtliminij mutat, id eſt vel auget, vel minuit, ſed tantùm ſuſpendit; vt

vt proximè diximus, quouſque pretium pro redemptione datum, fuerit redemptori reſtitutum: *l. ſi captiuus 20. §. vlt. eo. tit.*

Pone igitur in legem Fauiam *de plagiariis* commiſiſſe hunc ſeruum priuſquam ab hoſtibus caperetur, vel ita venditum fuiſſe & ea lege ne vnquam manumitteretur. Non faciet redemptio vt ab hoſtibus reuerſus eo magis perduci poſſit ad libertatem. Interim ergo eum habebit ille qui redemit, ſed ſub pœna ſua: ſic enim legendum puto in *d. §. ſed ſi in captiuo*, non vt vulgo *ſine pœna ſua*. Si namque haberet eum redemptor ſine pœna ſua, manumittere illum poſſet, quod vtique dici non poteſt quin pugnet cum eo, quod diximus, captiui huius cauſam & conditionem ex redemptione nõ immutari; item cum eo quod ſtatim ſubiungit Tryphon. in hæc verba, *Ergo de metallo captus redemptus in pœnam ſuam reuertetur*, quemadmodum *proxima illatione* diximus de deportato, eſſe illum rurſus pœnæ ſuæ reddendum, & deportandum; niſi quod illo caſu nullum pretium redemptor recipit, neque à redempto, neque à fiſco: Cùm verò ille redemptus eſt qui in metallum damnatus fuerat, pretium à fiſco reſtituendum eſt redemptori, vt Tryph. ſcribit, ex reſcripto quodam Imperatorum Antonini & Seueri, cuius verba extare videntur in *l. mulier 6. cod. tit.* vt coniicio ex eo, quod *in legis fine* ita ſcriptum eſt, *Cocceio autem Firmo centurioni pretium ex fiſco reddendum eſt*, quæ Iureconſulti verba eſſe nemo dixerit, ſed Imperatorum potius reſcribentium ad eam facti ſpeciem, in qua mulier in opus ſalinarum ob maleficium data, deinde à latrunculis exteræ gentis capta & iure commercij vendita, poſtremò à Cocceio Firmo centurione etiam redempta proponebatur: Quamuis in *d. l. mulier*, nulla reſcripti mentio fiat. Igitur priuſquam redempti huius captiui, de quo nunc agimus, & qui in metallum damnatus fuerat, pretium redemptori ex fiſco redditum ſit, retinebit eum redemptor ſed ſub pœna ſua, id eſt ſub ea conditione vt ſtatim atque pretium redemptionis reſtitutum erit, in priſtinam metalli pœnam redemptus reuertatur, nec tamen vt metalli transfuga grauius coërceatur, id eſt pœna mortis, quæ ſola grauior eſt pœna metalli, & quam ſolam incurrere poteſt is qui transfugit à metallo, quem propter nouum hoc delictum grauiùs coërcendum eſſe ait Vlp. in *l. aut damnum 8. §. inter eos 6. ff. de pœn.* Nec enim à metallo ad hoſtes transfugiſſe dici poteſt, qui ab hoſtibus in ipſo metalli opere captus fuit. Cur verò pretium damnati in metallum redemptori reddendum ſit potiùs quàm pretium deportati, ratio euidens illa eſt, quam *ſuprà* reddidimus *illat. 6.* quia damnatus in metallum ſeruus eſt pœnæ, non etiam deportatus, & deportati pœna meram criminis vindictam continet, nec aliquam vtilitatem adfert Reipuhlicæ, quomodo adfert pœna illius, qui in metallum damnatus fuit.

[margin: l. mulier 6. cod. tit.]

ILLATIO XVIII.

De partu redempto cum matre.

DEcimooctauò ex eodem Principio fit, vt ſi legatum tibi fuerit quod ex Pamphila natum erit, egóque Pamphilam redemero ab hoſtib. apud quos ipſa pepererat, cũ in captiuitatis inſtanti iam concepiſſet, redemero autem cum matre partum vno eodemque pretio, poſſis tu facere vt partus poſtliminio rediiſſe videatur, offerendo mihi tantum quantum ex pretio, quod pro vtroque vnum datum eſt, æſtimationem partus contingeret: *d. l. in bello 12 §. ſi natum, eod. tit. De capt. & poſtl.* vbi addit Tryph. idem multò magis dicendum eſſe, id eſt vt partus poſtliminio reuerſus eſſe intelligatur, ſi diuerſi emptores vtriuſque extiterint, & tu pretium partus reſtitueris ei qui partum redemit. Cur verò multò magis hoc caſu? Quia cum ſunt diuerſi redemptores vtriuſque, id eſt cùm alius matrem redemit, alius partum, facilius eſt expedire, quid & quantum pro partus redemptione præſtitum ſit, & conſequenter quid & quantum te redemptori reſtituere oporteat; Cùm ſi ab vno & eodem redempti ambo eſſent, & vno pretio, difficilius eſſet diſcernere quantum pro partu datũ videri deberet, totúmque id officio & arbitrio iudicis æſtimandum relinqueretur, vt in priore ſpecie *eiuſdem §. ſi natum, & l. ſi quod ex Pamphila 73. de leg 2.*

Sanè quod poſt illa verba, *multo magis ſi diuerſi emptores vtriuſque extiterint*, ſequitur apud Tryphoninum *vel vnus*, ego cuiuſmodi ſit intelligere non poſſum. Nam ſi ponas diuerſos fuiſſe emptores non vtriuſque id eſt matris & partus, ſed vnius tantùm putà partus (tractamus enim caſum illum quo partus poſtliminio reuerſus eſſe dici poſſit) non ideo clarius erit aut obſcurius, quantum pro partu redempto datum fuerit, nec rurſus quid cui ſit reddendum, vt redemptus partus poſtliminio reuerſus eſſe intelligatur. Singulis enim tantum reddendum erit, quantum ſinguli dederint, Etſi vix eſt vt partus ſolus id eſt ſine matre à pluribus ſimul redimatur. Si vero ponas matrem ſolam ſine partu ſuo redemptam fuiſſe, nihil iam erit quod de partu tractari poſſit, qui apud hoſtes editus, apud eos adhuc remanſerit. Atque ita recedetur à quæſtione propoſita, quæ non de matre fuit, ſed de partu. Ponit enim Tryphoninus fuiſſe tibi legatum quod ex Pamphila naſceretur, non Pamphilam ipſam, nec tractat de redemptione Pamphilæ, niſi vt locum faciat quæſtioni de partu, an ob perſonam tuam poſtliminium habere poſſit. Quid enim tua intereſſet redemptam fuiſſe Pamphilam ſi partus apud hoſtes editus non fuiſſet redemptus? Igitur vt dicam quod ſentio locus meo iudicio corruptus eſt, & ita reſtituendus, vt vnico contextu legamus, *Multò magis ſi diuerſi emptores vtriuſque extiterint, vel vnus, ſed ſi ſuo quemque pretio redemerit, id offerri pro ſingulis redemptori oportebit, quod hoſti pro quoque datum eſt, vt ſeparatim quoque poſtliminio reuerti poſſint.* Senſus enim eſt, Cùm poſtliminio reuerſus intelligatur partus, tùm etiam cùm ab aliquo redemptus eſt ſimul cum matre, vnico confuſóque pretio, ſi modò tu legatarius tantùm pro eo offeras, quantum ex pretio, quod vnum pro vtroque datum eſt, partus æſtimationem contingere poſſe videatur; Multò magis idem admittendum eſſe, ſi vel diuerſi redemptores fuerint, vnus matris, alius partus; vel vnus quidem tantùm, ſed qui tamen ſuo quemque pretio redemerit, puta matrem viginti aureis, partum verò quindecim. Hoc enim caſu oblatis pro partu quindecim aureis, nulla poteſt dubitandi ratio ſubeſſe, quin partus hic poſtliminio reuerſus dici debeat; nec calumniæ locus relinquitur, quaſi non ſit oblatum omne id quod offerri debuit ad poſtliminium partui acquirendum;

[margin: l. ſi quod ex Pamphila 73. de leg. 2.]

[margin: Triphoninus emendatus.]

Digitized by Google

dum: quomodo contingere facilè poteſt, cùm pretium pro matre partúque datum vnicum officio tantùm & arbitrio iudicis diuiditur, ſi forte arbitrium illud vel iniquum, vel minus ritè redditum eſſe dicatur.

Poteſt autem huic officio & arbitrio iudicis locus eſſe in partu æſtimando, non ſolùm eo caſu quo de poſtliminij iure, ob legatarij perſonam tractari oporteat, ſiue apud hoſtes partus editus ſit, ſiue apud redemptorem poſt reuerſam ab hoſtibus matrem, dummodo ante captiuitatem conceptus fuerit (alioqui non magis ex legatarij perſona quam ex ſua propria poſtliminium habere poſſet, vt indicant illa Tryphonini verba, *quod eo tempore quo capiebatur, vtero gerebat*: iunct. *l. 1 verſ. quamquam C. eod.*) ſed etiam ſi eadem ſpecie retenta, de legato tibi eo quod ex Pamphila naſceretur, ponamus te Pamphilam emiſſe, eámque apud te enixam eſſe. Cùm enim ſumma ratione placuerit non ex cauſa lucratiua factum eſſe partum tuum, ſed ex cauſa oneroſa emptionis; illud etiam conſequens eſt vt non eo magis ſublata ſit actio ex teſtamento, quaſi duabus cauſis lucratiuis in eandem perſonam, eandémque rem concurrentibus, ſed perinde poſſis partum petere actione ex teſtamento, tanquã ſi illum emiſſes; Vt ſcilicet pretij contributione facta, conſequaris tantum, quantum iudex in cauſa legati datus æſtimauerit pro partus pretio computandum eſſe, detracta matris æſtimatione, vt Papinianus reſpondit in *l. ſi quod ex Pamphilo 73 De legat. 2.* ad quod etiam reſpicit Tryph. in *d. §. ſi natum, in princ.* vbi ait, ſi quod ex Pamphila natum eſſet legatum tibi fuerit, túque matrem redemeris & ea apud te pepererit non videri te partum habere ex cauſa lucratiua. Nimirum vt inferat ſupereſſe tibi actionem ex teſtamento, non quidem ad partum, qui quoquo modo factus tuus, nec magis tuus fieri poteſt, nec tibi amplius deberi; ſed ad petendum id quod tibi abeſt: Id eſt, vt officio arbitrióque iudicis æſtimetur, conſtituto partus pretio ex comparatione vniuerſi pretij, quod pro redimenda prægnante matre datum eſt, perinde atque ſi quanti mater empta eſt, ſimul & partus veniſſet: Eatenus enim tibi abeſſe intelligitur partus nomine, quamuis fortaſſe pluris ſit mater ſola, quàm quanti vterque æſtimandus ſit; quia ſi quid in ea te lucri ſentis, ex negotiatione tua eſt, non ex re ipſa; ideóque non poteſt id auferre tibi actionem ex teſtamento: *l. huiuſmodi 84. §. qui ſeruum, de leg. 1.*

ILLATIO IX.

De ſeruo capto, & ab hoſtibus manumiſſo, poſtea in domini poteſtatem reuerſo.

DEcimonono ex eodem Principio fit, quod idẽ noſter Tryph. ſcribit in *d. l. in bello, § manumittendo, ff. De capt. & poſtl.* Si ſeruus alicuius ciuis Romani ab hoſtibus captus ſit, & deinde apud eos manumiſſus, cúmque poſteà verus & priſtinus ipſius dominus intra præſidia noſtra nactus fuerit, quamuis non ſecutum res noſtras, ſed dum eo conſilio veniſſet vt ad hoſtes reuerteretur; poſſe hunc ſeruum poſtliminij iure retineri: quia neque in hoſtium iure & poteſtate conſtituto ſeruo, manumiſſio potuit obeſſe ciui noſtro, eidemque domino, neque cuiquam libera facultas eſt de alieni dominij iure diſponendi, quamuis de ſua ciuitate ſtatuere cuique libero homini liceat prout velit, vt ex Sabino *ibidem* Tryph. eleganter tractat, Oſtendẽs magnam hac in re inter ſeruos & liberos homines differentiam eſſe. Liberos enim non aliter poſtliminio reuerti quàm ſi hoc animo ad ſuos venerint, vt eorum res ſequerentur, illóſque relinquerent à quibus abiiſſent vt *ſuprà* diximus *in huius Principij* explicationem *ad finem* ex *l. 5. §. vl. eo.* Seruus verò etiamſi non habeant animum apud nos remanendi, non eo minùs tamen poſtliminij iure à dominis retineri poſſe, quia liber homo cùm de ciuitate ſua pro arbitrio diſponit, & pro Roma Carthaginem eligit, ſibi tantùm iniuriam facit; quod ſanè cuique præſertim libero homini liberum eſt, At ſeruus meus cùm ad nos redit, ſi ob id quod animum habuiſſet ad hoſtes remeandi poſtliminij ius meum mihi eriperet, non tam de ſuo quàm de meo iure diſponere videretur; quod eſſet abſurdum, & iniquum. Nec enim debet in cuiuſquam poteſtate eſſe, vt conditionem inuiti vel ignorantis faciat deteriorem: *l. ſoluendo 39. De negot. geſt.* multò minùs verò in ipſius ſerui poteſtate eſſe debet vt ſe dominio meo ſubtrahat. Nam & ob eam cauſam placuit ſeruum meum intelligi à me poſſideri, non ſolùm quatenus ſub cuſtodia mea eſt, id eſt quatenus naturalem eius poſſeſſionem ſi velim nanciſci poſſim, ſed etiamſi cuſtodiam meam euaſerit, cùm tamen in cæteris rebus omnibus mobilibus aliud ſit: *l. 3 §. Nerua filius, ff. acq. poſſ.* Ne ſcilicet in ſerui mei poteſtate & arbitrio ſit, an & quando eum poſſideam, necne.

Quãtum intersit an homo liber postliminio reuersus, an seruus.

Sed exigit à nobis Tryph. elegantia, vt totam *illam* § quæſtionem fuſius explicemus. Tractat ille de ſeruo alieno ab hoſtibus capto, quem alius redemerit, & poſt redemptionem tanto tempore poſſederit, quanto fuerat eum vſucapturus, niſi ex conſtitutione iam ipſius factus fuiſſet; De quo diximus *ill. tt. ſup.* vbi diſputauimus an poſt elapſum tempus illud ſuperſit priſtino domino ius offerendi, quod ſupereſſet ex ea ipſa conſtitutione quæ dominum facit redimentem. Quam quæſtionem idem Tryph. proponit in *§. ſi quis ſeruum, prox. præced.* concluditque non debere deteriorem eſſe conditionem redemptoris poſt elapſa vſucapionis tempora, quàm ſi dominus ex conſtitutione factus non fuiſſet.

Subinde igitur quærit ille, ſi redemptor ſeruum hunc ſuum factum manumittat, ſcilicet poſt elapſum tempus illud, quod ad eum vſucapiendum ſufficere potuiſſet (alioqui certum eſſet, non poſſe per manumiſſionem eripi domino priſtino ſuum ius offerendi) an liberum eum faciat, an verò hoc tantùm aſſequatur, vt deſinat eſſe dominus, relictúſque ab eo ſeruus in prioris domini ius recedat? Dubitationem illud facit, quòd ſi ſeruus hic apud hoſtes à quibus captus fuerat, manumiſſus fuiſſet, poſteáque ad nos rediiſſet, non eo minus poſtliminij iure à priſtino domino retineri poſſet. Atqui non videtur plus iuris habere is qui eum ab hoſtibus redemit, quàm hoſtes ipſi habituri erant ſi redemptus non fuiſſet, cùm nec alia ratione conſtitutio quę de captiuis redemptis lata eſt, hunc faciat ſeruum redimentis, quam quod nihil videatur intereſſe

priorìs

prioris domini, qui æquè ſernum habere deſierat per captiuitatem, nec hodie haberet ſi redemptus non eſſet: Ergo non magis debet priori domino nocere manumiſſio à redemptore facta, quàm ſi ab hoſtibus facta fuiſſet, nec proinde poſtliminij ius ei auferre At in contrarium pro manumiſſione facit, quod ſecundum hanc ſententiam, quæ priori dominio tantopere fauet, eueniret vt præſtatio libertatis degeneret in dominij tranſlationem; id eſt vt qui cogitauit de præſtanda libertate, non eam præſtitiſſe, ſed dominium quod in eo ſeruo habebat, in alium tranſtuliſſe reperiatur. Quod tamen non ſolùm à fauore libertatis alienum eſſe videtur, ſed etiam à voluntate manumittentis, qui cum ſemel dominus verè & abſolutè factus fuerit, nec illius dominij ſui amittendi animum habuerit vnquam, niſi adfectione præſtandæ libertatis; nulla ratio eſt, cur & dominij, & propoſiti ſui fructu priuari debeat, in fauorem eius de quo benemereri non cogitauit. Et ita tandem Tryph. concludit.

Ad ſuperiorem verò dubitandi rationem reſpondet, non eſſe bonam comparationem manumiſſionis quæ apud hoſtes, & eius quæ in ciuitate à redemptore ſit facta. Illam enim ciui noſtro eidémque domino obeſſe non potuiſſe, quia quicquid ab hoſtibus & apud hoſtes fit, per iniuriam factum eſſe exiſtimetur. At is ſeruus, de quo tractamus, inquit, lege noſtra quam conſtitutio fecit, ciuem Romanum dominum habuit: Quiſquis autem & ciuis Romanus & dominus eſt, libertatem ſeruo ſuo dare pro arbitrio iure Romano poteſt, niſi ſi qua lege vel conſtitutione prohibeatur ex iis cauſis, de quibus diximus ad *tit. Quib. ex cauſ. manum. non licet.* Ac ſanè aliter poſito iure, quid obſecro, ſi prior dominus pretium huius ſerui numquam offerre vellet: Neque enim vt inuitus offerat cogi poteſt, nec aliqua in eam rem ad conueniendum illum actio prodita eſt: An dicendum erit & ferendum vt inuito redemptore eodémque vero domino ſemper iſte ſeruus maneat; adeò vt nec vllo merito ſuo aſſequi vnquam poſſit, vt libertatem à domino ſuo conſequatur? Atqui hoc iniquum certè fuerit, & contra inſtitutum à Maioribus libertatis fauorem, qui tam multa euicit contra ſtrictam iuris rationem: illud verò inter cætera, vt non ſolùm libertas dari poſſit ab eo qui dare velit, ſed etiam vt ſi quando fortè minus ritè & vtiliter data ſit, benigna tamen interpretatione defendatur: *l. generaliter 24. §. ſi quis ſeruo, ff. de fideic. liber. l. quidam 25. §. ſi quis filium, ff. ad SC. Trebell. § vlt. Inſt. de donat.*

Fauor libertatis.

Addit aliam rationem Tryphoninus pro tuenda in propoſito caſu libertate, quòd etiam veteri iure, ſi ab hoc qui alienum ſeruum eſſe ſciens redemiſſet, alius bona fide poſtea eundem emiſſet, vſucapere, & ad libertatem eum perducere potuiſſet, atque iſto quoque modo prior dominus, qui ante captiuitatem fuerat, ius ſuum amiſiſſet: Quare igitur etiam iſte, de quo nunc agimus, non habebit ius manumittendi: Illo nimirum ſuppoſito, quod *in §. præcedenti* Trypho. probauit, abſurdum & iniquum fore, adeòque contra mentem conſtitutionis, ſi deterioris conditionis redemptor hic conſtituatur, ob id ſolùm quod conſtitutio eum ſerui redempti dominum fecerit, quam ſi dominus factus non fuiſſet. Atque ita totam hanc quæſtionem explicandam eſſe arbitror, & conſequenter emendandam eſſe vulgatem lectionem in illis verbis,

Tryphoninus emendatus.

Anton. Fabr. Iuriſp. Papin. Scient.

liber erit ſeruus; ac pro *liber.* legendum *ſemper*, vt præmonuimus ad *tit. De iur. perſon. in fin.*

ILLATIO XX.

De filio qui poſt mortem patris redempti, & ante luitionem defuncti, pretium reddiderit.

Vicesimò ex eodem Principio fit quod eleganter Vlp. tractat in *l. ſi patre 15. hoc eod. tit. De captiu. & poſtlim.* Si patre redempto & ante luitionem defuncto, filius poſt mortem eius quantitatem redemptionis offerat, poſſe illum patri ſuum hæredem exiſtere, niſi forte, inquit, ſubtiliùs quis dicat hunc dum moritur, quaſi iure pignoris finito nactum eſſe poſtliminium, & ſine obligatione debiti obiiſſe, vt ita potuerit ſuum hæredem habere. Quod magis eſſe ait Vlpianus. Quam verò rationem hoc habeat, quia ſubobſcurior eſt, docuimus iàm ad *fin. tit. De iur. perſon.* ideóque hic non repetemus.

ILLATIO XXI.

De poſtliminio ius denegando, qui armis victi hoſtibus ſe dediderunt.

Vicesimoprimò ex eodem Principio fit, vt poſtliminio careant, qui armis victi hoſtibus ſe dediderunt: *l. poſtliminio 17 eod. tit. De captiu. & poſtlim.* Cùm enim poſtliminij fictio non niſi ob vtilitatem & dignitatem Reipublicæ inducta ſit, vt ſæpius diximus, ab eo beneficio arceri oportuit illos, qui armis victi hoſtibus turpiter ſe dedidiſſent; quo nomine etiam puniendi eſſent ex ratione militaris diſciplinæ, non minùs quam qui prior in acie fugam feciſſet; quem ſpectantibus militibus propter exemplum capite puniendum eſſe, ſcriptum eſt in *l. omne delictum 6. §. qui in acie. ff. de re milit.* ſecundum eam interpunctionem, quam reſtituendam eſſe docuit clariſſ. Iuriſc. Petrus Faber *lib. 1. Semeſtr. c. 18.*

Quamquam non dubito quin agendum ſit mitiùs cum his, qui ſe hoſtibus dediderunt. Sed tamen negari non poteſt, quin ſi arma turpiter amittantur, multò turpius faciant, qui & arma & ſeipſos amittunt Ob ídque ſicuti dicimus, & arma & veſtes poſtliminio non reuerti, quia turpiter amittuntur: *l. 2. in fin. & l. ſeq. De captiu. & poſtlim.* ita nec poſtliminium habere illi debent, qui non arma tantùm, ſed ſeipſos quoque turpiter amiſerunt. Iis enim duntaxat qui bello capti ſunt, poſtliminium datum eſt, in quo numero contineri non poſſunt, qui priuſquam caperentur, hoſtibus ſe dediderunt ne capi poſſent. Adeo autem verum eſt, ſolis iis qui capti ſunt poſtliminium competere, vt is etiam qui captus eſt, ſi cum potuiſſet ab hoſtibus redire, non redierit, poſtliminium habere non poſſit; quia ex eo tempore non pro captiuo, ſed pro transfuga habetur: *l. non omnes 5. §. qui captus, ff. de re milit.* iunct. *l. ſi captiuus 20. in princ. De capt. & poſtlim. reuerſ.*

ILLATIO XXII.

De ingenua redempta ad ſuſcipiendos liberos, & poſt ſuſceptos manumiſſa.

VIceſimoſecundò ex eodem Principio fit quod Vlp. tractat in *l. ſi quis ingenua 21. eod. tit.* ſi quis ab hoſtibus redemptam ingenuam eo animo ſecum habuerit, vt ex ea ſuſciperet liberos, & poſtea ex ſe natum cùm matre manumiſerit ſub titulo filij naturalis, ignorantiam patris eiuſdemque mariti, neque ſtatui eorum, quos manumiſiſſe viſus eſt, officere debere, & exinde intelligi oportere remiſſum matri pignoris vinculum, ex quo de ea liberos ſuſcipere optauerat. Cùm enim ex eo tempore mater poſtliminio reuerſa dici debeat, & conſequenter priſtinæ ingenuitati ſuæ reſtituta, conſequens eſt vt & libera & ingenua facta & liberum & ingenuum pepererit. Vinculum enim pignoris diſſoluitur, non ſolùm ſi redemptionis pretium à redempto ipſo, aut ab alio eius nomine reſtituatur, ſed & ſi per eum, cui reſtitui debet, remittatur, ſiue expreſſa ſiue tacita donatione: *l. 2. l. ſi liberum 11. C. eod.* Remiſſio autem illa non poteſt alio ex vllo indicio probabilius colligi, quam ex adfectione redemptoris id cogitantis, vt ex redempta ſua liberos ſuſciperet, præſertim quos poſtea vocauerit filios ſuos naturales. Nam & alterius cuiuſlibet rei, putà obligationis, vel actionis, vel cautionis remiſſio facilè inducitur quocunque, dummodo probabili, indicio voluntatis: vt in *l. Procula 29. ff. de probat. l. cùm quidam 17. §. Diuus Pius, ff de vſur. l. auia 77. §. vlt. ff. de cond. & demonſtr.*

Planè ſi publicè præda virtute militum recuperata ſit, quamuis nulli matris pretium pater numerauerit, tamen protinus illa poſtliminio reuerſa eſſe intelligitur; & ideo iam inde ab initio non cum domino fuiſſe, id eſt, cum eo creditore qui pignoris iure libertatem eius vinctam habuerit, ſed cum marito, qui hoc ipſo maritus eſſe & voluerit, quod ex ea liberos optauit; & potuerit, nihil iam obſtante conditione mulieris pleniſſimam libertatem conſecutæ: *l. ab hoſtibus 12. C. eod.*

ILLATIO XXIII.

De iis qui capiuntur in ciuilibus diſſenſionibus.

VIceſimotertiò ex eodem Principio fit, vt in ciuilibus diſſenſionibus, qui in alterutras partes diſcedunt, ſi ab aduerſariis capiantur, poſtliminium non habeant, quia nec eo indigent, cùm non ſint vice illorum hoſtium, inter quos iura fuerint captiuitatum aut poſtliminiorum: *d. l. ſi quis 21. §. 1. eod.* vbi rationem elegantem Vlpianus reddit, quod in huiuſmodi diſſenſionibus ciuilibus, quamuis ſanè per eas Reſpublica lædatur, non tamen in exitium Reipublicæ contenditur; id eſt ea mente, vt Reſpublica opprimatur & euertatur, ſed è contrario, potiùs eo animo, vt Reip. conſulatur, ita exiſtimantibus omnibus qui in alterutras partes diſcedũt, vt nõ aliter ſalus Reipub. conſtare poſſit, quam ſi ea vincat factio cui adhærent. Ex quo infert *ibidem* Vlpianus, Eos, qui in talibus bellis capti ſint &

L. ſi quis 21. §. 1. D. eod.

venundati, poſteáque manumiſſi, non niſi ſuperuacuò repetere à Principe ingenuitatem, quam nulla captiuitate amiſerint. Captiuitas enim inter eos tantum eſſe poteſt, qui hoſtes ſunt, ſicut & poſtliminium. Hoſtes autem non ſunt niſi quibus publico decreto bellum indixit populus Romanus, vel qui ipſi priores populo Romano indixerũt, *l. hoſtes ſunt 24. eo.* iunct. *l. hoſtes 118. De ver. ſignific.* in ciuilibus autem diſſenſionibus populus Romanus, qui in partes diuiſus eſt, neque ſibi, neque alij bellum vllum indicit.

ILLATIO XXIV.

De ſeruo à latronibus primùm capto, poſtea in hoſtium poteſtatem delapſo.

VIceſimoquartò ex eodem Principio pendet, quod Iauolenus tractat in *l. latrones 27. eod. tit. De captiu. & poſtlim.* Latrones, inquit, ſeruum tibi eripuerant, poſtea is ſeruus ad Germanos peruenerat. Inde victis in bello Germanis ſeruus venierat. Labeo, Ofilius & Trebatius negant poſſe vſucapi eum ab emptore, quia verum eſſet ſubreptum eum eſſe. Nec quod hoſtium fuiſſet, aut poſtliminio rediiſſet, ei rei impedimento eſſe. Nempe quia poſtliminij fictio nihil aliud facit, niſi vt captiuitatis poteſtas, & memoria deleatur. Atqui etiamſi ſeruus hic in bello captus numquã eſſet, non eo minùs tamen à latronibus captus, atque ita furtiuus effectus fuiſſe reperiretur. Poſtliminium igitur facere potius debet, vt furtiuus perinde ſemper dici debeat, quàm vt furti vitium purgaſſe videatur. Non ergo faciet quominus talis ſerui vſucapio impediatur ſicut & alterius rei furtiuæ cuiuſlibet, tam ex lege duodecim Tabularum quàm ex lege Atinia, *§. furtiuæ, infr. De vſucap. l. vbi lex 24. in fin.* iunct. *l. 4. § quod autem, D. de vſucap. eod. tit.* Furtiuam enim rem factam eſſe, quæ à latronibus capta ſit, dubitari non poteſt, cùm latrones omnes ſint fures; quamuis non ſimiliter è conuerſo fures omnes ſint latrones: in quo errauit Accurſ. ad *l. capitalium 28. §. penult. D. de pæn.*

L. latrones 27. eod. tit.

ILLATIO XXV.

De poſtliminio eius qui in bello captus, pace facta refugit; mox renouato bello iterum captus eſt.

VIceſimoquintò ex eodem Principio pendet nota & reprehenſio Pauli ad Labeonem, *l. ſi quid bello 28. D. eo. tit. De captiu. & poſtl.* Nam cum Labeo generaliter ſcripſiſſet, ſi quid bello captum ſit, in præda id eſſe, non poſtliminio redire, Paulus notat; immo, inquit, ſi in bello captus pace facta demum refugit, deinde renouato bello capiatur; poſtliminio redit ad eum à quo captus primùm fuerat, ſi modò non conuenerat in pace ſancienda, vt captiui redderentur, nimirum quia hoc caſu verum eſt, ſeruum meum fuiſſe, nec à me reddi hoſtib. debuiſſe hunc, qui fuerat à me captus. Cur non ergo poſtliminium in hoc quoque locum habeat, ſicut & in cæteris rebus omnibus quæ fuerint ciuis Romani? Atqui dicat aliquis pro Labeone, habuit hic poſtliminij ius apud ſuos, quemadmodum & ciuis Romanus ab hoſtibus captus poſtliminio rediiſſe dicitur,

quoquo

quoquo modo ſit reuerſus, ſiue ab iis dimiſſus ſit, ſiue vi vel fallacia eorũ poteſtatem euaſerit: *l. nihil intereſt 26. eo. tit.* Ita eſt, Sed nõ facit ea res quin iterum captus à noſtris poſtliminio redeat in dominium eius, à quo primùm captus fuerat, quem, ſcilicet æquum non eſt ex fuga factóque eius quem reneta ſeruum; & in dominio ſuo habuerit damnum ſentire, iacturámque iſtam patrimonij. Quid enim aut magis, aut iuſtius noſtrum eſt, quàm quod in bello captum, ſanguinis noſtri, aut ſaltem tanti periculi pretio adquiſiuimus?

ILLATIO XXVI.

De poſtliminij poteſtate ad vſucapiendum durante captiuitate.

Viceſimoſextò ex eodem Principio pendet alia eiuſdem Pauli ad eundem Labeonem nota, de qua in *l. pen. eod. tit. De captiu. & poſtli.* Labeo ſcripſerat, ſi poſtliminio redieris, nihil te dum in hoſtium poteſtate fuiſti, vſucapere potuiſſe. Paulus contra. Imo, inquit, ſi quid ſeruus tuus peculij nomine cum in eo ſtatu eſſes, poſſederit, id eo quoque tempore vſucapere poteris, quoniam eas res etiam inſcientes, & ignorantes vſucapere ſolemus: quod & ſcriptum eſt in *l. aut Prætor 23. §. hi Planè, D. ex quib. cau. maior. l. Labeo 8. D. de vſuca l. 2. § Celſus ſcribit. 11. D. pro empt.* Cur autem etiam ignorans dominus vſucapiat per ſeruum ex cauſa peculiari, ratio proficiſcitur ex eo, quod ex hac cauſa peculiari poſſeſſio quoque ignoranti domino acquiritur. Pendet enim ex poſſeſſione vſucapio, quæ ſine poſſeſſione nulla eſſe poteſt: *l. ſine poſſeſſione 25. De vſucap.* Hoc ipſum autem, quod dicimus, ex peculij cauſa ignorantibus acquiri poſſeſſionem, non niſi vtilitatis cauſa receptum eſt contra iuris rationem, & iure ſingulari, vt

L. peregrè 44. §. quæſitum De acq poſſ. loquitur Papin. in *l. peregrè 44 § quæſitum D. de acq. poſſ.* Ne inquit, aliter poſito iure, cogerentur domini ad acquirendam ſibi per ſeruum poſſeſſionem ex peculiari cauſa, per ſingula momenta ſpecies & cauſas peculiorum inquirere. Quamquam vt *ibid.* ſubiungit Papin. non eò pertinere ſpeciem iſtam putandum eſt, vt animo ſolo videatur acquiri poſſeſſio, quam ſanè conſtat licèt animo etiam ſolo retineatur, tamen non niſi animo & corpore acquiri poſſe: *l. 3 § 1. l. quemadmodum 8 eod. tit.* Nam ſi non ex cauſa peculiari aliquid quæratur per ſeruum, conſtat ſcientiam quidem domini eſſe neceſſariam, ſed corpore ſerui quæri poſſeſſionem Quibus verbis id agit Papinianus, vt eadem ſpecie & quæſtione retenta de poſſeſſione quæ ex cauſa peculiari acquiratur, ſubiiciat reſponſionem ad propoſitam obiectionem, petito argumento à caſu contrario, ſed minùs dubitabili. Nam obiectio illa erat, ſi ex cauſa peculiari acquiratur poſſeſſio ignoranti, futurum vt ſolo animo ſine corpore acquiri videatur. Papinianus verò negat conſecutionem, falſámque eſſe probat, hac ratiocinatione, quòd tùm etiam cùm ex cauſa non peculiari poſſeſſio acquiritur, quo tamen caſu nemo dixerit ſolo animo acquiri poſſeſſionem, omnia ſunt ſimilia, niſi quod ſcientia domini neceſſaria eſt Cæterum perinde corpore ſerui acqueritur poſſeſſio.

Quod autem de ſeruo diximus, idem de filiofamilias dictum intelligi debet, vt per eum quoque ignoranti patri poſſeſſio rei peculiaris acquiratur. Itaque ſi patre apud hoſtes agente filius in ciuitate aliquid emerit, & quæratur an reuerſus pater vſuceperit, diſtinguendum eſt an ex peculiari cauſa filius poſſederit, nécne. Nam ſiquidem ex cauſa peculiari poſſedit, placet vſucapionem inchoari, nec impedimẽto eſſe patris captiuitatẽ, cuius ſcientia non eſſet in ciuitate neceſſaria; ſi verò non ex peculij cauſa id filius comparauerit, vſucapi non poſſe, nec iure poſtliminij quæſitum id intelligi, cùm prius eſſet vt quod vſucaptum diceretur poſſeſſum fuiſſet, vt ratiocinatur & diſtinguit Pap. in *l. iuſto errore 44 §. vlt. de vſucap.* Quò etiam pertinet, quod regula iuris habet, filiumfam neque retinere, neque recuperare, neque adipiſci poſſeſſionẽ rei peculiaris videri: *l filiusfam. 93. De reg iur.* Nẽpe quia quicquid filius peculiari nomine adprehẽderit, id ſtatim pater eius poſſidet, non ſolùm etiamſi ignoret filium poſſidere, ſed etiamſi ignoret habere ſe filium in poteſtate, *l. 4 D. de acq. poſſeſſ* vbi addit Vlp. quod amplius eſt, etiamſi filius ab alio tanquam ſeruus poſſideatur, idem probandum eſſe. Et ſimiliter è conuerſo quod per filiumfamilias, vel ſeruum ignorantes poſſidemus, eius poſſeſſionem etiam ignorantes amittimus, dummodo eam alius occupauerit: *d. l. peregrè 44 §. vlt eo. tit.*

Indeque eſt, quod Alfenus ſcribit in *l. ſi ſeruus 34. De vſucap* Si ſeruus inſciente domino, vel filius ignorante patre (idem enim iuris in vtroque eſt) rem peculiarem vendiderit, emptorem vſucapere poſſe. Cùm enim ſine poſſeſſione nulla contingere poſſit vſucapio, *d. l. ſine poſſeſſione 25 eo.* fieri nequiret vt qui rem peculiarem ignorante patre, vel domino, a filio vel ſeruo emiſſet, eam vſucaperet, ſi poſſeſſionem ignorans pater, vel dominus amittere non poſſet. Prius enim eſt, vt amiſſa ea ſit patri, vel domino, quàm vt emptori acquiri poſſit, Cùm eiuſdem rei poſſeſſores duo in ſolidum eſſe non poſſint: *l. 3. §. ex contrario, D. de acquir. poſſ.* Vt plane non ſatis poſſim mirari quod vir doctiſſ. Iacob. Cuiacius ſcripſit ad *d. l. ſi ſeruus, & li. 15. Obſer. cap. 18. inſciente* illo loco dixiſſe Iurec. pro *ſciente*, quod mihi non minus intolerabile videtur, quam ſi quis tantum virum, quem *doctum* vellet dicere, *indoctum* appellaret. Neque pro Cuiacij interpretatione facit quod ſcriptum eſt in *l. vlt. §. ſed & à filio, D. de diuerſ. tempor. præſcrips. & in l. ſi ſeruus 14. D. de acq. poſſ* Si à filiofamilias, vel à ſeruo rem emero, dandam mihi acceſſionem eius temporis, quo rei poſſeſſio penes patrem vel dominum fuit, ita demum ſi volente patre vel domino facta venditio ſit, vel de peculio illo, cuius liberam adminiſtrationem filius, aut ſeruus habuerit. Aliud enim eſt quærere de poſſeſſionis acceſſione, de qua ſola ibi agitur, aliud verò de vſucapione inchoanda ex contractus tempore duntaxat. Acceſſio temporis quo pater vel dominus poſſedit, non poteſt ei prodeſſe qui rem peculiarem à filiofamilias, vel à ſeruo emit, patre, vel domino ignorante; quia vt prodeſſe debeat emptori poſſeſſio venditoris, fit ex eiuſdem venditoris voluntate, qui vendendo intelligitur totum & omne ius quod habuit in emptorem transferre velle. Atqui voluntas ignorantis nulla eſt. Cum vero de vſucapione incboanda agimus, illud tantum requirimus vt emptor veram poſſeſſionem habeat & bonam fidem, non etiam vt ex vẽditoris ſui perſona vllam temporis acceſſionem mutuetur. Quinimo, vel ex hoc ipſo quod ſupradictis locis negatur acceſſionẽ temporis ei dandam eſſe, qui

L. vl. §. ſed & à filio, De diuer temp. præſcr. l ſi ſeruus 14 D. de acq. poſſ.

rem peculiarem à filiofamilias, vel ſeruo ſine patris, aut domini voluntate comparauerit, probatur manifeſtiſſimè emptorem bonæ fidei ex hac cauſa vſucapere poſſe. Alioqui fruſtra eſſet de acceſſione temporis ad effectum vſucapiendi diſputare, ſi vſucapio impediretur, id eſt ſi cui acceſſio temporis denegatur, vſucapiendi quoque ius & facultas denegaretur.

Nec rurſus illud verum eſt quod vir doctiſſimus ſcribit impediri vſucapionem hanc ex duodecim tabulis, quia furtiua ſit res, quam ex peculio ſuo filiusfamilias, vel ſeruus vendit, patre, aut domino ignorante. Etſi enim, vt ille argumentatur, res peculiaris eſt domini, *l. ſi quis ab alio* 19. iunct. *l.* 4. *in princ. D. de manumiſſ. l. ſi liberam* 10. *C. quod cum eo qui in alien. poteſt. eſt.* ignorans autem dominus comparatur inuito cùm de furto tractatur, *l. qui vas* 48. §. *qui ex voluntate, verſ. vetare, D. de furt.* vt & in *l. filiusfamilias* 8. § *inuitus, D. de procurat. l. inuitum* 5. *D. vrban. præd.* Non tamen erit bona conſecutio ſi quis ex eo inferat fieri rem furtiuam, ſi bonæ fidei emptori vendatur: Non magis quàm ſi quis dicat furem eſſe hunc, quem nos ponimus à contrario bonæ fidei emptorem eſſe. Quid enim ſi ſeruum, aut filiumfamilias à quo comparauit, talem eſſe ignorauit, patremque familias eſſe opinatus eſt? Difficilè ſiquidem dignoſcitur filiusfamilias à patrefamilias, & homo liber à ſeruo: *l. quia difficilè* 5. *D. de contr. empt.* Quid rurſum ſi probabilem cauſam habuit exiſtimandi ſeruum hunc, ſi eum talé eſſe ſciuit, liberam peculij ſui adminiſtrationem habuiſſe? Cur dicamus furem hunc eſſe, qui bona fide comparauit? Fateor ſeruum quoque rei peculiaris furtum facere poſſe, fierique rem furtiuam, ſi is furandi conſilio eam amoueat, non quidem quandiu eam retinet, quia interim nihil domino abeſt; at tum demum cùm alij eam tradidit, vt Iulianus ſcribit in *l. interdum* 56. §. *cùm autem, D. de furt.* Sed dico ita id accipiendum eſſe, ſi ſeruus eam rem alij tradiderit animo & conſilio furandi. Nec enim furtum ſine furandi animo committitur. *l. furtum* 37. *D. de vſucap.* Quis autem dicat furandi animum habere illum, qui rem peculiarem vendat publicè fortaſſis, & ſupra iuſtum pretium, vt ex eo pretio negotietur ad maiorem domini ſui vtilitatem? Ergo fatendum eſt ex ſola rei peculiaris venditione, quamuis ignorante domino facta, non fieri rem furtiuam, nec proinde vſucapionem impediri, dummodo bonæ fidei emptor proponatur, qualis ſaltem ille eſt qui ſuum venditorem ſeruum eſſe ignorauit.

d. l. ſi liberam 10. *C. quod cum eo qui in alien. poteſt. eſt.*

Idque iam olim Accurſius optimè probauit ex *d. l. ſi liberam*, quæ cùm negat huiuſmodi venditionem iuſtum adferre poſſeſſionis initium, id eſt vſucapiendi cauſam præbere emptori ſcienti ſeruilem venditoris conditionem, an non hoc ipſo innuit aliud eſſe dicendum in emptore ignorante. Atqui ſi res facta eſſet furtiua, nihil prodeſſet emptori bona fides: *l. vbi lex* 24. *De vſucap.*

Nec poſſum videre quonam colore vir doctiſſimus ad hanc obiectionem diluendam reſpondeat, loqui eam legem de malæ fidei emptore, non quaſi ſit permittenda, inquit, bonæ fidei emptori cui ſeruus vendiderit rem peculiarem ignorante domino, ſed vt intelligatur malæ fidei emptorem furti teneri, bonæ fidei emptorem non teneri. Etſi enim de furti actione agitur *in fine legis*, tamen negari non poteſt, quin de vſucapione & longi temporis poſſeſſione accipi debeant verba illa præcedentia, *neque conditionem eorum ſeruilem ſcientibus emptoribus poſſeſſionis iuſtum adferunt initium*, non etiam de actione furti, de qua ſeparatim agi incipit in poſtrema illa clauſula, *Ideóque res mobiles ementes à ſeruo, etiam furti actione tenentur.* Quòd ſi emptor bonæ fidei non tenetur furti, quod & Cuiacius fatetur; Ergo non fit res furtiua tùm cùm ab eo emitur, At neque cum eam ſeruus vendit, ſi neque animum, neque conſilium furandi habuerit, vt probauimus. Ergo numquam eſt furtiua, nec proinde quicquam eſt quod eius vſucapioné impedire poſſit.

Sed & cùm de rei peculiaris vſucapione tractamus, non puto diſtinguendum eſſe an agamus de re quę ideò ſit peculiaris, quòd verè ſit patris, vel domini; an de re, quæ ſit aliena, quamuis per ſeruum peculiarem empta, ſiue bona, ſiue mala fide Generalis enim ratio eſt, quæ rei peculiaris vſucapiendæ ius tribuit bonæ fidei emptori, tum etiam cùm ignorante patre, vel domino facta venditio eſt, & eo filiofamilias, vel ſeruo qui liberam peculij adminiſtrationem non habuit. Nam ſi patris, vel domini ſcientia interueniſſet in venditione rei quæ dominica fuiſſet, vt loquitur *d. l. ſi liberam*, vel quæ patris non eſſet, quod vſucapione tractari poſſet, quia per alienationem etiam à filio vel à ſeruo factam dominium tranſlatum reperiretur, emptor verò rem quæ iam facta ſua eſſet vſucapere amplius nõ poſſet, *l. in bello* 12. §. *ſi quis ſeruum, verſ. nam occurrit. D. de captiu. & poſtli.* At cùm patris, aut domini voluntas non interuenit, licèt ea res diſtracta ſit quæ peculiaris verè fuit, id eſt, vel domini, vel patris, non aliena, dominium tamen transferri non potuit ſi non liberam habuerit filius, vel ſeruus peculij adminiſtrationem, quantomuis emptor bonæ fidei proponatur, ideóque de vſucapione tractandum neceſſariò eſt, vt dominium emptori acquiratur. Denique etiamſi Cuiacij ſententiam probare poſſem tamen legere mallem *id ſciente*, pro *inſciente*, quàm mihi perſuadere *inſcientem* dixiſſe Alfenum, pro *ſciente*, potiùs quàm Paulum in *d. l. penult. De capt. & poſtlim.* vbi apertiſſimè *inſcientes* dixit ille pro *ignorantibus*.

Sequitur apud Paulum in *d. l. penult. Et eo modo etiam hæreditas, nondum nato poſthumo, aut nondum adita augeri per ſeruum hæreditarium ſolet.* Senſus eſt, non eo tantùm caſu quo quis apud hoſtes ſit, aut in ciuitate quidem, ſed ignorans filijfamilias, aut ſerui peculium tractantis negotiationem, augeri patrimonium ignorantis per vſucapionem, cui cauſam det poſſeſſio per filiũfamilias, aut ſeruum etiam ignoranti quęſita; Sed tunc etiam cùm ſeruus hæreditarius aliquid acquiſiit iacente hæreditate. Etſi enim hæreditas perſonam nullam habet, adeóque nec poſſeſſionem, quia poſſeſſio facti, hæreditas verò iuris eſt: *l.* 2. §. *Scæuola, D. ſi is qui teſtam. lib. eſſ. iuſſ.* ob idque ſcienti comparari hæreditas non poteſt, ſed ignoranti. Placet tamen vacuum tempus quod ſiue ante, ſiue poſt hæreditatem interceſſerit, hæredi procedere ad vſucapionem, *l. numquam* 31. §. *penult. D. de vſucap.* atque ita non eam tantùm poſſeſſionem hæredi prodeſſe quę teſtatoris fuerit. & eius morti iuncta, ſed eam quoque quę nũquam fuerit teſtatoris: *l. Pompon.* 13. §. *non autem, D. de acquir. poſſ.* Adeò vt etiam vlteriori hæredi, hoc eſt qui in remotiore gradu ſit, pluribus ſcilicet hæredum non modò perſonis, ſed etiam

l. pen. D. de capt. & poſtlim.
d. l. penult.

gradibus

Digitized by Google

gradibus inductis, poſſeſſio defuncti proſit, quamuis medius hæres poſſeſſionem, quam defunctus habuit, nactus non ſit, *l. 2, §. etiam hæredi 18. D. pro emptor.* Neque rurſum eo duntaxat caſu hoc obtinet quo vſucapere defunctus cœperat, ſed etſi de vſucapione inchoāda tractetur, quod euenit ſeruo hæreditario aliquid comparante, *d. l. iuſto errore 44 §. nondum adita, D. de vſucap.* vbi tamen Papinianus monet, ſingulari iure hæc eſſe recepta, id eſt contra vulgatem iuris regulam, ſecundum quam ſine poſſeſſione vſucapio procedere nulla poteſt: *d. l. ſine poſſeſſione 25. eo.* non magis quam hæreditas ipſa, quæ perſonam (vt diximus) nullam habet, poſſidere.

Ad eam verò iuris regulam videtur idem Papinianus reſpexiſſe in *§. 1. l. ſeq.* quæ in vulgaris editionibus eſt *l. vlt. tit. De vſucap.* vbi ait ille, ſi poſt mortem domini ſeruus hæreditarius peculij nomine rem tenere cœperit, vſucapionis primordium ex aditæ hæreditatis tempore computandum eſſe. Quemadmodum etenim vſucapietur, inquit, quod antè defunctus non poſſederat? Ratio vt appatet meri verique iuris eſt, & ad quam nihil ſane eſt, quod reſpondere poſſimus, niſi ex eodem Papiniano in *d. §. nondum adita.* Ita quidem eſſe ſi iuris ſubtilitatem inſpicias, ſed contra receptum eſſe iure ſingulari. In his autem quæ iure ſingulari, hoc eſt contra iuris rationem recepta ſunt, non poſſe nos ſequi regulam iuris, *l. in his 15. & l. ſeq. D. de legib.*

Nec alius poteſt ſenſus eſſe Pauli in *d. l. pen.* cùm ait hæreditatem nondum aditam per ſeruum hæreditarium augeri ſolere, & quidem eo ipſo modo, quo dixerat captiui patrimonium per ſeruum qui in ciuitate manſiſſet augeri poſſe, id eſt per vſucapionem. Sicut enim verbo illo *ſolet*, non tam id quod iuris ſit, quam quod receptum eſt ſignificare Iureconſulti ſolent, ita fatendum eſt non aliter auctam dici poſſe hæreditatem per ſeruum hæreditarium, quàm ſi is rem aliquam poſt mortem defuncti comparaſſe proponatur. Alioqui ſi proponas fuiſſe rem à defuncto comparatam, aut à ſeruo quidem, ſed eo tempore quo dominus adhuc viuebat, non video quomodo poſſit videri aucta hæreditas per ſeruum hæreditarium; quamuis ponas toto illo tempore quo iacuit hæreditas, ſeruum hunc hæreditarium rem iſtam quaſi peculiarem tenuiſſe. Nam etſi hæreditarius ſeruus nullus fuiſſet, non eo minus tamen vſucapio quæ viuo teſtatore cœpta fuiſſet, iacente hæreditate proceſſiſſet: *d. l. nondum, & d. l. numquam 31. §. penult.* vbi hanc ob cauſam vacuum tempus appellat Paulus, in quo rem, quæ vſucapitur, nemo poſſederit. Nec perſona ſerui hæreditarij computari vllo modo poteſt, ſiue quantum ad cauſam poſſeſſionis, ſiue quantum ad cauſam vſucapionis, quia non magis poſſidere ille poteſt quàm vſucapere, ſed quantum ad id duntaxat, vt emat, vel aliter contrahat, quo vno reſpectu proculdubio auget hæreditatem, ſi forte vel à domino emerit, atque ita dominium hæreditati ſtatim adquiſiuerit, *l. in eo 33. §. vl. cum l. ſeq. D. de acquir. rer. domin.* vel vſucapiendi materiam & occaſionem hæreditati attulerit, comparando ab eo qui dominus non fuit.

d. l. numquam 31. §. pen. eo. tit.

Notandum autem eſt quòd iungit Paulus duos illos caſus tanquam ſimiles: De poſthumo nondum nato, & de nondum adita hæreditate: quia ſi alius filius quam poſthumus patris hæres proponeretur, dum ne emancipatus eſſet, de ſeruo hæreditario tractari nihil poſſet; ſiquidem hæreditarium ſeruum appellamus, qui ſit iacentis hæreditatis; Non iacet autem hæreditas, imo nec vlla eſt eius qui habet ſuum hæredem: *l. in ſuis 11. D. de liber. & poſt. l. in ſuis 14. D. de ſuis & legit.*

Quid inquies, An non poſthumus quoque ſuus hæres eſt, ſicut & qui naſcitur in poteſtate, ob idque non minus quàm cæteri ſui hæredes inſtitui omnino debet, vel exhæredari, ne alioqui præteritus rumpat teſtamentum: *l. ſi poſthumus 14. l. Gallus 29 per tot. & l. ſeq. D. de liber. & poſth. l. 1. 3 & paſſ. D. de iniuſt. rup.* Reſpondeo, immo verò poſthumum non eſſe ſuum hæredem antequam naſcatur, quia qui nondum eſt dici non poteſt in morientis eſſe poteſtate, *l. fin D. de collat.* & ideò ipſius præteritione non eſſe nullum teſtamentum, quomodo nullum eſſet præteritione filij iam nati, ſed rumpi tanquam agnatione ſui hæredis, propterea quod poſthumus ex quo natus eſt, loco eius eſſe intelligitur, qui iam mortis tempore ſuperſtes fuerit: *l. ſi primo 8. De liber. & poſthum.* ac proinde fatendum eſt dum poſthumi natiuitas expectatur, quia poteſt non naſci, aliquam eſſe hæreditatem, & conſequenter ſeruos eſſe hæreditarios omnes illos, qui mortis tempore ſerui fuerint defuncti patris. Neque tamen eo magis verum erit, aditione aliqua opus fore poſthumo ad acquirendam patris hæreditatem: Naſcendo enim fiet ſuus hæres, non quia poſſit eo tempore dici in poteſtate patris iam mortui, quamuis inter cætera, vel hoc vnum maxime neceſſarium ſit ad inducendum ius & nomen ſui hæredis: *l. ſcripto 7. D. vnd. lib.* ſed quia ſi moriente, & conſequenter adhuc viuo patre natus fuiſſet, in poteſtate, & ſuum hæredem illum naſci contigiſſet: *§ poſthumo 26. Inſtit. de legat.* Itaque ſtatim atque naſcitur, & ipſo iure hæres eſt, & ob id dicitur rumpere ſuccedendo, & ſuccedere rumpendo, nec proinde vlla indiget hæreditatis aditione. Eſtque hic vnicus & valde ſingularis caſus, in quo pater filium non emancipatum habeat hæredem, ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato; nec tamen hæreditarius ſeruus dici prohibeatur is, qui fuerit ſeruus patris.

L. ſcripto 7. vnd. liber. § poſthumo 26 de legat.

Quamquam non nego idem poſſe contingere, ſi ponas filium iam natum eundémque ſuum hæredem teſtamento paterno inſtitutum eſſe ſub promiſcua, & (vt vocant) poteſtatiua conditione. Nam & hoc caſu conditio ſub qua filius inſtitutus eſt, impedit ne interim ius ſui hæredis filium hæredem facere poſſit non modò inuitum, aut ignorantem, ſed nec ſi velit quouſque conditionem impleuerit: Ac proinde hæreditatem aliquam interim eſſe neceſſe eſt, & hæreditarios ſeruos, ſi quos pater proprios habuerit; nec eo magis tamen neceſſaria filio futura eſt aditio, ſed ſufficiet impletam ab eo conditionem vt ipſo iure hæres reperiatur, & neceſſarius; *l. conditionibus 5. D. de condit. & demonſtr. iunct. l. 4. D. de hæred. inſtit.*

Si quis tamen pro Labeone quem Paulus in *d. l. pen.* reprehendit contra Paulum diſputare vellet, poſſet fortaſſis dicere minus bonam eſſe comparationem illius caſus, quo ſeruus tuus dum in hoſtium poteſtate eſſes, aliquid peculij nomine tenuerit; Et illius, quo idem ſeruus tuus dum in ciuitate eſſes, etiam peculij iure quid poſſederit quamuis te ignorante. Eſt enim multò facilius, vt per ſeruum ignoranti domino qui in ciuitate eſt procedat vſucapio rei peculiaris, quàm vt ei qui apud hoſtes

d. l. pen. D. de capt. & poſtl.

eſt. Siquidem priore caſu, non deeſt perſona, quæ & poſſidere per ſeruum, & vſucapere poſſit: Poſteriore verò, perſona nulla eſt, cùm is qui apud hoſtes eſt, reuera ſeruus eorum ſit, ob idque pro mortuo habeatur; circa perſonam autem eius qui mortuus ſit, nihil fingi poſſe videatur.

Idémque tractari poteſt de alio etiam caſu quem Paulus ſimilem eſſe ſubiungit, hoc eſt, ſi ſeruus hæreditarius aliquid acquiſierit poſthumo nondum nato, aut nondum adita hæreditate. Nam nec tunc perſona vlla eſt quæ poſſidere & vſucapere per ſeruũ hæreditarium poſſit, cùm neque ſerui perſona computari poſſit qui nullus eſt, omninóque incapax acquiſitionis, neque priſtini domini quem ponimus defunctum fuiſſe, neque futuri hæredis, cuius nimirum priuſquàm hæres factus ſit, ratio haberi nulla poteſt.

Atqui, inquies, non negaret Labeo, quod cæteri Iureconſulti iam olim receptum fuiſſe teſtantur, nondum aditæ hæreditatis tempus vſucapioni datum eſſe, ſiue ſeruus hæreditarius aliquid comparat, ſiue defunctus iam vſucapere cœperat. Immo verò, inquam, illo ſaltem caſu quo hæreditarius ſeruus aliquid comparaſſet, negare poſſet Labeo cum Papin. in *d.l.45. §.1.de vſuc.* vſucapionis primordium vllum eſſe ante tempus aditæ hæreditatis. Et quamuis fateretur cum eodem Papiniano in *d.l.iuſto 44.§. nondum adita, eod.tit.* iure ſingulari tandem id receptum eſſe, vt eo quoque caſu nondum aditæ hæreditatis tempus vſucapioni detur; Poſſet tamen reſpondere, id quod ſingulari iure ac contra regulas communes receptum eſt, non debere trahi ad conſequentias: *l.quod verò 14. De legib.* id eſt argumentum ex eo ſumi nullum oportere: vt ab Africano non diſſimiliter reſponſum eſſe legimus in *l.qui negotia 34. D.mandat.*

L.qui negotia 34. D. mandat. d.l. iuſto 44. § vltim. De vſucap.

Verùm ne Labeoni ſuprà quàm par ſit, fauere videamur, admittamus quod res eſt, Papinianum in ea ſpecie quæ Labeonem & Paulum diſſentientes habuit, pro Paulo contra Labeonem ſenſiſſe. Nam in *§.vlt.d.l.iuſto*, apertè ſcribit quod iam ſuprà diximus, ſi cùm apud hoſtes dominus, aut pater ageret, ſeruus aut filius aliquid emerit, & ex cauſa peculij poſſederit, vſucapionem inchoari, nec impedimento eſſe domini captiuitatem, vel patris; cuius ſcilicet ſcientia in ciuitate non eſſet neceſſaria. Quæ ratio oſtendit non ſingulari aliquo iure hoc fieri, ſed poſtliminij iure communi, quamquam ipſum quoque poſtliminij ius ſingulare dici poteſt, ſi cum eo conferatur quod nulla poſtliminij fictione inducta obtineret. Itaque facilius eſſe Papinianus credidit, vt per ſeruum captiui quandocunque reuerſi poſſet procedere vſucapio, quàm vt per ſeruum hæreditarium ante aditam hæreditatem. Cur ita? Quia poſtliminij fictio, ſicuti captiuitatis delet memoriam, ita efficit vt non poſſit videri cœpiſſe, & impleta fuiſſe vſucapio ſine perſona; nihilque aliud ſupereſt quod poſſit obiici, cur non potuerit vſucapio inchoari & compleri durante patris, vel domini captiuitate, niſi quòd abſurdum videatur, ignorantem & poſſediſſe intelligi, & vſucepiſſe. Hoc verò abſurdum eſſe negat Papinianus, & optima & euidenti ratione; quia etiamſi pater, vel dominus in ciuitate manſiſſet, ſcientia eius ad inchoandam complendámque vſucapionem neceſſaria non fuiſſet. At cùm agimus de vſucapione rei, quam ſeruus hæreditarius emerit & tenuerit, licèt ex cauſa peculiari, non illa tantùm ratio obſtare vſucapioni videtur, quòd nullius ſcientia interueniat quæ regulariter neceſſaria eſt, & ad poſſidendum, & ad vſucapiendum. Sed illa etiam & potiſſimùm, quòd neque perſona vlla ſit hoc caſu, quæ vel ignorans poſſediſſe & vſucepiſſe dici poſſit. Perſonam autem aliquam eſſe oportet priuſquàm de poſſeſſione, & vſucapione tractari poſſe videatur. Ea namque vis eſt ratiocinationis illius Papinianeæ in *d.l.45.§. vlt quemadmodum etenim vſucapietur, quod antè defunctus non poſſederat?* Ne ſcilicet de iuris ratione, priùs quàm de perſona quæratur, *l.quidam referunt 14. verſ.vt non ante, D.de iur.codicill.l.5.in prin. D.vt legat.ſeu fideic.ſeruand.cauſ.caueat.*

Quod cùm ita ſit, non abs re quis miretur, quonam colore illud tandem receptum ſit: vt eo quoque caſu quo ſeruus hæreditarius aliquid comparat, vſucapio perinde procedat, ac ſi aliqua perſona eſſet. Quamuis enim ratio iuris quærenda non ſit in his quæ iure ſingulari recepta ſunt, & cõtra regulam iuris, *l.in his 15.D.de legib.* numquam tamen deeſt color aliquis, propter quem debuerit induci ius illud ſingulare. Color autem in propoſito ſubeſſe is videtur, quòd quẽadmodum durante patris, vel domini captiuitate, perſona quæ reuera nulla eſt ad poſſidendum, & vſucapiendum, ſperatur tamen ex beneficio poſtliminij, de quo vtique lex ſemper bene ſperat, cùm eam ſpem in populi Romani virtute bellica videat collatam, *d.l. in bello. 12. in prin. De capt.& poſtlim.* Ita & iacente hæreditate ſperatur perſona hæredis, quandoquidem ſola ſpes habendi hæredis ius & fictionem hæreditatis non ſolùm inducit, ſed etiam conſeruat; adeò vt ſi quando hæres aut bonorum poſſeſſor, qui aliquis ſperabatur, ſperari vllus deſinat, hæreditas quoque deſinat eſſe hæreditas, & fiant bona vacantia: *l.vlt. D.de ſucceſſ. edict.* Nec alia inter hos caſus differentia eſt, niſi quòd per reditum eius qui fuit apud hoſtes non inducitur noua perſona, ſed illa ipſa quæ fuerat ante captiuitatem, & quæ ſemper in ciuitate manſiſſe intelligitur: Per aditionem verò hæreditatis inducitur noua perſona hæredis, quæ antea non erat. Cæterùm ſicut fictio poſtliminij delet memoriam captiuitatis, ita & retrofictio quæ facit vt hæres quandocunque adeundo retrofingatur adiiſſe ex die mortis: *l.hæres quandocunque 49.D. de acq.hæred.* tollit omnem memoriam iacentis hæreditatis, ita vt nec vlla hæreditas vnquam fuiſſe videatur, ſed coniungatur cum inſtanti mortis teſtatoris, inſtans aditionis hæredis.

Illud ſanè multò faciliùs recipi potuit, vt per ſeruum, aut filiumfamilias dominus vel pater etiam ignorans vſucapere ex cauſa peculij poſſet, quoniam eo caſu ſola domini vel patris ignorantia poteſt facere dubitationem, non etiam defectus perſonæ, quæ adeſt reuera, ita vt nec vlla in eam rem opus ſit fictione. At in cæteris omnibus caſibus de quibus diximus, perſona nulla eſt, niſi quæ vel per hanc vel per illam fictionem inducatur. Idque eſt quod videtur Labeonem decepiſſe, vt licèt non ignorauerit ius quod erat iam receptum in permittenda rerum peculiarium ignorantibus dominis vel patribus vſucapione, non ideo tamen videre potuerit, qua ratione eo exemplo permittendum eſſet, vt qui apud hoſtes eſſet, quantumuis poſtea reuerſus, vſucapere interim per filiumfamilias aut ſeruum poſſet. Debuit autem animaduertere in his quæ iuris ſunt, cuiuſmodi eſt vſucapio,

parum

parum referre an perſona aliqua ſit reuera, an per fictionem iuris inducatur. Itemque quod iam ſuprà monuimus in iis, quæ iure ſingulari recepta ſunt, non poſſe nos ſequi regulam iuris. Quanquam & illud pro tuendo Labeone tentari poteſt, nondum eius temporibus receptum fortaſſis fuiſſe, quod Papiniani & Pauli ætate multò poſteriore receptum fuit iure ſingulari, circa rerum peculiarium vſucapionem ignorantibus quoque patribus vel dominis permittendam: Quæ enim contra rationem ſingulari aliquo iure recipiuntur, ea non ſtatim admittuntur, ſed paulatim iuualeſcunt, vt loquitur Vlp. in *l. quæſitum* 12. *§. ſed ſi fundus* 27. *D. de inſtruct. vel inſtrum. legat.* Porro ſi tollas iuris huius ſingularis authoritatem, dubitandum non eſt quin iuris communis ratio faciat pro ſententia Labeonis. Sed iſta ad Labeonem, Papinianum & Paulum adnotaſſe ſufficiat.

ILLATIO XXVII.

De poſtliminio ſerui iam recepti intra fines Romani Imperij.

Vigeſimo ſeptimò ex eodem Principio infertur, quod Labeo dicebat, ſi id quod noſtrum hoſtes ceperunt, eius generis eſt, vt poſtliminio redire poſſit; ſimul atque ad nos redeundi cauſa profugit ab hoſtibus, & intra fines imperij noſtri eſſe cœpit, poſtliminio eum rediiſſe intelligi. Vt enim poſtliminium inducatur, ſufficit eum qui ab hoſtibus captus fuerat, eorum poteſtatem euaſiſſe, & ex noſtris eſſe cœpiſſe, ita vt ab hoſtibus recuperari probabiliter non poſſit. Quod euenit ſtatim atque intra fines imperij noſtri receptus eſt. Sed tamen & hoc quoque caſu Paulus ſolito ſuo contradicendi ſtudio ad Labeonem notat in *l.vlt. eod. tit. De capt. & poſtlim.* poſſe hanc Labeonis ſententiam aliquando falſam eſſe; Nempe ſi cùm ſeruus noſtri ciuis ab hoſtibus captus inde aufugit, apud noſtra ſit, vt neque in domini ſui ſit poteſtate, neque vllidum ſeruiat. Quamuis enim non ſolùm intra fines Imperij noſtri ſe receperit: ſed etiam quod magis eſt in ipſa vrbe Roma ſit, nondum tamen poſtliminio rediiſſe creditur, quia ſcilicet poſtliminium habere non poteſt ex propria perſona, qui ipſe nunquam in ciuitate fuit, nec caput habuit. Itaque neceſſe eſt vt poſtliminium habeat vel ex domini ſui, vel exalterius ciuis perſona: Ex domini autem perſona non poteſt habere, quandiu ſe domino ſubtrahit, nec in eius poteſtatem redit: Ex alterius vero perſona, multò minùs, ſi nemini ſeruiat. Si enim alicui ſeruiret, quamuis non domino, ſiue bona, ſiue mala fide, ex illius ſaltem perſona poſtliminio rediiſſe intelligendus eſſet; vel ob hoc ipſum, vt eum vindicare, alitérve repetendi eius nomine agere dominus poſſet.

Poſtliminium ſerui difficiliùs inducitur Et quare.

ILLATIO XXVIII.

De illo, qui cùm pro emptore poſſideret & vſucaperet, captus fuit ab hoſtibus.

Vigeſimooctauò ex hoc eodem Principio, iunctis iis quæ ſcripſimus *illat. 16. ad fin. l. pen. eod. tit. De captiu. & poſtlim.* pendet explicatio diſſenſionis quam inter Iulianum & Marcellum fuiſſe refert Paulus in *l. ſi quis pro emptore* 15. *D. de vſucap.* Quæſtio erat de illo, qui cùm pro emptore poſſideret ante vſucapionem completam captus fuerat ab hoſtibus, An nimirum hæredibus eius procederet vſucapio. Nam quod ad ipſum pertinet, res non habet dubitationem quin vſucapio interrumpatur, adeóque ira vt ſuperueniente poſtliminio non reſtituatur: quia vt ſæpius iam diximus, nulla eſſe poteſt vſucapio ſine poſſeſſione, poſſeſſio autem plurimum facti habet; cauſa verò facti, non continetur poſtliminio; quemadmodum ratiocinatur Papinianus in *l. denique* 19. *D. ex quib. cauſ. maior.* Hoc verò admiſſo, quod inter Prudentes dubium nunquam fuit, abſurdum videtur, vſucapionem, quæ captiuo ipſi ab hoſtibus reuerſo non proſit, hæredi eius prodeſſe. Ita enim fieret vt plus iuris haberet hæres quàm habuiſſet, aut habiturus fuiſſet ille, in cuius iura ſucceſſiſſet: contra *l. nemo plus commodi* 220. *l. aliud eſt* 160. *§. abſurdum eſt, De regul. iur.*

L. denique 19. D. ex qu. cauſ. maior.

Sed tamen non eadem hac in re defuncti & hæredis ratio eſſe poteſt, fatendúmque eſt plus iuris hæredem hunc habere quàm defunctus fuerat habiturus: Propter illam diuerſitatis rationem, quæ partim à Paulo exprimitur, partim ſupplenda eſt, quòd cùm de illo ipſo agimus qui ab hoſtibus captus fuit, verum eſt eum in ſua vita deſiiſſe poſſidere; ex inſtanti ſcilicet captiuitatis, quia exinde non potuit ipſe quicquam poſſidere, qui ab alio poſſidebatur: *l. cùm hæredes* 23. *§. 1. D. de acquir. poſſ.* vbi hanc ob cauſam Iauolenus ſcribit ei reuerſo noua poſſeſſione opus eſſe, etiamſi nemo medio tempore res ipſius poſſederit, ac proinde poſtliminium ei non prodeſſe, quod ad hoc, vt vſucepiſſe videatur. At cùm captiuus apud hoſtes defunctus eſt, quomodo defunctum ponimus eum de cuius hærede diſputamus, (nec enim viuentis quantumlibet captiui hæres vllus eſſe poteſt, *l. nec nos* 4. *C. de captiu. & poſtlim.*) non poteſt videri captiuus deſiiſſe in ſua vita poſſidere, propter fictionem nimirum legis Corneliæ, per quam fit vt tempora captiuitatis ex die quo quis captus eſt iungantur morti, vt loquitur Papinianus in *l. iuſto* 44. *§. vlt. in fi. De vſucap.* id eſt vt ex quo inſtanti captiuitas contigit, retrofingatur is qui captus eſt deceſſiſſe, vt eadem retrofictione poſſit videri deceſſiſſe ciuis Romanus, qui capitur, non qui iam captiuus, ſed qui adhuc ciuis eſt: Atqui à tempore mortis ſi ponamus aliquem in ciuitate fuiſſe ſuum hæredem, dubitandum non eſt quin licèt poſſeſſio defuncti nō cōtinuetur in hęredé, ne quidé adita hæreditate, quouſque corporalis poſſeſſio apprehenſa ſit, *d. l. cùm heredes, in pr.* eâ tamen quandocunque apprehensâ, procedat hæredi poſſeſſio teſtatoris ad vſucapionem, dummodo res medio tempore à nullo poſſeſſa ſit: *l. poſſeſſio* 20. *de vſucap.* non ſolùm ſi hæres eam poſſidere

poſſidere aliquando cœperit, ſed etſi numquam eũ poſſederit;, dum nec alius etiam vllus poſſeſſionem eius prior appreheoderit: *l. qui cum pro herede 6.§.vlt.D.pro emptor.* Nam ſi non poſſederit illum hæres priùs, ſed alius, teſtatoris poſſeſſio ei accedere non poteſt, non magis quàm emptori poſſeſſio venditoris interpoſita media alterius poſſeſſione: Meritóque exploſa eorum ſententia eſt, qui putabant aliud in hærede quàm in emptore probandum eſſe: quia tameſi vt illi diecbant plenius ſit ius ſucceſſionis, quam emptionis, in propoſito tamen caſu medium inhabile poſſeſſionis tertij impedit couiunctionem extremorum, hoc eſt poſſeſſionis defuncti cum poſſeſſione hæredis, vt Vlpianus ſubtiliter diſputat in *l. Pomponius 13. §. quæſitum, De acquir. poſſ.*

Si verò ponamus captiui, de quo agimus, ſoum hæredem in ciuitate nullum fuiſſe, ſed extraneum, qui nequeat citta aditionem hæres eſſe, inducetur per legem hæreditas ſtatim ex ipſo inſtanti mortis; inducta verò incipiet perſonæ vicem ſuſtinere, non quidem quantum ad cauſam poſſeſſionis, quæ vt diximus facti eſt, *l. 1. §. Scæuola, D.ſi is qui teſtam.lib.eſſ.iuſſ.* ſed quantum ad hoc vt expectari poſſit hæres, quo poſtea hæreditatem quandocunque adeunte, ac poſſeſſionem rerum hæreditariarum à nemine interim occupatam adprehendente, poſſeſſio quæ fuerat defuncti poſſit iungi cum poſſeſſione hæredis, toto intermedio tempore conſequenter ad vſucapionem computato, quod nec intermedium fuiſſe vllum intelligitur. Immo & ſola ſpes futuri hæredis ſufficit vt ante aditam quoque hæreditatem vſucapio impleri poſſit, dummodo per intermediam alterius poſſeſſionem non interrumpatur: *d.l.qui cum6.§.vlt.pro emptor.* Itaque nõ quæ ratio impedire poterat ne captiuo ipſi procederet vſucapio, ſi ab hoſtibus rediiſſet, eadem hæredi nocebit captiuo apud hoſtes defuncto. Et hoc quoque nullam videtur inter Iureconſultos diſſenſionem habuiſſe. Nihil enim vnquam interfuit, an hæreditas vel ciuis Romani per legem duodecim tabularum, vel captiui per legem Corneliam induceretur.

Diſſenſio Iuliani à Marcello.

Sed quod Paulus ſubiicit de captiui ſeruo, qui aliquid emerit in ciuitate, diſſentientes habuit Iulianũ & Marcellum. Nã Iulianus diſtinguebat fictionẽ poſtliminij à legis Corneliæ fictione. Domino reuerſo dicebat intelligi vſucaptum, quod ſeruus emiſſet, ac tenuiſſet. Domino autem non reuerſo, ſed apud hoſtes defuncto, fatebatur poſſe dubitari an per legẽ Corneliã ad ſucceſſores eius pertinere poſſet; atque ita procliuior in id erat, vt non putaret pertinere. At Marcellus contendebat, immo verò fictionem legis Corneliæ plenius accipi poſſe quàm fictionem poſtliminij. Quemadmodum enim poſtliminio reuerſus, inquit, plus iuris habebit in his quæ ſerui egerunt, quàm in his quæ per ſe, vel per ſeruum poſſidebat cùm ad hoſtes peruenit? Atqui in iis quæ ipſe per ſe vel per ſeruum poſſidebat, certum eſt interpellatam fuiſſe vſucapionem per captiuitatem vt diximus *initio huius illationis*: Ergo & multò magis dicendum eſt non poſſe vſucaptum intelligi, quod durante patris vel domini captiuitate ſeruus vel filius emerit. Scilicet non ex cauſa peculij, ſecundum eam Papiniani diſtinctionem, de qua ſupra diximus ex *l. iuſto 44. §. vlt. eo. tit.* Alioqui Marcellus non tantum cum Iuliano, ſed etiam cum Papiniano pugnaret. Ratio autem Marcelli eadem fuit quæ Papiniani, quod hoc caſu perſona nulla ſit quæ poſſit videri vnquam poſſediſſe: Non ſerui, qui vtique non magis capax eſt poſſidendi quàm ſibi acquirendi, cùm poſſidere nihil aliud ſit, quam ſibi & animo domini habere, vt Theophilus *in Inſtitutionibus* definit: Non domini, vel etiam etiam patris, quia nihil poſſidere poteſt qui ipſe ab alio poſſidetur, *dict.l cum heredes 23.§.1.De acquir. poſſeſſ.* Porro prius eſt, vt quod dicitur vſucaptum, fuerit poſſeſſum ab aliqua perſona, cùm non magis poſſit vſucapio eſſe ſine poſſeſſione, quam poſſeſſio ſine perſona poſſidentis, quomodo vi ipſa ratiocinatur Papinianus in *d.§. vlt.* Eſtque tam aperta hæc ratio, vt nec probabile ſit contra putaſſe Iulianum, ſed potiùs cùm de vſucapione tractauit eius rei, quæ per captiui ſeruum vel filium quæſita ſit in ciuitate, de illa re ſenſiſſe, quæ fuerit empta, vel aliter acquiſita ex cauſa peculiari. De qua etiam ſenſerunt cæteri Iureconſulti quoties dixerunt, eos qui in captiui poteſtate fuerunt, vſu adquirere rem poſſe; vt in *l. ait Prætor 23 §.hi planè, D.ex quib.cauſ.maior.* Nec nouum eſt in Marcelli ad Iulianum, & Pauli ad Papinianum & Labeonem notis obſeruare, quanto illi ſtudio contradicendi reprehenderint tanquam aliquo caſu falſa, quæ Iulianus, Labeo & Papinianus præcipui Iuriſprudentiæ noſtræ coriphæi alio ſenſu dixerant, & vt ad alios caſus accommodarentur.

L. ait prætor 23 § hi planè D. quib.ex cauſ.maior.

Sed pergamus Marcelli notam explicare. Iam probauit fictionem poſtliminij facere nõ poſſe, vt quod captiui ſeruus emit, ex cauſa videlicet non peculiari, reuerſo domino vſucaptum intelligatur: quia vt diximus, perſona nulla eſt, quæ durante captiuitate poſſit videri poſſediſſe, & vſucepiſſe. Supereſt probandum, quod Iulianus, quamuis dubitando, negabat, plenius accipi poſſe legis Corneliæ fictionem, ſi forte dominus hic, cuius ſeruus emerat, dum eſſet dominus in captiuitate conſtitutus, apud hoſtes deceſſerit. Hoc verò Marcellus probat ea ratione, quòd receptum ſit hæreditatem in quibuſdam vice perſonæ fungi; vt nimirum inferat, illud quoque multò facilius recipi poſſe, vt iacente hæreditate vſucapio non tantùm compleatur, quæ iam inde viuo defuncto fuerat inchoata, ſed etiam inchoëtur, quã vt durante domini vel patris captiuitate.

Nam ſi quis pro Iuliano contra Marcellum replicet, Hæreditatem non in omnibus vice perſonæ fungi, in iis ſcilicet quæ facti magis quam iuris ſunt, cuiuſmodi eſt poſſeſſio, ex *d.l.1.§.Scæuola, D.ſi is qui teſta. lib. eſſ. iuſſ.* iunct. *d.l.denique 19.D.ex quib.cauſ.maior.* Duplicabimus pro Macello, Hanc rationem facere duntaxat, vt non poſſit dici in propoſita ſpecie, inchoari vſucapionem ipſo iure cum iacet hæreditas, quod & Papinianus quoque ſenſit ſolam merámque iuris rationem ſecutus, in *l.præſcriptio 45.§.1.eod.tit. De vſucap.* At non etiam vt iure ſingulari non idem recipi debuerit, quomodo receptum eſſe fatetur idem Papinianus in *d.l.iuſto §.nondum*: cùm tamen non ſimiliter iure ſingulari etiam illud recipi potuerit, vt durante domini captiuitate poſſet procedere vſucapio eius rei, quã ſeruus vel filiusfamilias ex cauſa non peculiari tenuiſſet: Nempe quia minùs receditur à iuris ratione, cùm permittitur vſucapio fauore hæreditatis, quæ vicem perſonæ in quibuſdam gerit, quam ſi permittatur fauore captiui, qui captiuitatis tempore neque perſonã vllam habere, neque habuiſſe vnquam intelligitur, ſcilicet ſi agatur de re non peculiari. Nam in re peculiari

meliorem

Digitized by Google

meliorem eſſe captiui quàm hæteditatis conditionem, diximus *præcedente illatione*, ex eodem Papiniano in *d. l. iuſto §. vlt.* iuoct. *l. ſequ.* § 1. Et diſſimilitudinis ratio illa adferri poteſt, quod vſucapio rei peculiaris minùs exigete videtur, perſonam aliquam domini, cuius nec exigit ſcientiam: niſi probabilius quis putet, quod facilè admitterem, Marcellum in hoc ipſo, quod fauorabiliorem eſſe vult cauſam hæreditatis quam captiui, non ſolùm à Iuliano, ſed etiam à Papiniano, apud quem Iuliani autoritas plurimùm ſemper valuit, diſſenſiſſe.

Marcellus emendatus.

Illud ſanè cettum eſt, in poſtremis illis Marcelli verbis, *idéoque in ſucceſſoribus locum non habere vſucapionem*, abundare negationem, quæ & ob eam cauſam notis interclusa eſt, vt ſolent eſſe cæteræ irreptitiæ dictiones: quod etiam Cuiacius bene docuit; quia Marcelli ſententia proculdubio illa eſt, vt in ſucceſſoribus illius qui apud hoſtes deceſſit, locum habeat vſucapio eius rei, quam captiui ſeruus pendente poſtliminij iure comparauerit. In quo tamen conſtituenda differentia eſt inter ſeruum & filiumfamilias comparantem. Nam in ſeruo procedit ſententia Marcelli, in filiofamilias verò quod Papinianus contrarium ſcribere videtur in *d. §. vlt. l. iuſto*, Si filius qui patrem captiuum habebat, interim aliquid emerit in captiuitate, & ibi pater poſtea deceſſerit, filium poſſe dici & poſſediſſe & vſucepiſſe, non aliis ſucceſſoribus patris, ſi fortè fuerat ille in paterno teſtamento ante captiuitatem facto exhæredatus, aut ex parte tantùm inſtitutus, ſed ſibi ipſi, quia captiuitatis tempora, ex quo die pater captus eſſet, morti iungerentur, atque ita poſt mortem patris facta per filium emptio videretur, & conſequenter eo tempore quo filius iam paterfamilias, ac proinde acquiſitionis capax intelligeretur.

Differentia inter filiumfamilias & ſeruum.

Quamquam ratio hæc oſtendere videtur non obſcurè, nec in eo caſu quem Marcellus tractat, facilè admiſſurum fuiſſe Papinianum, vt defuncti captiui ſucceſſoribus procederet vſucapio. Alioquin non filio ſed patris ſucceſſoribus omnibus, ſecundum Marcelli ſententiam, ea vſucapio prodeſſe deberet. Niſi quis pro Marcello reſpondeat, quod ſanè verius eſt, apud Papinianum nihil tractari poſſe de hæreditate, ſuperſtite ſcilicet ſuo hærede qui ſtatim & ipſo iure ſit hæres: *l. in ſuis 11. D. de liber & poſthum.* Tunc enim quæſtioni locus fit de hæreditate, ac de ſeruo hæreditario, cùm vel filius nullus eſt, vel tantùm poſthumus ſperatur, vt alibi ſuprà diximus ex *l. penult. D. de captiu. & poſtlim.*

Poſtremo apud Marcellum ne quid prætermittamus notatu dignum illud eſt, quod in illis verbis, *nam hereditatem*, dixit *nam*, pro *ſed*, quod & aliis quibuſdam iuris noſtri locis ſimiliter vſurpatum eſſe, oonnulli ex recentioribus Interpretibus obſcurarunt.

ILLATIO XXIX.

Corollarium ad ea quæ de poſtliminio dicta ſunt.

POſtremo ad hoc Principium referenda ſunt, quæcunque de poſtliminij poteſtate in libris noſtris ſcripta legimus, vt in ſpecie *l. item Labeo 12. §. vlt.* cum *l. ſeq. D. famil. erciſc.*

PRINCIPIVM IX.

De fictione legis Corneliæ, De captiuis.

FIctio legis Corneliæ *de Captiuis*, iungit morti tempora captiuitatis, vt ciuis Romanus ab hoſtibus in bello captus, & apud eos defunctus, quamuis reuera ſeruus hoſtium deceſſerit, perinde tamen habeatur ac ſi in ciuitate, aut ſaltem ante ſeruitutem deceſſiſſet, nec minùs habere poſſit & hæreditatem & hæredem: *l. iuſto 44. §. vlt. De vſucap. l. in omnibus 18. D. de capt. & poſtl.* vbi Vlpianus generaliter ſcribit. In omnibus iuris partibus eum, qui ab hoſtibus reuerſus non eſt, quaſi tunc deceſſiſſe videri cùm captus eſt. Etſi tameo valdè generalis hæc ſeotentia eſt, nihil tamen aliud facere lex Cornelia voluit, niſi vt captiuorum hæreditates induceret ac confirmaret, ad hoc vt hæredem habere poſſent: quoniam lex duodecim Tabularum, quæ prima & in tempus vſque legis Corneliæ ſola hæreditates induxerat & confirmauerat, non de aliis hæreditatibus locuta fuerat, quàm quæ eſſent ciuium Romanorum, *l. verbis legis 120. l. lege obuenire 130. De verb. ſignific.* ſicut & lex Falcidia, cuius verba referuntur in *l. 1. D. ad leg. Falcid.* Atqui conſtat ciues Romanos, qui ab hoſtibus capiuntur, non ſolùm amittere ciuitatem, ſed etiam libertatem, cùm ee vera fiant ſerui hoſtium: *l. 3. in fin. D. de verb. ſignific.* Noua igitur lege opus fuit, vt captiuorum hæreditates confirmarentur, ſiue legitimæ, ſiue teſtamentariæ: *l. lex Cornelia 28. D. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* in cuius fine ob hanc cauſam lex Cornelia opponitur legi duodecim tabularum, quoniam in illa ſpecie ſi lex Cornelia locum haberet, alij deferret hæreditatem, quàm cui lex 12. Tab. fuiſſet delatura.

ILLATIO I.

De confirmandis captiuorum teſtamentis in ciuitate factis.

EX hoc Principio illud primum fit, quod Iulianus ſcribit in *l. lege Cornelia 12. D. qui teſtam. facer. poſſ.* lege Cornelia teſtamenta eorum qui in hoſtiũ poteſtate deceſſerint, perinde confirmati, ac ſi hi qui ea feciſſent, in hoſtium poteſtatem non perueniſſent. Nec enim poterunt teſtamentariæ hæreditates confirmari, quin teſtamenta ipſa in neceſſarium antecedens confirmarentur. Cúmque nihil maius aut honorificentius à lege datum ſit ciui Romano, datíve potuerit, quàm ius faciendi teſtamenti, quod ipſum nihil aliud eſt quàm ius condendæ legis, vt ſuo loco docuimus; conſentaneum certè fuit, legem Corneliam in eum præcipuè finem latam, ne captiuitatis metu ciues Romani à bellicis periculis vltro ſubeundis deterrerentur, id maximè conſtituere, quod teſtamenta confirmare poſſet, quæ captiuitas omnino irrita feciſſet.

L. lege Cornelia 12. D. qui teſtam facere poſſ.

Quinimo multò maior poteſtas effectúſque eſt confirmationis teſtamenti, quàm hæreditatis: Cùm enim de hæreditatis tantùm, non etiam de teſtamenti confirmatione agitur, ſola captiui hæreditas

Digitized by Google

hæreditas confirmatur. At cùm captiui teſtamentum aliquod eſt quod lex Cornelia confirmat, non tantùm ipſius captiui hæreditas per legem Corneliam confirmatur, ſed & omnes hæreditates, quotquot ex eo teſtamento ad alium, quàm ad ipſius captiui hæredem fuerant peruenturæ, ſi ab hoſtibus captus ille non fuiſſet, vt Iulianus ſcribit in *d. l. lege Cornelia*, & apertius in *d. l. lex Cornelia 28. De vulg. & pupill. ſubſtit.* Vbi ex hoc infert ille, Si pater qui ſibi & filio teſtamentum in ciuitate fecerat, poſtea captus ab hoſtibus in eorum poteſtate deceſſerit, filio impubere relicto in ciuitate, & is intra tempus pubertatis deceſſerit, hæreditatem ad ſubſtitutum pupillarem pertinere, perinde ac ſi pater in hoſtium poteſtatem numquam perueniſſet. Id enim conſequens eſt ei quod Prudentibus placet, patris & filij vnicum eſſe teſtamentum, quamuis duæ ſint hæreditates, *l. paterfamilias 28. D. de reb. auctor. iudic. poſſid. l. 2 §. prius autem, De vulg. & pup. ſubſt* aut ſi quis velit dicere duo eſſe teſtamenta quodammodo, vt loquitur Iuſtin in *paragrapho, igitur, inſt. De pupill. ſubſtit.* poſt Vlpianum in *l. 1. paragrapho 1. D. ſi cui plus quàm per leg. Falcid.* fatendum ſaltem eſt duo illa pro vno haberi, nec tantùm ciuili iure; ſed etiam prætorio *l. patris 20. in princ. D. eod.* cùm ſecundæ tabulæ principalium partem obtinere videantur: *l. penult.* iunct. *l. 2. §. ad cauſam, D. teſtam. quemadm. aper.*

ILLATIO II.

De ſeruo inſtituto per dominum defunctum apud hoſtes.

d. l. lege Cornelia 12. D. qui teſtam. facer. poſſ.

SEcundò ex eodem Principio fit, quod Iulianus ſubiungit in *d. l. lege Cornelia*, Si quis facto in ciuitate teſtamento ſeruum ſuum hæredem ſcripſerit, ac poſtea in hoſtium poteſtate deceſſerit, liberum & hæredem fore hunc, qui fuit inſtitutus, & quidem, inquit, ſeu velit, ſeu nolit; licet minùs propriè neceſſarius hæres dicatur. Siquidem neceſſarius dici non poteſt is, qui non fuit in morientis poteſtate: *§. 1. De hæred. qualit. & differ.* Non poteſt autem fieri vt quis in poteſtate ſit eius, qui ipſe non in ſua ſed in hoſtium poteſtate eſt: *l ſic eueniet 25. D. ad leg. Iuliam de adulteriis, l. cùm hæredes 23. §. 1. D. de acquirend. poſſeſſ* Eadémque ratione fit quod *ibidem* Iulianus addit, filium eius qui in hoſtium poteſtate deceſſerit, inuitum hæreditati paternæ obligari, quamuis ſuus hæres dici non poſſit, qui in morientis poteſtate non fuit. Nam nec ſuus hæres quiſquam eſſe poteſt, qui non fuerit in patris poteſtate eo tempore, quo pater mortuus eſt: *l. ſcriptor 7. D. vnd. liber. l. vltim. D. de collation.* Itaque valde ſingulares ac notandi videntur duo hi caſus, in quibus fit hæres inuitus is, qui tamen propriè neque ſuus, neque neceſſarius dici poſſit. Nec ſanè aliam rationem habent quàm quòd ex legis Corneliæ poteſtate confirmato teſtamento, in quo filius aut ſeruus fuerat inſtitutus, non magis debeat eſſe in arbitrio filij vel ſerui deſtituere teſtamentum per hæreditatis repudiationem, quàm ſi teſtator in ciuitate deceſſiſſet: Alioqui non perinde lex Cornelia teſtamentum captiui confirmaret, atque lex duodecim tabularum confirmat teſtamenta ciuium Romanorum; quod tamen vnicum legis Corneliæ propoſitum fuit.

Cur minor ſit poteſtas legis Corneliæ quàm legis 12. tab. in faciendo ſuo hærede, & neceſſario.

Dices, Cur non ergo perinde lex Cornelia facit, vt & filius ſit ſuus hæres patri, & ſeruus neceſſarius hæres domino, ſicuti facit vt ſit vterque inuitus? Reſpondeo non potuiſſe legem Corneliam facere, vt reuera non ſit ſeruus hoſtium quiſquis ab hoſtibus captus fuit, nec proinde vt ſuum aut neceſſarium hæredem relinquere potuerit captiuus, qui neminem habuit in poteſtate: Sed debuiſſe legi ſufficere, quod inuitum hæredem faceret illum etiam, qui tamen neque neceſſarius neque ſuus eſſet. Cùm ad confirmationem teſtamenti illud tantùm requiratur, vt hæredem aliquem teſtator habeat; non etiã illud vt is neceſſarius hæres ſit aut ſuus. Lex autem Cornelia nihil aliud egit, niſi vt captiuo & hæreditatẽ induceret aliquam, ſiue teſtamentariã, ſiue legitimam, & hæredẽ; *l. filiusfam. 18. D. ad leg. Falcid.* Nam in eo iure cõſtituendo, quod ab ipſa iuris ciuilis ratione tantopere abhorreret, curandum fuit, quod aliàs ſemper curare ciuilis Legiſlator ſolet, vt nihil noui inducatur, niſi quantum neceſſe eſt ad eum effectum conſequendum, quem ob oculos lex habet intuitu alicuius æquitatis, quod & in omnibus inducendis fictionibus adhiberi temperamentum ſolet, ne vnquam niſi ex neceſſitate inducantur, & conſequenter nõ niſi quatenus eadem ipſa neceſſitas cogit: in propoſito autem caſu viſa eſt neceſſaria fictio, propterea quòd citra fictionem non potuiſſet lex Cornelia dare captiuo, & hæreditatem & hæredem, quin violaſſet nimis apertè aut ius gentium, ſi conſtituiſſet vt qui in captiuitate defunctus eſſet, nihilominùs liber ciuiſque perpetuò manſiſse crederetur, cùm iure gentium inductis bellis, neceſsarium quoque fuerit induci & captiuitates; Aut ius etiam ipſum ciuile, ſi eius qui reuera ſeruus deceſſiſſet, hæreditatem aliquam & hæredem induci permiſiſſet: *d. l. 3. in fin. D. de verb. ſignific.* Quare ſicuti faciendum fuit, vt captiuus deceſſiſſe ciuis fingeretur, ne ius ciuile violaretur, ita & vt qui in hoſtium poteſtate deceſſiſſet, prima captiuitatis hora deceſſiſſe retrofingeretur, ne quid contra ius gentium à ciuili Legiſlatore conſtitutum videri poſſet.

ILLATIO III.

De danda patrono bonorum poſſeſſione contra tabulas liberti apud hoſtes defuncti.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt ſi libertus captus ab hoſtibus ibi deceſſerit, patrono quoque bonorum poſſeſſio contra ipſius tabulas danda ſit, propter legem Corneliam quæ teſtamentum ſic confirmat, atque ſi in ciuitate teſtator deceſſiſſet. Hanc enim rationem Paulus reddit in *l. ſi necem 4. §. 1. D. de bon. libert.* *Quamuis*, inquit, *liberti appellatio hunc non tangat.* Cur verò non tangit? Quia libertus dici non poteſt qui liber non eſt. Hic autem ex quo die in hoſtium poteſtatem peruenit, ſeruus eorum fuit: Adeò vt ſi in ciuitate non libertus, ſed ſeruus fuiſſet, domino tamen ſuo per captiuitatem amiſſus eſset: *l. ſi ſeruus 16. D. de interrog. in iur. faciend.* At quænam ratio iſta eſt, vt teſtamentum quod libertus in ciuitate fecerat,

ideo

Digitized by Google

ideo rumpi poſſit per bonorum poſſeſſionem contra tabulas patrono dandam,quia per legem Corneliam fuerit confirmatum:Nempe quia bonorum poſſeſſio contra tabulas licet contra lignum eſſe dicatur,non aliter tamen dari poteſt, quàm ſi tabulæ tales ſint,ex quibus vel adiri hęreditas iure ciuili vel bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas peti iure prætorio poruerit : *l. quod vulgo* 19. *D. de bonor.poſſ. contr. tabul.* Atqui ex tabulis eius qui hoſtium ſeruus deceſſiſſet, non magis poſſet peti bonorum poſſeſſio iure prætorio, quàm adiri hæreditas iure ciuili,niſi lex Cornelia captiui teſtamentum confirmaret, quia non minùs prætor in danda bonorum poſſeſſione, quàm ciuilis Legiſlator in deferenda hæreditate teſtamentaria exigit,vt teſtator vtroque tempore & teſtamenti & mortis habuerit ius faciendi teſtamenti:*l.1.§.exigit*, *D. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tabul.* non poteſt autem habere teſtamenti factionem is qui ſeruus hoſtium factus fuit.

At illud magis mirum videri poteſt, cur Prætor det bonorum poſſeſſionem ſiue ſecundum, ſiue contra tabulas captiui,cùm lex Cornelia vt diximus non confirmet teſtamentum,niſi ad hoe vt faciat & hæreditatem& hæredem : bonorum verò poſſeſſor hæres non ſit, ſicut nec bonorum poſſeſſio hæreditas: nec enim Prætor hæredem facere potuit, *§. quos autem, infr. De bonor. poſſ.* nec rurſus lex Cornelia bonorum poſſeſſorem. Sed dicendum eſt, confirmato per legem Corneliam teſtamento, licèt ad eum finem vt & hæreditatem faciat & hæredem, non etiam vt vel bonorum poſſeſſionem inducat, vel bonorum poſſeſſorem, nihil iam prohibere quominùs ex eo teſtamento poſſit Prætor dare bonorum poſſeſſionem ſiue ſecundum tabulas, ſiue contra tabulas, quia ſcilicet Prætoris officium & inſtitutum eſt, vt non minùs legis Corneliæ, quam teſtatoris voluntatem ſubſequatur: quomodo elegaoter loquitur Papinian.in *l.pater* 10. *§.2. D.de captiu.& poſtlim.*

Optima igitur & elegans conſecutio illa eſt, vt teſtamentum liberti apud hoſtes defuncti, poſſit rumpi per bonorum poſſeſſionem contra tabulas patrono dandam, quia tale teſtamentum per legem Corneliam confirmatur. Non enim poſſet rumpi, quod iam per captiuitatem irritum & nullum factum eſſet, *l.* 5. *verſ. poſt defectum, D. de iniuſt. rupt.* An ergo ideò tantùm confirmatur per legem Corneliam vt rumpi poſſit? Immo vt valeat, & defuncti voluntas exitum, ſi fieri poterit, ſortiatur. Nec enim certum eſt ruptum iri, ſi fortè patronus bonorum poſſeſſionem contra tabulas petere, vel nolet, vel non poterit aliqua de cauſa. Teſtamentum enim quod ſi valeret, omnimodo rumperetur, numquam per legem Corneliam confirmatur, vt ex *ſequenti illatione* apparebit.

ILLATIO IV.

De teſtamento illius qui vxore prægnante relicta deceſſit apud hoſtes.

QVartò ex eodem Principio fit, quod Iulianus ſcribit in *l.bona*, 22. *§.vlt. D.de capt. & poſtlim.* Si quis cùm prægnantem vxorem haberet, in hoſtium poteſtatem peruenerit,& nato deinde filio mortuo ibi deceſſerit, eius teſtamentum nullum eſſe, id eſt, per legem Corneliam non confirmari, cùm tamen ſine legis Corneliæ confirmatione valere non poſſit, non ſolum tanquam quod viuo adhuc teſtatore irritum factum ſit per captiuitatem, *l. 6.§.irritum, D. de iniuſt. rupt.* ſed etiam quia teſtamenta omnia ſunt nulla ſui natura & inutilia niſi quatenus per legem confirmantur, cùm ſola lex tribuat ius & facultatem teſtandi. Atqui teſtamentum hoc, neque per legem 12. Tab. confirmatur, quia factum fuit irritum per captiuitatem, neque per legem Corneliam. Hoc ipſo igitur nullum illud eſſe neceſſe eſt. Ideò autem per legem Corneliam non confirmatur, quoniam, vt Iulianus ait, etiam illorum qui in ciuitate manſerunt, teſtamenta hoc caſu rumpuntur, id eſt, ſui hæredis præteriti agnatione. Senſus eſt, Non alia teſtamenta per legem Corneliam confirmari, quàm ob eam duntaxat cauſam ex lege 12. Tabul.confirmari nequeunt,quòd captiuitas fecerit ea irrita, quódque teſtator non habuerit mortis quoque tempore factionem teſtamenti. Cur enim cætera confirmaret, quæ nec ſi captiuitas nulla interceſſiſſet, confirmari tamen ex leg.12. Tab. potuiſſent? An fortè debuit admitti, vt teſtamentum quod etiam defuncto in ciuitate teſtatore omnimodo inualidum ex qua alia cauſa futurum erat,melioris fieret conditionis ob id ſolùm, quod iuncta captiuitatis ratio irritum illud feciſſet? Atqui teſtamentum in quo præteritus fuit poſthumus ſuus qui poſtea natus fuerit omnimodo ruptum eſſet agnatione ſui hæredis etiamſi teſtator in ciuitate manſiſſet, *l.1.& tot.tit. De iniuſt. rupt.* Nulla ergo ratio eſt cur per legem Corneliam confirmetur.

Dices,ruptum igitur teſtamentum dici debere, non nullum.Nec enim agnatio ſui hæredis præteriti facit nullum & iniuſtum, ſed rumpit. Reſpondeo non potuiſſe rumpi hoc de quo agimus, cum ante poſthumi natiuitatem, captiuitas patris iam irritum illud feciſſet. Rumpuntur enim illa demum teſtamenta quæ valent, & quæ alioquin, id eſt ſi non rumperentur, confirmanda eſſent per legem duodecim tabularum. In quo numero non continentur ea, quæ viuo teſtatore irrita iam facta ſunt,immò nec ea quæ moriente teſtatore in ea cauſa reperiuntur, vt rumpi aliquando poſſint, puta quandiu poſthumus ſperatur, quamuis ventrem plenum eſſe certò neſciatur:*l.ventre* 84. *in princip.ff.de acquir. hæredit.*

Cæterùm quod teſtamentum viuo teſtatore ruptum,vel irritum factum eſt, ruptúmque, vel irritum ob eam cauſam dici debuit, mutat nomen mortuo teſtatore, incipitque nullum dici, vt reuera eſt; quia cùm quærimus an defuncti hominis aliquod teſtamentum ſit, non de illo diſputamus an aliquod aliquando fecerit,ſed de illo tantùm, An cum aliquo teſtamento deceſſerit: Nullum enim teſtamentum eſſe poteſt illius, qui ſine teſtamento deceſſerit. Atqui non poteſt videri cum teſtamento deceſſiſſe is, cuius adhuc viuentis teſtamentum ſemel ruptum, vel irritum factum fuit, ſi non ex noua voluntate aliòve iure conualuerit: Verum igitur eſt,teſtamentum ipſius nullum eſſe, licèt aliquando fuerit. Præſertim verò quia vt iam attigimus, nec teſtamentum vllum eſſe poteſt, quantumuis ſolenne,integrum & intactum, niſi quod per legem

L. bona 22. § vlt. D. de captiu. & poſtlim.

Digitized by Google

ILLATIO XXII.

De ingenua redempta ad ſuſcipiendos liberos, & poſt ſuſceptos manumiſſa.

VIceſimoſecundò ex eodem Principio fit quod Vlp. tractat in *l. ſi quis ingenua 21. eod. tit.* ſi quis ab hoſtibus redemptam ingenuam eo animo ſecum habuerit, vt ex ea ſuſciperet liberos, & poſtea ex ſe natum cùm matre manumiſerit ſub titulo filij naturalis, ignorantiam patris eiuſdémque mariti, neque ſtatui eorum, quos manumiſiſſe viſus eſt, officere debere, & exinde intelligi oportere remiſſum matri pignoris vinculum, ex quo de ea liberos ſuſcipere optauerat. Cùm enim ex eo tempore mater poſtliminio reuerſa dici debeat, & conſequenter priſtinæ ingenuitati ſuæ reſtituta, conſequens eſt vt & libera & ingenua facta & liberum & ingenuum pepererit. Vinculum enim pignoris diſſoluitur, non ſolùm ſi redemptionis pretium à redempto ipſo, aut ab alio eius nomine reſtituatur, ſed & ſi per eum, cui reſtitui debet, remittatur, ſiue expreſſa ſiue tacita donatione: *l. 2. l. ſi liberum 11. C. eod.* Remiſſio autem illa non poteſt alio ex vllo indicio probabilius colligi, quam ex adfectione redemptoris id cogitantis, vt ex redempta ſua liberos ſuſciperet, præſertim quos poſtea vocauerit filios ſuos naturales. Nam & alterius cuiuſlibet rei, putà obligationis, vel actionis, vel cautionis remiſſio facilè inducitur quocunque, dummodo probabili, indicio voluntatis: vt in *l. Procula 29. ff. de probat. l. cùm quidam 17. §. Diuus Pius, ff. de vſur. l. auia 77. §. vlt. ff. de cond. & demonſtr.*

Planè ſi publicè præda virtute militum recuperata ſit, quamuis nulli matris pretium pater numerauerit, tamen protinus illa poſtliminio reuerſa eſſe intelligitur; & ideo iam inde ab initio non cum domino fuiſſe, id eſt, cum eo creditore qui pignoris iure libertatem eius vinctam habuerit, ſed cum marito, qui hoc ipſo maritus eſſe & voluerit, quod ex ea liberos optauit; & potuerit, nihil iam obſtante conditione mulieris pleniſſimam libertatem conſecutæ: *l ab hoſtibus 12 C. eod.*

ILLATIO XXIII.

De iis qui capiuntur in ciuilibus diſſenſionibus.

VIceſimotertiò ex eodem Principio fit, vt in ciuilibus diſſenſionibus, qui in alterutras partes diſcedunt, ſi ab aduerſariis capiantur, poſtliminium non habeant, quia nec eo indigent, cùm non ſint vice illorum hoſtium, inter quos iura fuerint captiuitatum aut poſtliminiorum: *d. l. ſi quis 21. § 1. eod.* vbi rationem elegantem Vlpianus reddit, quod in huiuſmodi diſſenſionibus ciuilibus, quamuis ſanè per eas Reſpublica lædatur, non tamen in exitium Reipublicæ contenditur; id eſt ea mente, vt Reſpublica opprimatur & euertatur, ſed è contrario, potiùs eo animo, vt Reip. conſulatur, ita exiſtimantibus omnibus qui in alterutras partes diſcedũt, vt nõ aliter ſalus Reipub. conſtare poſſit, quam ſi ea vincat factio cui adhærent. Ex quo infert *ibidem* Vlpianus, Eos, qui in talibus bellis capti ſint &

L. ſi quis 21. §. 1. D. eod.

venundati, poſteáque manumiſſi, non niſi ſuperuacuò repetere à Principe ingenuitatem, quam nulla captiuitate amiſerint. Captiuitas enim inter eos tantum eſſe poteſt, qui hoſtes ſunt, ſicut & poſtliminium. Hoſtes autem non ſunt niſi quibus publico decreto bellum indixit populus Romanus, vel qui ipſi priores populo Romano indixerũt, *l. hoſtes ſunt 24. eo.* iunct. *l. hoſtes 118. De verb. ſignific.* in ciuilibus autem diſſenſionibus populus Romanus, qui in partes diuiſus eſt, neque ſibi, neque alij bellum vllum indicit.

ILLATIO XXIV.

De ſeruo à latronibus primùm capto, poſtea in hoſtium poteſtatem delapſo.

VIceſimoquartò ex eodem Principio pendet, quod Iauolenus tractat in *l. latrones 27. eod. tit. De captiu. & poſtlim.* Latrones, inquit, ſeruum tibi eripuerant, poſtea is ſeruus ad Germanos peruenerat. Inde victis in bello Germanis ſeruus venierat. Labeo, Ofilius & Trebatius negant poſſe vſucapi eum ab emptore, quia verum eſſet ſubreptum eum eſſe. Nec quod hoſtium fuiſſet, aut poſtliminio rediiſſet, ei rei impedimento eſſe. Nempe quia poſtliminij fictio nihil aliud facit, niſi vt captiuitatis poteſtas, & memoria deleatur. Atqui etiamſi ſeruus hic in bello captus numquã eſſet, non eo minùs tamen à latronibus captus, atque ita furtiuus effectus fuiſſe reperiretur. Poſtliminium igitur facere potius debet, vt furtiuus perinde ſemper dici debeat, quàm vt furti vitium purgaſſe videatur. Non ergo facit quominus talis ſerui vſucapio impediatur ſicut & alterius rei furtiuæ cuiuſlibet, tam ex lege duodecim Tabularum quàm ex lege Atinia, *§. furtiuæ, inſt. De vſucap. l. vbi lex 24. in fin.* iunct. *l. 4. § quod autem, D. de vſucap. eod. tit.* Furtiuam enim rem factam eſſe, quæ à latronibus capta ſit, dubitari non poteſt, cùm latrones omnes ſint fures; quamuis non ſimiliter è conuerſo fures omnes ſint latrones: in quo errauit Accurſ. ad *l. capitalium 28. § penult. D. de pœn.*

L. latrones 27. eod. tit.

ILLATIO XXV.

De poſtliminio eius qui in bello captus, pace facta refugit; mox renouato bello iterum captus eſt.

VIceſimoquintò ex eodem Principio pendet nota & reprehenſio Pauli ad Labeonem, *l. ſi quid bello 28. D. eo. tit. De captiu. & poſtl.* Nam cum Labeo generaliter ſcripſiſſet, ſi quid bello captum ſit, in præda id eſſe, non poſtliminio redire, Paulus notat; immo, inquit, ſi in bello captus pace facta demum refugit, deinde renouato bello capiatur, poſtliminio redit ad eum à quo captus primùm fuerat, ſi modò non conuenerat in pace ſancienda, vt captiui redderentur, nimirum quia hoc caſu verum eſt, ſeruum meum fuiſſe, nec à me reddi hoſtib. debuiſſe hunc, qui fuerat à me captus. Cur non ergo poſtliminium in hoc quoque locum habeat, ſicut & in cæteris rebus omnibus quæ fuerint ciuis Romani? Atqui dicat aliquis pro Labeone, habuit hic poſtliminij ius apud ſuos, quemadmodum & ciuis Romanus ab hoſtibus captus poſtliminio rediiſſe dicitur,

quoquo

quoquo modo ſit reuerſus, ſiue ab iis dimiſſus ſit, ſiue vi vel fallacia eorũ poteſtatem euaſerit: *l. nihil intereſt 26. eo. tit.* Ita eſt, Sed nõ facit ea res quin iterum captus à noſtris poſtliminio redeat in dominium eius, à quo primùm captus fuerat, quem, ſcilicet æquum non eſt ex fuga factóque eius quem reuera ſeruum; & in dominio ſuo habuerit damnum ſentire, iacturámque iſtam pa-monij. Quid enim aut magis, aut iuſtius noſtrum eſt, quàm quod in bello captum, ſanguinis noſtri, ant ſaltem tanti periculi pretio adquiſiuimus?

ILLATIO XXVI.

De poſtliminij poteſtate ad vſucapiendum durante captiuitate.

Viceſimoſextò ex eodem Principio pendet alia eiuſdem Pauli ad eundem Labeonem nota, de qua in *l. pen. eod. tit. De captiu. & poſtli.* Labeo ſcripſerat, ſi poſtliminio redieris, nihil te dum in hoſtium poteſtate fuiſti, vſucapere potuiſſe. Paulus contra. Imo, inquit, ſi quid ſeruus tuus peculij nomine cum in eo ſtatu eſſes, poſſederit, id eo quoque tempore vſucapere poteris, quoniam eas res etiam inſcientes, & ignorantes vſucapere ſolemus: quod & ſcriptum eſt in *l. aut Prætor 23. §. in Planè, D. ex quib. cau. maior. l. Labeo 8. D. de vſuca. l. 2. § Celſus ſcribit. 11. D. pro empt.* Cur autem etiam ignorans dominus vſucapiat per ſeruum ex cauſa peculiari, ratio proficiſcitur ex eo, quod ex hac cauſa peculiari poſſeſſio quoque ignoranti domino acquiritur. Pendet enim ex poſſeſſione vſucapio, quæ ſine poſſeſſione nulla eſſe poteſt: *l. ſine poſſeſſione 25. De vſucap.* Hoc ipſum autem, quod dicimus, ex peculij cauſa ignorantibus acquiri poſſeſſionem, non niſi vtilitatis cauſa receptum eſt contra iuris rationem, & iure ſingulari, vt loquitur Papin. in *l. peregrè 44 § quæſitum D. de*
L. peregrè 44. § quæſitum De acq poſſ. *acq. poſſ.* Ne inquit, aliter poſito iure, cogerentur domini ad acquirendam ſibi per ſeruum poſſeſſionem ex peculiari cauſa, per ſingula momenta ſpecies & cauſas peculiorum inquirere. Quamquam vt *ibid.* ſubiungit Papin. non eò pertinere ſpeciem iſtam putandum eſt, vt animo ſolo videatur acquiri poſſeſſio, quam ſanè conſtat licèt animo etiam ſolo retineatur, tamen non niſi animo & corpore acquiri poſſe: *l. 3 §. 1. l. quemadmodum 8. eod. tit.* Nam ſi non ex cauſa peculiari aliquid quæratur per ſeruum, conſtat ſcientiam quidem domini eſſe neceſſariam, ſed corpore ſerui quæri poſſeſſionem Quibus verbis id agit Papinianus, vt eadem ſpecie & quæſtione retenta de poſſeſſione quæ ex cauſa peculiari acquiratur, ſubiiciat reſponſionem ad propoſitam obiectionem, petito agumento à caſu contrario, ſed minùs dubitabili. Nam obiectio illa erat, ſi ex cauſa peculiari acquiratur poſſeſſio ignoranti, futurum vt ſolo animo ſine corpore acquiri videatur. Papinianus verò negat conſecutionem, falſámque eſſe probat, hac ratiocinatione, quòd tùm etiam cùm ex cauſa non peculiari poſſeſſio acquiritur, quo tamen caſu nemo dixerit ſolo animo acquiri poſſeſſionem, omnia ſint ſimilia, niſi quod ſcientia domini neceſſaria eſt Cæterum perinde corpore ſerui acquiritur poſſeſſio.

Quod autem de ſeruo diximus, idem de filiofamilias dictum intelligi debet, vt per eum quoque ignoranti patri poſſeſſio rei peculiaris acquiratur. Itaque ſi patre apud hoſtes agente filius in ciuitate aliquid emerit, & quæratur an reuerſus pater vſuceperit, diſtinguendum eſt an ex peculiari cauſa filius poſſederit, néc ne. Nam ſiquidem ex cauſa peculiari poſſedit, placet vſucapionem incboari, nec impedimẽto eſſe patris captiuitatẽ, cuius ſcientia non eſſet in ciuitate neceſſaria; ſi verò non ex peculij cauſa id filius comparauerit, vſucapi non poſſe, nec iure poſtliminij quæſitum id intelligi, cùm prius eſſet vt quod vſucaptum diceretur poſſeſſum fuiſſet, vt ratiocinatur & diſtinguit Pap. in *l. iuſto errore 44 §. vlt. de vſucap.* Quò etiam pertinet, quod regula iuris habet, filiumfam neque retinere, neque recuperare, neque adipiſci poſſeſſionẽ rei peculiaris videri: *l. filiusfam. 93. De reg. iur.* Nẽpe quia quicquid filius peculiari nomine adprehẽderit, id ſtatim pater eius poſſidet, non ſolùm etiamſi ignoret filium poſſidere, ſed etiamſi ignoret habere ſe filium in poteſtate, *l. 4 D. de acq. poſſeſſ* vbi addit Vlp. quod amplius eſt, etiamſi filius ab alio tanquam ſeruus poſſideatur, idem probandum eſſe. Et ſimiliter è conuerſo quod per filiumfamilias, vel ſeruum ignorantes poſſidemus, eius poſſeſſionem etiam ignorantes amittimus, dummodo eam alius occupauerit: *d. l. peregrè 44 §. vlt. eo. tit.*

Indeque eſt, quod Alfenus ſcribit in *l. ſi ſeruus 34. De vſucap* Si ſeruus inſciente domino, vel filius ignorante patre (idem enim iuris in vtroque eſt) rem peculiarem vendiderit, emptorem vſucapere poſſe. Cùm enim ſine poſſeſſione nulla contingere poſſit vſucapio, *d. l. ſine poſſeſſione 25 eo.* fieri nequiret vt qui rem peculiarem ignorante patre, vel domino, à filio vel ſeruo emiſſet, eam vſucaperet, ſi poſſeſſionem ignorans pater, vel dominus amittere non poſſet. Prius enim eſt, vt amiſſa ea ſit patri, vel domino, quàm vt emptori acquiri poſſit, Cùm eiuſdem rei poſſeſſores duo in ſolidum eſſe non poſſint: *l. 3. §. ex contrario, D. de acquir. poſſ.* Vt plane non ſatis poſſim mirari quod vir doctiſſ. Iacob. Cuiacius ſcripſit ad *d l. ſi ſeruus, & lib. 15. Obſer. cap. 18. inſciente* illo loco dixiſſe Iurec. pro *ſciente*, quod mihi non minus intolerabile videtur, quam ſi quis tantum virum, quem *doctum* vellet dicere, *indoctum* appellaret. Neque pro Cuiacij inter- *L. vl. § ſed et ſi à filio, De diuer. temp. præſcr l ſi ſeruus 14 D. de acq. poſſ.*
pretatione facit quod ſcriptum eſt in *l. vlt. §. ſed & à filio, D. de diuerſ. tempor. præſcrip. & in l. ſi ſeruus 14. D. de acq. poſſ* Si à filiofamilias, vel à ſeruo rem emero, dandam mihi acceſſionem eius temporis, quo rei poſſeſſio penes patrem vel dominum fuit, ita demum ſi volente patre vel domino facta venditio ſit, vel de peculio illo, cuius liberam adminiſtrationem filius, aut ſeruus habuerit. Aliud enim eſt quærere de poſſeſſionis acceſſione, de qua ſola ibi agitur, aliud verò de vſucapione inchoanda ex contractus tempore duntaxat. Acceſſio temporis quo pater vel dominus poſſedit, non poteſt ei prodeſſe qui rem peculiarem à filiofamilias, vel à ſeruo emit, patre, vel domino ignorante; quia vt prodeſſe debeat emptori poſſeſſio venditoris, fit ex eiuſdem venditoris voluntate, qui vendendo intelligitur totum & omne ius quod habuit in emptorem transferre velle. Atqui voluntas ignorantis nulla eſt. Cum vero de vſucapione inchoanda agimus, illud tantum requirimus vt emptor veram poſſeſſionem habeat & bonam fidem, non etiam vt ex vẽditoris ſui perſona vllam temporis acceſſionem mutuetur. Quinimo, vel ex hoc ipſo quod ſupradictis locis negatur acceſſionẽ temporis ei dandam eſſe, qui

Digitized by Google

rem peculiarem à filioſamilias, vel ſeruo ſine patris, aut domini voluntate comparauerit, probatur manifeſtiſſimè emptorem bonæ fidei ex hac cauſa vſucapere poſſe. Alioqui fruſtra eſſet de acceſſione temporis ad effectum vſucapiendi diſputare, ſi vſucapio impediretur, id eſt ſi cui acceſſio temporis denegatur, vſucapiendi quoque ius & facultas denegaretur.

Nec rurſus illud verum eſt quod vir doctiſſimus ſcribit impediri vſucapionem hanc ex duodecim tabulis, quia furtiua ſit res, quam ex peculio ſuo filiusfamilias, vel ſeruus vendit, patre, aut domino ignorante. Etſi enim, vt ille argumentatur, res peculiaris eſt domini, *l. ſi quis ab alio* 19. iunct. *l. 4. in princ. D. de manumiſſ. l. ſi liberam* 10. *C. quod cum eo qui in alien. poteſt. eſt*, ignorans autem dominus comparatur inuito cùm de furto tractatur, *l. qui vas* 48. *§. qui ex voluntate, verſ. vetare, D. de furt.* vt & in *l. filiusfamilias* 8. *§. inuitus, D. de procurat. l. inuitum* 5. *D. urban. præd.* Non tamen erit bona conſecutio ſi quis ex eo inferat fieri rem furtiuam, ſi bonæ fidei emptori vendatur: Non magis quàm ſi quis dicat furem eſſe hunc, quem nos ponimus à contrario bonæ fidei emptorem eſſe. Quid enim ſi ſeruum, aut filiumfamilias à quo comparauit, talem eſſe ignorauit, patrémque familias eſſe opinatus eſt? Difficilè ſiquidem dignoſcitur filiusfamilias à patrefamilias, & homo liber à ſeruo: *l. quia difficilè* 5. *D. de contr. empt.* Quid rurſum ſi probabilem cauſam habuit exiſtimandi ſeruum hunc, ſi eum talé eſſe ſciuit, liberam peculij ſui adminiſtrationem habuiſſe? Cur dicamus furem hunc eſſe, qui bona fide comparauit? Fateor ſeruum quoque rei peculiaris furtum facere poſſe, fierique rem furtiuam, ſi is furandi conſilio eam amoueat, non quidem quandiu eam retinet, quia interim nihil domino abeſt; at tum demum cùm alij eam tradidit, vt Iulianus ſcribit in *l. interdum* 56. *§. cùm autem, D. de furt.* Sed dico ita id accipiendum eſſe, ſi ſeruus eam rem alij tradiderit animo & conſilio furandi. Nec enim furtum ſine furandi animo committitur. *l. furtum* 37. *D. de vſucap.* Quis autem dicat furandi animum habere illum, qui rem peculiarem vendat publicè fortaſſis, & ſupra iuſtum pretium, vt ex eo pretio negotietur ad maiorem domini ſui vtilitatem? Ergo fatendum eſt ex ſola rei peculiaris venditione, quamuis ignorante domino facta, non fieri rem furtiuam, nec proinde vſucapionem impediri, dummodo bonæ fidei emptor proponatur, qualis ſaltem ille eſt qui ſuum venditorem ſeruum eſſe ignorauit.

d. l. ſi liberam 10. C. quod cum eo qui in alien. poteſt. eſt.

Idque iam olim Accurſius optimè probauit ex *d. l. ſi liberam*, quæ cùm negat huiuſmodi venditionem iuſtum adferre poſſeſſionis initium, id eſt vſucapiendi cauſam præbere emptori ſcienti ſeruilem venditoris conditionem, an non hoc ipſo innuit aliud eſſe dicendum in emptore ignorante. Atqui ſi res facta eſſet furtiua, nihil prodeſſet emptori bona fides: *l. vbi lex* 24. *De vſucap.*

Nec poſſum videre quonam colore vir doctiſſimus ad hanc obiectionem diluendam reſpondeat, loqui eam legem de malæ fidei emptore, non quaſi ſit permittenda, inquit, bonæ fidei emptori cui ſeruus vendiderit rem peculiarem ignorante domino, ſed vt intelligatur malæ fidei emptorem furti teneri, bonæ fidei emptorem non teneri. Etſi enim de furti actione agitur *in fine legis*, tamen negari non poteſt, quin de vſucapione & longi temporis poſſeſſione accipi debeant verba illa præcedentia, *neque conditionem eorum ſeruilem ſcientibus emptoribus poſſeſſionis iuſtum adferant initium*, non etiam de actione furti, de qua ſeparatim agi incipit in poſtrema illa clauſula, *Ideóque res mobiles ementes à ſeruo, etiam furti actione tenentur.* Quòd ſi emptor bonæ fidei non tenetur furti, quod & Cuiacius fatetur; Ergo non fit res furtiua tùm cùm ab eo emitur, At neque cum eam ſeruus vendit, ſi neque animum, neque conſilium furandi habuerit, vt probauimus. Ergo numquam eſt furtiua, nec proinde quicquam eſt quod eius vſucapionẽ impedire poſſit.

Sed & cùm de rei peculiaris vſucapione tractamus, non puto diſtinguendum eſſe an agamus de re quę ideò ſit peculiaris, quòd verè ſit patris, vel domini; an de re, quæ ſit aliena, quamuis per ſeruum peculiarem empta, ſiue bona, ſiue mala fide Generalis enim ratio eſt, quæ rei peculiaris vſucapiendæ ius tribuit bonæ fidei emptori, tum etiam cùm ignorante patre, vel domino facta venditio eſt, & eo filiofamilias, vel ſeruo qui liberam peculij adminiſtrationem non habuit. Nam ſi patris, vel domini ſcientia interueniſſet in venditione rei quæ dominica fuiſſet, vt loquitur *d. l. ſi liberam*, vel quæ patris non eſſet, quod vſucapione tractari poſſet, quia per alienationem etiam à filio vel à ſeruo factam dominium tranſlatum reperiretur, emptor verò rem quæ iam facta ſua eſſet vſucapere amplius nō poſſet, *l. in bello* 12. *§. ſi quis ſeruum, verſ. nam occurrit. D. de captiu. & poſtli.* At cùm patris, aut domini voluntas non interuenit, licèt ea res diſtracta ſit quæ peculiaris verè fuit, id eſt, vel domini, vel patris, non aliena, dominium tamen transferri non potuit ſi non liberam habuerit filius, vel ſeruus peculij adminiſtrationem, quantumuis emptor bonæ fidei proponatur, ideóque de vſucapione tractandum neceſſariò eſt, vt dominium emptori acquiratur. Denique etiamſi Cuiacij ſententiam probare poſſem tamen legere mallem *id ſciente*, pro *inſciente*, quàm mihi perſuadere *inſcientem* dixiſſe Alfenum, pro *ſciente*, potiùs quàm Paulum in *d. l. penult. De capt. & poſtlim.* vbi apertiſſimè *inſcientes* dixit ille pro *ignorantibus*.

Sequitur apud Paulum in *d. l. penult. Et eo modo etiam hæreditas, nondum nato poſthumo, aut nondum adita augeri per ſeruum hæreditarium ſolet.* Senſus eſt, non eo tantùm caſu quo quis apud hoſtes ſit, aut in ciuitate quidem, ſed ignorans filiifamilias, aut ſerui peculium tractantis negotiationem, augeri patrimonium ignorantis per vſucapionem, cui cauſam det poſſeſſio per filiũfamilias, aut ſeruum etiam ignoranti quęſita; Sed tunc etiam cùm ſeruus hæreditarius aliquid acquiſiit iacente hæreditate. Etſi enim hæreditas perſonam nullam habet, adeóque nec poſſeſſionem, quia poſſeſſio facti, hæreditas verò iuris eſt: *l. 1. §. Scæuola, D. ſi is qui teſtam. lib. eſſ. iuſſ.* ob idque ſcienti comparari hæreditas non poteſt, ſed ignoranti. Placet tamen vacuum tempus quod ſiue ante, ſiue poſt hæreditatem interceſſerit, hæredi procedere ad vſucapionem, *l. numquam* 31. *§. penult. D. de vſucap.* atque ita non eam tantùm poſſeſſionem hæredi prodeſſe quę teſtatoris fuerit, & eius morti iuncta, ſed eam quoque quę nũquam fuerit teſtatoris: *l. Pompon.* 13. *§. non autem, D. de acquir. poſſ.* Adeò vt etiam vlteriori hæredi, hoc eſt qui in remotiore gradu ſit, pluribus ſcilicet hæredum non modò perſonis, ſed etiam

l. pen. D. de capt. & poſtlim.
d. l. penult.

gradibus

gradibus inductis, poſſeſſio defuncti proſit, quamuis medins hæres poſſeſſionem, quam defunctus habuit, nactus non ſit, *l. 2. §. etiam heredi 18. D. pro emptor.* Neque rurſum eo duntaxat caſu hoc obtinet quo vſucapere defunctus cœperat, ſed etſi de vſocapione inchoāda tractetur, quod euenit ſeruo hæreditario aliquid comparante, *d. l. iuſto errore 44 §. nondum adita, D. de vſucap.* vbi tamen Papinianus monet, ſingulari iure hæc eſſe recepta, id eſt contra vulgarem iuris regulam, ſecondum quam ſiue poſſeſſione vſucapio procedere nulla poteſt: *d. l. ſine poſſeſſione 25. ee.* non magis quam hæreditas ipſa, quæ perſonam (vt diximus) nullam habet, poſſidere.

Ad eam verò iuris regulam videtur idem Papioianus reſpexiſſe in *§. 1. l. ſeq.* quæ in vulgaris editionibus eſt *l. vlt. tit. De vſucap.* vbi ait ille, ſi poſt mortem domini ſeruus hæreditarius peculij nomine rem tenere cœperit, vſucapionis primordium ex aditæ hæreditatis tempore computaodum eſſe. Quemadmodum eteoim vſucapietur, inquit, quod antè defunctus non poſſederat? Ratio vt apparet meri veriqueiuris eſt, & ad quam nihil ſane eſt, quod reſpondere poſſimus, niſi ex eodem Papiniano in *d. §. nondum adita.* Ita quidem eſſe ſi iuris ſubtilitatem inſpicias, ſed contra receptum eſſe iore ſingulari. In his autem quæ iure ſingulari, hoc eſt contra iuris rationem recepta ſuor, oon poſſe nos ſequi regulam iuris, *l. in his 15. & l. ſeq. D. de legib.*

Nec alius poteſt ſenſus eſſe Pauli in *d. l. pen.* cùm ait hæreditatem nondum aditam per ſeruum hæreditarium augeri ſolere, & quidem eo ipſo modo, quo dixerat captiui patrimonium per ſeruum qui in ciuitate maoſiſſet augeri poſſe, id eſt per vſucapionem. Sicut enim verbo illo *ſolet*, non tam id quod iuris ſit, quam quod receptum eſt ſignificare Iuteconſulti ſolent, ita fatendum eſt non aliter auctam dici poſſe hæreditatem per ſeruum hæreditarium, quàm ſi is rem aliquam poſt mortem defuncti comparaſſe proponatur. Alioqui ſi proponas fuiſſe rem à defuncto comparatam, aut à ſeruo quidem, ſed eo tempore quo dominus adhuc viuebat, non video quomodo poſſit videri aucta hæreditas per ſeruum hæreditatium; quamuis ponas toto illo tempore quo iacuit hæreditas, ſeruum hunc hæreditarium rem iſtam quaſi peculiarem teouiſſe. Nam etſi hæreditarius ſeruus nullus fuiſſet, non eo minus tamen vſucapio quæ viuo teſtatore cæpta fuiſſet, iacente hæreditate proceſſiſſet: *d. l. nondum, & d. l. numquam 31. §. penult.* vbi hanc ob cauſam vacuum tempus appellat Paulus, in quo rem, quæ vſucapitur, nemo poſſederit. Nec perſona ſerui hæreditarij computari vllo modo poteſt, ſiue quantum ad cauſam poſſeſſionis, ſiue quantum ad cauſam vſucapionis, quia non magis poſſidere ille poteſt quàm vſucapere, ſed quantum ad id duntaxat, vt emat, vel aliter contrahat, quo vno reſpectu proculdubio auget hæreditatem, ſi forte vel à domino emerit, atque ita dominium hæreditati ſtatim adquiſiuerit, *l. in eo 33. §. vl.* cum *l. ſeq. D. de acquir. rer. domin.* vel vſucapiendi materiam & occaſionem hæreditati attulerit, comparando ab eo qui dominus non fuit.

d. l. nunquam 31 § pen. eo. tit.

Notandum autem eſt quòd iungit Paulus duos illos caſus tanquam ſimiles: De poſthumo nondum nato, & de nondum adita hæreditate: quia ſi alius filius quam poſthumus patris hæres proponeretur, dum ne emancipatus eſſet, de ſeruo hæreditario tractari nihil poſſet; ſiquidem hæreditarium ſeruum appellamus, qui ſit iacentis hæreditatis; Non iacet autem hæreditas, imo nec vlla eſt eius qui habet ſuum hæredem: *l. in ſuis 11. D. liber. & poſt. l. in ſuis 14. D. de ſuis & legit.*

Quid inquies? An non poſthumus quoque ſuus hæres eſt, ſicut & qui naſcitur in poteſtate, ob idque non minus quàm cæteri ſui hæredes inſtitui omnino debet, vel exhæredari, ne alioqui præteritus rumpat teſtamentum: *l. ſi poſthumus 14. l. Gallus 19 per tot. & l. ſeq. D. de liber. & poſth. l. 1. 3* & paſſ. *D. de inuſt. rup.* Reſpondeo, immo verò poſthumum non eſſe ſuum hæredem antequam naſcatur, quia qui nondum eſt dici non poteſt in morientis eſſe poteſtate, *l. fin D. de collat.* & ideò ipſius præteritione non eſſe nullum teſtamentum, quomodo nullum eſſet præteritione filij iam nati, ſed rumpi tanquam agnatiooe ſui hæredis, proptereà quod poſthumus ex quo natus eſt, loco eius eſſe intelligitur, qui iam mortis tempore ſuperſtes fuerit: *l. ſi primo 8. De liber. & poſthum.* ac proinde fatendum eſt dum poſthumi natiuitas expectatur, quia poteſt non naſci, aliquam eſſe hæreditatem, & conſequenter ſeruos eſſe hæreditarios omnes illos, qui mortis tempore ſerui fuerint defuncti patris. Neque tamen eo magis verum erit, aditione aliqua opus fore poſthumo ad acquirendam patris hæreditatem: Naſcendo enim fiet ſuus hæres, non quia poſſit eo tempore dici in poteſtate patris iam mortui, quamuis inter cætera, vel hoc vnum maxime neceſſarium ſit ad inducendum ius & nomen ſui hæredis: *l. ſcripto 7. D. vnd. lib.* ſed quia ſi moriente, & conſequenter adhuc viuo patre natus fuiſſet, in poteſtate, & ſuum hæredem illum naſci contigiſſet: *§ poſthumo 26. Inſtit. de legat.* Itaque ſtatim atque naſcitur, & ipſo iure hæres eſt, & ob id dicitur rumpere ſuccedendo, & ſuccedere rumpendo, nec proinde vlla indiget hæreditatis aditione. Eſtque hic vnicus & valde ſingularis caſus, in quo pater filium non emancipatum habeat hæredem, ſiue ex teſtamento ſiue ab inteſtato; nec tamen hæreditarius ſeruus dici prohibeatur is, qui fuerit ſeruus patris.

L. ſcripto 7. vnd liber. § poſthumo 26 de legat.

Quamquam non nego idem poſſe contingere, ſi ponas filium iam natum eundémque ſuum hæredem teſtamento paterno inſtitutum eſſe ſub promiſcua, & (vt vocant) poteſtatiua conditione. Nam & hoc caſu conditio ſub qua filius inſtitutus eſt, impedit ne interim ius ſui hæredis filium hæredem facere poſſit non modò inuitum, aut ignorantem, ſed nec ſi velit quouſque conditionem impleuerit: Ac proinde hæreditatem aliquam interim eſſe neceſſe eſt, & hæreditarios ſeruos, ſi quos pater proprios habuerit: nec eo magis tamen neceſſaria filio futura eſt aditio, ſed ſufficiet impletam ab eo conditionem vt ipſo iure hæres reperiatur, & neceſſarius; *l. conditionibus 5. D. de condit. & demonſtr.* iunct. *l. 4. D. de hæred. inſtit.*

Si quis tamen pro Labeone quem Paulus in *d. l. pen.* reprehendit contra Paulum diſputare vellet, poſſet fortaſſis dicere minus bonam eſſe comparationem illius caſus, quo ſeruus tuus dum in hoſtium poteſtate eſſes, aliquid peculij nomine tenuerit; Et illius, quo idem ſeruus tuus dum in ciuitate eſſes, etiam peculij iure quid poſſederit quamuis te ignorante. Eſt enim multò facilius, vt per ſeruum ignoranti domino qui in cioitate eſt procedat vſucapio rei peculiaris, quàm vt ei qui apud hoſtes

d. l. pen. D. de capt. & poſtl.

eſt. Siquidem priore caſu, non deeſt perſona, quæ & poſſidere per ſeruum, & vſucapere poſſit: Poſteriore verò, perſona nulla eſt, cùm is qui apud hoſtes eſt, reuera ſeruus eorum ſit, ob idque pro mortuo habeatur; circa perſonam autem eius qui mortuus ſit, nihil fingi poſſe videatur.

Idémque tractari poteſt de alio etiam caſu quem Paulus ſimilem eſſe ſubiungit, hoc eſt, ſi ſeruus hæreditarius aliquid acquiſierit poſthumo nondum nato, aut nondum adita hæreditate. Nam nec tunc perſona vlla eſt quæ poſſidere & vſucapere per ſeruũ hæreditarium poſſit, cùm neque ſerui perſona computari poſſit qui nullus eſt, omninóque incapax acquiſitionis, neque priſtini domini quem ponimus defunctum fuiſſe, neque futuri hæredis, cuius nimirum priuſquàm hæres factus ſit, ratio haberi nulla poteſt.

Atqui, inquies, non negaret Labeo, quod cæteri Iureconſulti iam olim receptum fuiſſe teſtantur, nondum aditæ hæreditatis tempus vſucapioni datum eſſe, ſiue ſeruus hæreditarius aliquid comparar, ſiue defunctus iam vſucapere cœperat. Immo verò, inquam, illo ſaltem caſu quo hæreditarius ſeruus aliquid comparaſſet, negare poſſet Labeo cum Papin. in *d.l 45. §.1. de vſuc.* vſucapionis primordium vllum eſſe ante tempus aditæ hæreditatis. Et quamuis fateretur cum eodem Papiniano in *d. l iuſte 44. §. nondum adita, eod. tit.* iure ſingulari tandem id receptum eſſe, vt eo quoque caſu nondum aditæ hæreditatis tempus vſucapioni detur; Poſſet tamen reſpondere, id quod ſingulari iure ac contra regulas communes receptum eſt, non debere trahi ad conſequentias: *l. quod verò 14. De legib.* id eſt argumentum ex eo ſumi nullum oportere: vt ab Africano non diſſimiliter reſponſum eſſe legimus in *l. qui negotia 34. D. mandat.*

L. qui negotia 34. D. mandat. d.l. iuſto 44. § vltim. De vſucap.

Verùm ne Labeoni ſuprà quàm par ſit, fauere videamur, admittamus quod res eſt, Papinianum in ea ſpecie quæ Labeonem & Paulum diſſentientes habuit, pro Paulo contra Labeonem ſenſiſſe. Nam in *§. vlt. d. l. iuſto*, apertè ſcribit quod iam ſuprà diximus, ſi cùm apud hoſtes dominus, aut pater ageret, ſeruus aut filius aliquid emerit, & ex cauſa peculij poſſederit, vſucapionem inchoari, nec impedimento eſſe domini captiuitatem, vel patris; cuius ſcilicet ſcientia in ciuitate non eſſet neceſſaria. Quæ ratio oſtendit non ſingulari aliquo iure hoc fieri, ſed postliminij iure communi, quamquam ipſum quoque poſtliminij ius ſingulare dici poteſt, ſi cum eo conferatur quod nulla poſtliminij fictione inducta obtineret. Itaque facilius eſſe Papinianus credidit, vt per ſeruum captiui quandocunque reuerſi poſſet procedere vſucapio, quàm vt per ſeruum hæreditarium ante aditam hæreditatem. Cur ita? Quia poſtliminij fictio, ſicuti captiuitatis delet memoriam, ita efficit vt non poſſit videri cœpiſſe, & impleta fuiſſe vſucapio ſine perſona; nihilque aliud ſupereſt quod poſſit obiici, cur non potuerit vſucapio inchoari & compleri durante patris, vel domini captiuitate, niſi quòd abſurdum videatur, ignorantem & poſſediſſe intelligi, & vſucepiſſe. Hoc verò abſurdum eſſe negat Papinianus, & optima & euidenti ratione; quia etiamſi pater, vel dominus in ciuitate manſiſſet, ſcientia eius ad inchoandam complendámque vſucapionem neceſſaria non fuiſſet. At cùm agimus de vſucapione rei, quam ſeruus hæreditarius emerit & tenuerit, licèt ex cauſa peculiari, non illa tantùm ratio obſtare vſucapioni videtur, quòd nullius ſcientia interueniat quæ regulariter neceſſaria eſt, & ad poſſidendum, & ad vſucapiendum. Sed illa etiam & potiſſimùm, quòd neque perſona vlla ſit hoc caſu, quæ vel ignorans poſſediſſe & vſucepiſſe dici poſſit. Perſonam autem aliquam eſſe oportet priuſquàm de poſſeſſione, & vſucapione tractari poſſe videatur. Ea namque vis eſt ratiocinationis illius Papinianeæ in *d.l.45.§. vlt quemadmodum etenim vſucapietur, quod antè defunctus non poſſederat?* Ne ſcilicet de iuris ratione, priùs quàm de perſona quæratur, *l. quidam referunt 14. verſ. vt non ante, D. de iur. codicill. l. 5. in prin. D. vt legat. ſeu fideic. ſeruand. cauſ. caueat.*

Quod cùm ita ſit, non abs re quis miretur, quonam colore illud tandem receptum ſit: vt eo quoque caſu quo ſeruus hæreditarius aliquid comparat, vſucapio perinde procedat, ac ſi aliqua perſona eſſet. Quamuis enim ratio iuris quærenda non ſit in iis quæ iure ſingulari recepta ſunt, & cõtra regulam iuris, *l. in his 15. D. de legib.* numquam tamen deeſt color aliquis, propter quem debuerit induci ius illud ſingulare. Color autem in propoſito ſubeſſe is videtur, quòd quẽadmodum durante patris, vel domini captiuitate, perſona quæ reuera nulla eſt ad poſſidendum, & vſucapiendum, ſperatur tamen ex beneficio poſtliminij, de quo vtrique lex ſemper bene ſperat, cùm eam ſpem in populi Romani virtute bellica videat collatam, *d. l. in bello. 12. in prin. De capt. & poſtlim.* Ita & iacente hæreditate ſperatur perſona hæredis, quandoquidem ſola ſpes habendi hæredis ius & fictionem hæreditatis non ſolùm inducit, ſed etiam conſeruat; adeò vt ſi quando hæres aut bonorum poſſeſſor, qui aliquis ſperabatur, ſperari vllus deſinat, hæreditas quoque deſinat eſſe hæreditas, & fiant bona vacantia: *l. vlt. D. de ſucceſſ. edict.* Nec alia inter hos caſus differentia eſt, niſi quòd per reditum eius qui fuit apud hoſtes non inducitur noua perſona, ſed illa ipſa quæ fuerat ante captiuitatem, & quæ ſemper in ciuitate manſiſſe intelligitur: Per aditionem verò hæreditatis inducitur noua perſona hæredis, quæ antea non erat. Cæterùm ſicut fictio poſtliminij delet memoriam captiuitatis, ita & retrofictiò quæ facit vt hæres quandocunque adeundo retrofingatur adiiſſe ex die mortis: *l. hæres quandocunque 49. D. de acq. hered.* tollit omnem memoriam iacentis hæreditatis, ita vt nec vlla hæreditas vnquam fuiſſe videatur, ſed coniungatur cum inſtanti mortis teſtatoris, inſtans aditionis hæredis.

Illud ſanè multò faciliùs recipi potuit, vt per ſeruum, aut filiumfamilias dominus vel pater etiam ignorans vſucapere ex cauſa peculij poſſet, quoniam eo caſu ſola domini vel patris ignorantia poteſt facere dubitationem, non etiam defectus perſonæ, quæ adeſt reuera, ita vt nec vlla in eam rem opus ſit fictione. At in cæteris omnibus caſibus de quibus diximus, perſona nulla eſt, niſi quæ vel per hanc vel per illam fictionem inducatur. Idque eſt quod videtur Labeonem decepiſſe, vt licèt non ignorauerit ius quod erat iam receptum in permittenda rerum peculiarium ignorantibus dominis vel patribus vſucapione, non ideo tamen videre potuerit, qua ratione eo exemplo permittendum eſſet, vt qui apud hoſtes eſſet, quantumuis poſtea reuerſus, vſucapere interim per filiumfamilias aut ſeruum poſſet. Debuit autem animaduertere in his quæ iuris ſunt, cuiuſmodi eſt vſucapio,

parum

Digitized by Google

parum referre an perſona aliqua ſit reuera, an per fictionem iuris inducatur. Itemque quod iam ſuprà monuimus in iis, quæ iure ſingulari recepta ſunt, non poſſe nos ſequi regulam iuris. Quanquam & illud pro tuendo Labeone reotari poteſt, nondum eius temporibus receptum fortaſſis fuiſſe, quod Papiniani & Pauli ætate multò poſteriore receptum fuit iure ſingulari, circa rerum peculiarium vſucapionem ignorantibus quoque patribus vel dominis permittendam: Quæ enim contra rationem ſingulari aliquo iure recipiuntur, ea non ſtatim admittuntur, ſed paulatim inualeſcunt, vt loquitur Vlp. in *l. quæſitum* 12. §. *ſed ſi fundus* 27. *D. de inſtruct. vel inſtrum. legat.* Porro ſi tollas iuris huius ſingularis authoritatem, dubitandum non eſt quin iuris communis ratio faciat pro ſententia Labeonis. Sed iſta ad Labeonem, Papinianum & Paulum adnotaſſe ſufficiat.

ILLATIO XXVII.

De poſtliminio ſerui iam recepti intra fines Romani Imperij.

VIceſimo ſeptimò ex eodem Principio infertur, quod Labeo dicebat, ſi id quod noſtrum hoſtes ceperunt, eius generis ſit, vt poſtliminio redire poſſit; ſimul atque ad nos redeundi cauſa profugit ab hoſtibus, & intra fines imperij noſtri eſſe cœpit, poſtliminio eum rediiſſe intelligi. Vt enim poſtliminium inducatur, ſufficit eum qui ab hoſtibus captus fuerat, eorum poteſtatem euaſiſſe, & ex noſtris eſſe cœpiſſe, ita vt ab hoſtibus recuperari probabiliter non poſſit. Quod euenit ſtatim atque intra fines imperij noſtri receptus eſt. Sed tamen & hoc quoque caſu Paulus ſolito ſuo contradicendi ſtudio ad Labeonem notat in *l. vlt. eod. tit. De capt. & poſtlim.* poſſe hanc Labeonis ſententiam aliquando falſam eſſe; Nempe ſi cùm ſeruus noſtri ciuis ab hoſtibus captus inde aufugit, apud nos ita ſit, vt neque in domini ſui ſit poteſtate, neque vllidum ſeruiat. Quamuis enim non ſolùm intra fines Imperij noſtri ſe receperit: ſed etiam quod magis eſt in ipſa vrbe Roma ſit, nondum tamen poſtliminio rediiſſe creditur, quia ſcilicet poſtliminium habere non poteſt ex propria perſona, qui ipſe nunquam in ciuitate fuit, nec caput habuit. Itaque neceſſe eſt vt poſtliminium habeat vel ex domini ſui, vel ex alterius ciuis perſona: Ex domini autem perſona non poteſt habere, quandiu ſe domino ſubtrahit, nec in eius poteſtatem redit: Ex alterius vero perſona, multò minùs, ſi nemini ſeruiat. Si enim alicui ſeruiret, quamuis non domino, ſiue bona, ſiue mala fide, ex illius ſaltem perſona poſtliminio rediiſſe intelligendus eſſet; vel ob hoc ipſum, vt eum vindicare, aliterve repetendi eius nomine agere dominus poſſet.

Poſtliminium ſerui diſſicilius inducitur Et quare.

ILLATIO XXVIII.

De illo, qui cùm pro emptore poſſidere & vſucaperet, captus fuit ab hoſtibus.

VIceſimooctauò ex hoc eodem Principio, iunctis iis quæ ſcripſimus *illat. 26. ad fin. l. pen. eod. tit. De captiu. & poſtlim.* pendet explicatio diſſenſionis quam inter Iulianum & Marcellum fuiſſe refert Paulus in *l. ſi quis pro emptore* 15. *D. de vſucap.* Quæſtio erat de illo, qui cùm pro emptore poſſideret ante vſucapionem completam captus fuerat ab hoſtibus, An nimirum hæredibus eius procederet vſucapio. Nam quod ad ipſum pertinet, res non habet dubitationem quin vſucapio intertumpatur, adeóque ita vt ſuperueniente poſtliminio non reſtituatur: quia vt ſæpius iam diximus, nulla eſſe poteſt vſucapio ſine poſſeſſione, poſſeſſio autem plurimum facti habet, cauſa verò facti, non continetur poſtliminio; quemadmodum ratiocinatur Papinianus in *l. denique* 19. *D. ex quib. cauſ. maior.* Hoc verò admiſſo, quod inter Prudentes dubium nunquam fuit, abſurdum videtur, vſucapionem, quæ captiuo ipſi ab hoſtibus reuerſo non proſit, hæredi eius prodeſſe. Ita enim fieret vt plus iuris haberet hæres quàm habuiſſet, aut habiturus fuiſſet ille, in cuius iura ſucceſſiſſet: contra *l. nemo plus commodi* 120. *l. aliud eſt* 160. §. *abſurdum eſt, De regul. iur.* *L. denique* 19. *D. ex quib. cauſ. maior.*

Sed tamen non eadem hac in re defuncti & hæredis ratio eſſe poteſt, fatendúmque eſt plus iuris hæredem hunc habere quàm defunctus fuerat habiturus: Propter illam diuerſitatis rationem, quæ partim à Paulo exprimitur, partim ſupplenda eſt, quòd cùm de illo ipſo agimus qui ab hoſtibus captus fuit, verum eſt eum in ſua vita deſiiſſe poſſidere; ex inſtanti ſcilicet captiuitatis, quia exinde non potuit ipſe quicquam poſſidere, qui ab alio poſſidebatur: *l. cùm hæredes* 23. §. 1. *D. de acquir. poſſ.* vbi hanc ob cauſam Iauolenus ſcribit ei reuerſo noua poſſeſſione opus eſſe, etiamſi nemo medio tempore res ipſius poſſederit, ac proinde poſtliminium ei non prodeſſe, quod ad hoc, vt vſucepiſſe videatur. At cùm captiuus apud hoſtes defunctus eſt, quomodo defunctum ponimus eum de cuius hærede diſputamus, (nec enim viuentis quantumlibet captiui hæres vllus eſſe poteſt, *l. nec nos* 4. *C. de captiu. & poſtlim.*) non poteſt videri captiuus deſiiſſe in ſua vita poſſidere, propter fictionem nimirum legis Corneliæ, per quam fit vt tempora captiuitatis ex die quo quis captus eſt iungantur morti, vt loquitur Papinianus in *l. iuſto* 44. §. *vlt. in fi. De vſucap.* id eſt vt ex quo inſtanti captiuitas contigit, retrofingatur is qui captus eſt deceſſiſſe, vt eadem retrofictione poſſit videri deceſſiſſe ciuis Romanus, qui capitur, non qui iam captiuus, ſed qui adhuc ciuis eſt: Atqui à tempore mortis ſi ponamus aliquem in ciuitate fuiſſe ſuum hæredem, dubitandum non eſt quin licèt poſſeſſio defuncti nó cótinuetur in hæredé, ne quidé adita hæreditate, quouſque corporalis poſſeſſio apprehenſa ſit, d. l. *cùm hæredes, in pr.* eâ tamen quandocunque apprehenſâ, procedat hæredi poſſeſſio reſtatoris ad vſucapionem, dummodo res medio tempore à nullo poſſeſſa ſit: *l. poſſeſſio* 20. *de vſucap.* non ſolùm ſi hæres eum

 poſſidere

Digitized by Google

poſſidere aliquando cœperit, ſed etſi numquam eũ poſſederit, dum nec alius etiam vllus poſſeſſionem eius prior apprehenderit: *l. qui eum pro hærede 6.§.vlt.D.pro emptor.* Nam ſi non poſſederit illum hæres priùs, ſed alius, teſtatoris poſſeſſio ei accedere non poteſt, non magis quàm emptori poſſeſſio venditoris interpoſita media alterius poſſeſſione: Meritóque exploſa eorum ſententia eſt, qui putabant aliud in hærede quàm in emptore probandum eſſe: quia tametſi vt illi dicebant plenius ſit ius ſucceſſionis, quam emptionis, in propoſito tamen caſu medium inhabile poſſeſſionis tertij impedit coniunctionem extremorum, hoc eſt poſſeſſionis defuncti cum poſſeſſione hæredis, vt Vlpianus ſubtiliter diſputat in *l. Pomponius 13. §. quæſitum, De acquir. poſſ.*

Si verò ponamus captiui, de quo agimus, ſuum hæredem in ciuitate nullum fuiſſe, ſed extraneum, qui nequeat citra aditionem hæres eſſe, inducetur per legem hæreditas ſtatim ex ipſo inſtanti mortis; inducta verò incipiet perſonæ vicem ſuſtinere, non quidem quantum ad cauſam poſſeſſionis, quæ vt diximus facti eſt, *l. 1. §. Scæuola, D.ſi is qui teſtam.lib.eſſ.iuſſ.* ſed quantum ad hoc vt expectari poſſit hæres, quo poſtea hæreditatem quandocunque adeunte, ac poſſeſſionem rerum hæreditariarum à nemine interim occupatam adprehendente, poſſeſſio quæ fuerat defuncti poſſit iungi cum poſſeſſione hæredis, toto intermedio tempore conſequenter ad vſucapionem computato, quod nec intermedium fuiſſe vllum intelligitur. Immo & ſola ſpes futuri hæredis ſufficit vt ante aditam quoque hæreditatem vſucapio impleri poſſit, dummodo per intermediam alterius poſſeſſionem non interrumpatur: *d.l qui cum 6.§.vlt.pro emptor.* Itaque nõ quæ ratio impedire poterat ne captiuo ipſi procederet vſucapio, ſi ab hoſtibus rediiſſet, eadem hæredi nocebit captiuo apud hoſtes defuncto. Et hoc quoque nullam videtur inter Iureconſultos diſſenſionem habuiſſe. Nihil enim vnquam interfuit, an hæreditas vel ciuis Romani per legem duodecim tabularum, vel captiui per legem Corneliam induceretur.

Diſſenſio Iuliani à Marcello.

Sed quod Paulus ſubiicit de captiui ſeruo, qui aliquid emerit in ciuitate, diſſentientes habuit Iulianũ & Marcellum. Nã Iulianus diſtinguebat fictionẽ poſtliminij à legis Corneliæ fictione. Domino reuerſo dicebat intelligi vſucaptum, quod ſeruus emiſſet, ac tenuiſſet. Domino autem non reuerſo, ſed apud hoſtes defuncto, fatebatur poſſe dubitari an per legẽ Corneliã ad ſuceſſores eius pertinere poſſet; atque ita procliuior in id erat, vt non putaret pertinere. At Marcellus contendebat, immo verò fictionem legis Corneliæ plenius accipi poſſe quàm fictionem poſtliminij. Quemadmodum enim poſtliminio reuerſus, inquit, plus iuris habebit in his quæ ſerui egerunt, quàm in his quæ per ſe, vel per ſeruum poſſidebat cùm ad hoſtes peruenit? Atqui in iis quæ ipſe per ſe vel per ſeruum poſſidebat, certum eſt interpellatam fuiſſe vſucapionem per captiuitatem vt diximus *initio huius illationis*: Ergo & multò magis dicendum eſt non poſſe vſucaptum intelligi, quod durante patris vel domini captiuitate ſeruus vel filius emerit. Scilicet non ex cauſa peculij, ſecundum eam Papiniani diſtinctionem, de qua ſupra diximus ex *l. iuſto 44. §. vlt. eo. tit.* Alioqui Marcellus non tantum cum Iuliano, ſed etiam cum Papiniano pugnaret. Ratio autem Marcelli eadem fuit quæ Papiniani, quod hoc caſu perſona nulla ſit quæ poſſit videri vnquam poſſediſſe: Non ſerui, qui vtique non magis capax eſt poſſidendi quàm ſibi acquirendi, cùm poſſidere nihil aliud ſit, quam ſibi & animo domini habere, vt Theophilus *in Inſtitutionibus* definit: Non domini, vel etiam etiam patris, quia nihil poſſidere poteſt qui ipſe ab alio poſſidetur, *dict.l cum heredes 23.§.1.De acquir. poſſeſſ.* Porro prius eſt, vt quod dicitur vſucaptum, fuerit poſſeſſum ab aliqua perſona, cùm non magis poſſit vſucapio eſſe ſine poſſeſſione, quam poſſeſſio ſine perſona poſſidentis, quomodo vt ipſa ratiocinatur Papinianus in *d.§. vlt.* Eſtque tam aperta hæc ratio, vt nec probabile ſit contra putaſſe Iulianum, ſed potiùs cùm de vſucapione tractauit eius rei, quæ per captiui ſeruum vel filium quæſita ſit in ciuitate, de illa re ſenſiſſe, quæ fuerit empta, vel aliter acquiſita ex cauſa peculiari. De qua etiam ſenſerunt cæteri Iureconſulti quoties dixerunt, eos qui in captiui poteſtate fuerunt, vſu adquirere rem poſſe; vt in *l. ait Prætor 23 §.hi planè, D.ex quib.cauſ.maior.* Nec nouum eſt in Marcelli ad Iulianum, & Pauli ad Papinianum & Labeonem notis obſeruare, quanto illi ſtudio contradicendi reprehenderint tanquam aliquo caſo falſa, quæ Iulianus, Labeo & Papinianus præcipui Iuriſprudentiæ noſtræ coriphæi alio ſenſu dixerant, & vt ad alios caſus accommodarentur.

L. ait prætor 23 §. hi planè D. quib.ex cauſ.maior.

Sed pergamus Marcelli notam explicare. Iam probauit fictionem poſtliminij facere nõ poſſe, vt quod captiui ſeruus emit, ex cauſa videlicet non peculiari, reuerſo domino vſucaptum intelligatur: quia vt diximus, perſona nulla eſt, quæ durante captiuitate poſſit videri poſſediſſe, & vſucepiſſe. Supereſt probandum, quod Iulianus, quamuis dubitando, negabat, plenius accipi poſſe legis Corneliæ fictionem, ſi forte dominus hic, cuius ſeruus emerat, dum eſſet dominus in captiuitate conſtitutus, apud hoſtes deceſſerit. Hoc verò Marcellus probat ea ratione, quòd receptum ſit hæreditatem in quibuſdam vice perſonæ fungi; vt nimirum inferat, illud quoque multò facilius recipi poſſe, vt iacente hæreditate vſucapio non tantùm compleatur, quæ iam inde viuo defuncto fuerat inchoata, ſed etiam inchoëtur, quã vt durante domini vel patris captiuitate.

Nam ſi quis pro Iuliano contra Marcellum replicet, Hæreditatem non in omnibus vice perſonæ fungi, in iis ſcilicet quæ facti magis quam iuris ſunt, cuiuſmodi eſt poſſeſſio, ex *d.l.1.§.Scæuola, D.ſi is qui teſta. lib. eſſ. iuſſ.* iunct. *d.l.denique 19.D.ex quib.cauſ.maior.* Duplicabimus pro Macello, Hanc rationem facere duntaxat, vt non poſſit dici in propoſita ſpecie, inchoari vſucapionem ipſo iure cum iacet hæreditas, quod & Papinianus quoque ſenſit ſolam merámque iuris rationem ſecutus, in *l.præſcriptio 45.§.1.eod.tit. De vſucap.* At non etiam vt iure ſingulari non idem recipi debuerit, quomodo receptum eſſe fatetur idem Papinianus in *d.l.iuſto §.nondum*: cùm tamen non ſimiliter iure ſingulari etiam illud recipi potuerit, vt durante domini captiuitate poſſet procedere vſucapio eius rei, quã ſeruus vel filiusfamilias ex cauſa non peculiari tenuiſſet: Nempe quia minùs receditur à iuris ratione, cùm permittitur vſucapio fauore hæreditatis, quæ vicem perſonæ in quibuſdam gerit, quam ſi permittatur fauore captiui, qui captiuitatis tempore neque perſonã vllam habere, neque habuiſſe vnquam intelligitur, ſcilicet ſi agatur de re non peculiari. Nam in re peculiari

meliorem

Digitized by Google

melioꝛem eſſe captiui quàm hæreditatis conditionem, diximus *præcedente illatione*, ex eodem Papiniano in *d. l. iuſto §. vlt. iunct. l. ſequ. §* 1. Et diſſimilitudinis ratio illa afferri poteſt, quod vſucapio rei peculiaris minùs exigere videtur, perſonam aliquam domini, cuius nec exigit ſcientiam: niſi probabilius quis putet, quod facilè admitterem, Marcellum in hoc ipſo, quod fauorabiliorem eſſe vult cauſam hæreditatis quam captiui, non ſolùm à Iuliano, ſed etiam à Papiniano, apud quem Iuliani autoritas plurimùm ſemper valuit, diſſenſiſſe.

Illud ſanè certum eſt, in poſtremis illis Marcelli verbis, *idcóque in ſucceſſoribus locum non habere vſucapionem*, abundare negationem, quæ & ob eam cauſam notis intercluſa eſt, vt ſolent eſſe cæteræ irreptitiæ dictiones: quod etiam Cuiacius bene docuit: quia Marcelli ſententia procul dubio illa eſt, vt in ſucceſſoribus illius qui apud hoſtes deceſſit, locum habeat vſucapio eius rei, quam captiui ſeruus pendente poſtliminij iure comparauerit. In quo tamen conſtituenda differentia eſt inter ſeruum & filiumfamilias comparantem. Nam in ſeruo procedit ſententia Marcelli, in filiofamilias verò quod Papinianus contrarium ſcribere videtur in *d. §. vlt l. iuſto*, Si filius qui patrem captiuum babebat, interim aliquid emerit in captiuitate, & ibi pater poſtea deceſſerit, filium poſſe dici & poſſediſſe & vſucepiſſe, non aliis ſucceſſoribus patris, ſi fortè fuerat ille in paterno teſtamento ante captiuitatem facto exhæredatus, aut ex parte tantùm inſtitutus, ſed ſibi ipſi, quia captiuitatis tempora, ex quo die pater captus eſſet, morti iungerentur, atque ita poſt mortem patris facta per filium emptio videretur, & conſequenter eo tempore quo filius iam paterfamilias, ac proinde acquiſitionis capax intelligeretur.

Marcellus emendatus.

Differentia inter filiumfamilias & ſeruum.

Quamquam ratio hæc oſtendere videtur non obſcurè, nec in eo caſu quem Marcellus tractat, facilè admiſſurum fuiſſe Papinianum, vt defuncti captiui ſucceſſoribus procederet vſucapio. Alioquin non filio ſed patris ſucceſſoribus omnibus, ſecundùm Marcelli ſententiam, ea vſucapio prodeſſe deberet. Niſi quis pro Marcello reſpondeat, quod ſanè verius eſt, apud Papinianum nihil tractari poſſe de hæreditate, ſuperſtite ſcilicet ſuo hærede qui ſtatim & ipſo iure ſit hæres: *l. in ſuis* 11. *D. de liber. & poſthum.* Tunc enim quæſtioni locus ſit de hæreditate, ac de ſeruo hæreditario, cùm vel filius nullus eſt, vel tantùm poſthumus ſperatur, vt alibi ſuprà diximus ex *l. penult. D. de captiu. & poſtlim.*

Poſtremo apud Marcellum ne quid prætermittamus notatu dignum illud eſt, quod in illis verbis, *nam hæreditatem*, dixit *nam*, pro *ſed*, quod & aliis quibuſdam iuris noſtri locis ſimiliter vſurpatum eſſe, nonnulli ex recentioribus Interpretibus obſeruarunt.

ILLATIO XXIX.

Corollarium ad ea quæ de poſtliminio dicta ſunt.

POſtremo ad hoc Principium referenda ſunt, quæcunque de poſtliminij poteſtate in libris noſtris ſcripta legimus, vt in ſpecie *l. item Labeo* 11. *§. vlt.* cum *l. ſeq. D. famil. erciſc.*

PRINCIPIVM IX.

De fictione legis Corneliæ, De captiuis.

FIctio legis Corneliæ *de Captiuis*, iungit morti tempora captiuitatis, vt ciuis Romanus ab hoſtibus in bello captus, & apud eos defunctus, quamuis reuera ſeruus hoſtium deceſſerit, perinde tamen habeatur ac ſi in ciuitate, aut ſaltem ante ſeruitutem deceſſiſſet, nec minùs habere poſſit & hæreditatem & hæredem: *l. iuſto* 44. *§. vlt. De vſucap. l. in omnibus* 18. *D. de capt. & poſtl.* vbi Vlpianus generaliter ſcribit, In omnibus iuris partibus eum, qui ab hoſtibus reuerſus non eſt, quaſi tunc deceſſiſſe videri cùm captus eſt. Etſi tamen valdè generalis hæc ſententia eſt, nihil tamen aliud facere lex Cornelia voluit, niſi vt captiuorum hæreditates induceret ac confirmaret, ad hoc vt hæredem habere poſſent: quoniam lex duodecim Tabularum, quæ prima & in tempus vſque legis Corneliæ ſola hæreditates induxerat & confirmauerat, non de aliis hæreditatibus locuta fuerat, quàm quæ eſſent ciuium Romanorum, *l. verbis legis* 120. *l. lege obuenire* 130. *De verb. ſignific.* ſicut & lex Falcidia, cuius verba referuntur in *l.* 1. *D. ad leg. Falcid.* Atqui conſtat ciues Romanos, qui ab hoſtibus capiuntur, non ſolùm amittere ciuitatem, ſed etiam libertatem, cùm re vera fiant ſerui hoſtium: *l. 5. in fin. D. de verb. ſignific.* Noua igitur lege opus fuit, vt captiuorum hæreditates confirmarentur, ſiue legitimæ, ſiue teſtamentariæ: *l. lex Cornelia* 28. *D. de vulgar. & pupill. ſubſtit.* in cuius fine ob hanc cauſam lex Cornelia opponitur legi duodecim tabularum, quoniam in illa ſpecie ſi lex Cornelia locum haberet, alij deferret hæreditatem, quàm cui lex 12. Tab. fuiſſet delatura.

ILLATIO I.

De confirmandis captiuorum teſtamentis in ciuitate factis.

EX hoc Principio illud primum fit, quod Iulianus ſcribit in *l. lege Cornelia* 12. *D. qui teſtam. facer. poſſ.* lege Cornelia teſtamenta eorum qui in hoſtiū poteſtate deceſſerint, perinde confirmari, ac ſi hi qui ea feciſſent, in hoſtium poteſtatem non perueniſſent. Nec enim potuerunt teſtamentariæ hæreditates confirmari, quin teſtamenta ipſa in neceſſarium antecedens confirmarentur. Cúmque nihil maius aut honorificentius à lege datum ſit ciui Romano, datiue potuerit, quàm ius faciendi teſtamenti, quod ipſum nihil aliud eſt quàm ius condendæ legis, vt ſuo loco docuimus; conſentaneum certè fuit, legem Corneliam in eum præcipuè finem latam, ne captiuitatis metu ciues Romani à bellicis periculis vltro ſubeundis deterrerentur, id maximè conſtituere, quod teſtamenta confirmare poſſet. quæ captiuitas omnino irrita feciſſet.

L. lege Cornelia 12. *D. qui teſtam. facere poſſ.*

Quinimo multò maior poteſtas effectúſque eſt confirmationis teſtamenti, quàm hæreditatis: Cùm enim de hæreditatis tantùm, non etiam de teſtamenti confirmatione agitur, ſola captiui hæreditas

ideo rumpi poſſit per bonorum poſſeſſionem contra tabulas patrono dandam, quia per legem Corneliam fuerit confirmatum: Nempe quia bonorum poſſeſſio contra tabulas licet contra lignum eſſe dicatur, non aliter tamen dari poteſt, quàm ſi tabulæ tales ſint, ex quibus vel adiri hęreditas iure ciuili vel bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas peti iure prætorio potuerit: *l. quod vulgo 19. D. de bonor. poſſ. contr tabul.* Atqui ex tabulis eius qui hoſtium ſeruus deceſſiſſet, non magis poſſet peti bonorum poſſeſſio iure prætorio, quàm adiri hæreditas iure ciuili, niſi lex Cornelia captiui teſtamentum confirmaret, quia non minùs prætor in danda bonorum poſſeſſione, quàm ciuilis Legiſlator in deferenda hæreditate teſtamentaria exigit, vt teſtator vtroque tempore & teſtamenti & mortis habuerit ius faciendi teſtamenti: *l. 1. §. exigit, D. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tabul.* non poteſt autem habere teſtamenti factionem is qui ſeruus hoſtium factus fuit.

At illud magis mirum videri poteſt, cur Prætor det bonorum poſſeſſionem ſiue ſecundum, ſiue contra tabulas captiui, cùm lex Cornelia vt diximus non confirmet teſtamentum, niſi ad hoc vt faciat & hæreditatem & hæredem: bonorum verò poſſeſſor hæres non ſit, ſicut nec bonorum poſſeſſio hæreditas: nec enim Prætor hæredem facere potuit, *§. quos autem, infr. De bonor. poſſ.* nec rurſus lex Cornelia bonorum poſſeſſorem. Sed dicendum eſt, confirmato per legem Corneliam teſtamento, licèt ad eum finem vt & hæreditatem faciat & hæredem, non etiam vt vel bonorum poſſeſſionem inducat, vel bonorum poſſeſſorem, nihil iam prohibere quominùs ex eo teſtamento poſſit Prætor dare bonorum poſſeſſionem ſiue ſecundum tabulas, ſiue contra tabulas, quia ſcilicet Prætoris officium & inſtitutum eſt, vt non minùs legis Corneliæ, quam teſtatoris voluntatem ſubſequatur: quomodo eleganter loquitur Papinian. in *l. pater 10. §. 2. D. de captiu. & poſtlim.*

Optima igitur & elegans conſecutio illa eſt, vt teſtamentum liberti apud hoſtes defuncti, poſſit rumpi per bonorum poſſeſſionem contra tabulas patrono dandam, quia tale teſtamentum per legem Corneliam confirmatur. Non enim poſſet rumpi, quod iam per captiuitatem irritum & nullum factum eſſet, *l. 5. verſ. poſt defectum, D. de iniuſt. rupt.* An ergo ideò tantùm confirmatur per legem Corneliam vt rumpi poſſit? Immo vt valeat, & defuncti voluntas exitum, ſi fieri poterit, ſortiatur. Nec enim certum eſt ruptum iri, ſi fortè patronus bonorum poſſeſſionem contra tabulas petere, vel nolet, vel non poterit aliqua de cauſa. Teſtamentum enim quod ſi valeret, omnimodo rumperetur, numquam per legem Corneliam confirmatur, vt ex *ſequenti illatione* apparebit.

ILLATIO IV.

De teſtamento illius qui vxore prægnante relicta deceſſit apud hoſtes.

QVartò ex eodem Principio fit, quod Iulianus ſcribit in *l. bona, 22. §. vlt. D. de capt. & poſtlim.* Si quis cùm prægnantem vxorem haberet, in hoſtium poteſtatem peruenerit, & nato deinde filio mortuo ibi deceſſerit, eius teſtamentum nullum eſſe, id eſt, per legem Corneliam non confirmari, cùm tamen ſine legis Corneliæ confirmatione valere non poſſit, non ſolum tanquam quod viuo adhuc teſtatore irritum factum ſit per captiuitatem, *l. 6. §. irritum, D. de iniuſt. rupt.* ſed etiam quia teſtamenta omnia ſint nulla ſui natura & inutilia niſi quatenus per legem confirmantur, cùm ſola lex tribuat ius & facultatem teſtandi. Atqui teſtamentum hoc, neque per legem 12. Tab. confirmatur, quia factum fuit irritum per captiuitatem, neque per legem Corneliam. Hoc ipſo igitur nullum illud eſſe neceſſe eſt. Ideò autem per legem Corneliam non confirmatur, quoniam, vt Iulianus ait, etiam illorum qui in ciuitate manſerunt, teſtamenta hoc caſu rumpuntur, id eſt, ſui hæredis præteriti agnatione. Senſus eſt, Non alia teſtamenta per legem Corneliam confirmari, quàm ob eam duntaxat cauſam ex lege 12 Tabul. confirmari nequeunt, quòd captiuitas fecerit ea irrita, quódque teſtator non habuerit mortis quoque tempore factionem teſtamenti. Cur enim cætera confirmaret, quæ nec ſi captiuitas nulla interceſſiſſet, confirmari tamen ex leg. 12. Tab. potuiſſent: An fortè debuit admitti, vt teſtamentum quod etiam defuncto in ciuitate teſtatore omnimodo inualidum ex qua alia cauſa futurum erat, melioris fieret conditionis ob id ſolùm, quod iuncta captiuitatis ratio irritum illud feciſſet: Atqui teſtamentum in quo præteritus fuit poſthumus ſuus qui poſtea natus fuerit omnimodo ruptum eſſet agnatione ſui hæredis etiamſi teſtator in ciuitate manſiſſet, *l. 1. & tot. tit. De iniuſt. rupt.* Nulla ergo ratio eſt cur per legem Corneliam confirmetur.

L. bona 22. § vlt. D de captiu. & poſtlim.

Dices, ruptum igitur teſtamentum dici debere, non nullum. Nec enim agnatio ſui hæredis præteriti facit nullum & iniuſtum, ſed rumpit. Reſpondeo non potuiſſe rumpi hoc de quo agimus, cum ante poſthumi natiuitatem, captiuitas patris iam irritum illud feciſſet. Rumpuntur enim illa demum teſtamenta quæ valent, & quæ alioquin, id eſt ſi non rumperentur, confirmanda eſſent per legem duodecim tabularum. In quo numero non continentur ea, quæ viuo teſtatore irrita iam facta ſunt, immò nec ea quæ moriente teſtatore in ea cauſa reperiuntur, vt rumpi aliquando poſſint, puta quandiu poſthumus ſperatur, quamuis ventrem plenum eſſe certò neſciatur: *l. ventre 84. in princip. ff. de acquir. hæredit.*

Cæterùm quod teſtamentum viuo teſtatore ruptum, vel irritum factum eſt, ruptúmque, vel irritum ob eam cauſam dici debuit, mutat nomen mortuo teſtatore, incipitque nullum dici, vt reuera eſt; quia cùm quærimus an defuncti hominis aliquod teſtamentum ſit, non de illo diſputamus an aliquod aliquando fecerit, ſed de illo tantùm, An cum aliquo teſtamento deceſſerit: Nullum enim teſtamentum eſſe poteſt illius, qui ſine teſtamento deceſſerit. Atqui non poteſt videri cum teſtamento deceſſiſſe is, cuius adhuc viuentis teſtamentum ſemel ruptum, vel irritum factum fuit, ſi non ex noua voluntate alióve iure conualuerit: Verum igitur eſt, teſtamentum ipſius nullum eſſe, licèt aliquando fuerit. Præſertim verò quia vt iam attigimus, nec teſtamentum vllum eſſe poteſt, quantumuis ſolenne, integrum & intactum, niſi quod per le-

gem

Digitized by Google

gem confirmetur; quandoquidem ſine legis auxilio fieri nequit, vt defuncti hominis, qui iam nullus ſit, voluntas aliqua ſuperſit. Atqui teſtamentum quod viuo teſtatore ruptum, vel irritum factum eſt confirmari per legem non potest, quippe quod eo tempore, vt diximus, iam nullum amplius ſit, maxime cùm ex cauſa captiuitatis irritum factum fuit, & apud hoſtes teſtator deceſſit, quia in confirmandis teſtamentis illud potiſſimùm inſpicere lex ſolet, an teſtator mortis tempore habuerit teſtamenti factionem. Teſtamentum igitur poſt mortem teſtatoris non iam ruptum aut irritum, vt antea, ſed nullum dicendum eſt, cùm neque per legem duodecim tabularum, neque per Corneliam confirmetur. Etſi videnda ſunt in hanc rem quæ de poſthumo Corneliano, quamuis paullò aliter, ſcripſimus ad Iauolenum in *l. qui vxorem 15. D. de iniuſt. rupt. li. 10. Coniect. cap. 9 & duob. ſeqq.*

Nec eſt contrariũ quod *proxima illatione* diximus, fieri nonnunquam, vt idem teſtamentum & ex lege Cornelia confirmetur, & nihilominùs rumpatur, vt in ſpecie *d. l. 4. §. 1. De bo. libe.* Aliud enim eſt teſtamentum rumpi poſſe, vt in illo caſu: Aliud verò iam ruptum eſſe, vt in eo de quo diſputamus. Quod rumpi poteſt, ſi nondum ruptum ſit, per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, vtique per legem Corneliam confirmari poteſt, quia poteſt etiam non rumpi. Nec minor eſt poteſtas legis Corneliæ in confirmando captiui teſtamento, quàm legis duodecim tabul. in confirmandis ciuium teſtamentis. Porrò lex 12. tab. non eo minùs confirmaret teſtamentum ciuis Romani, quòd fieri poſſet, vt rumperetur petita contra tabulas bonorum poſſeſſione, quia eo modo rumpitur non iure ciuili, quod ſolum lex 12. tabularum agnoſcit & inducit, ſed iure prætorio: neque rurſum ſolius iuris poteſtate, ſed extrinſeco hominis facto concurrente. Ergo nec eo minùs per legem Corneliam confirmari poterit captiui teſtamẽtum, quod in eo ſtatu reperiatur, vt per bonorum poſſeſſionem contra tabulas rumpi aliquo caſu poſſit. Neque illa tantùm ratione quòd certum non ſit omnimodo ruptum iri, cùm multa poſſint interuenire quæ faciant ne rumpatur, vt diximus, ſed illa etiam quod prius ſit vt teſtamentum per legem, ſiue 12. tabul. ſiue Corneliam confirmetur, quàm vt per bonorum poſſeſſionem contra tabulas rumpi poſſit, quandoquidem, neque ante confirmationem, id eſt viuo adhuc teſtatore bonorum poſſeſſio contra tabul dari poteſt, neque poſteaquam teſtamentum confirmari poſſe deſiit, quod euenit ſi in ipſo mortis inſtanti per legem non confirmetur (quoties cauſa nulla ſubeſt quæ confirmationem protrahat in longius tempus, vt in *l. 1. §. ſciendum, l. 2. §. proximum, D. de ſuis & legit.*) quia bonorum poſſeſſio contra tabulas licèt dicatur eſſe contra lignum, tamen non contra lignum aliud eſt quàm quod ſit tabularum, vt nomen ipſum demonſtrat; Tabularum verò nomen non merentur eæ tabulæ, ex quibus nullo caſu adiri hæreditas iure ciuili, aut bonorum poſſeſſio ſecundum eas iure prætorio peti poſſit: *d. l. quod vulgo. 19. D. de bon. poſſ. cont. tab.* cuiuſmodi porro conſtat eſſe tabulas teſtamenti quod nulla lege fuerit confirmatum. Abſurdum igitur eſſet, implicarétque contradictionem ſi quis diceret poteſtatem legis Corneliæ in confirmando captiui teſtamento impediri ex eo debere, quod aliquo caſu teſtamẽtum rumpi poſſit per contra tabulas, cùm nullo prorſus caſu id euenire poſſit, quin fuerint tabulæ prius confirmatæ. Longéque diuerſum eſt, quod ſuprà diximus, teſtamentum quod ſui hæredis præteriti agnatione rumpi poteſt, quandiu in ea cauſa eſt confirmari interim per legem non poſſe, *d. l. ventre 84 D de acq. har.* Hoc enim caſu rumpitur teſtamentum ſola iuris poteſtate, non interueniente aliquo voluntario hominis facto, niſi quod poſthumum naſci neceſſe eſt, qui porrò cùm naſcitur, & neceſſariò naſcitur, & naſcendo neceſſariò rumpit, & rumpendo neceſſariò ſuccedit. Secum autem ius pugnaret, ſi idem teſtamentum & confirmaret, & euerteret, ſiue confirmatio præcederet, ſiue ſequeretur. Quod non ſimiliter contingit eum teſtamentum ex pòſt facto rumpitur, ob interueniens aliquod hominis factum voluntarium, quamuis tale illud ſit, cui legis quoque aut alterius iuris auxilium patrocinetur. Alioqui dicendum eſſet numquam per legem confirmatum iri teſtamentum quod à filio immerenter exhæredato per inofficioſi querelam reſcindi poſſet, cùm querela reſcindat & rumpat teſtamentum: Neque rurſus querelæ vnquam locum fore, cùm querela non detur contra lignum, vt ex bonorum poſſeſſio, quæ ideò contra tabulas appellatur, ſed contra hæredem, & adita demum hæreditate, *l. Papinianus 8. §. ſi conditione D. de inoff. teſta l. ſi quis filium 34 in fin. C. eod.* adiri autem hæreditas non poſſit ex eo teſtamento, quod nondum lege aliqua fuerit confirmatum, *l. ſi alienum 49. §. 1. D. de hæred. inſtit.*

Querela non contra lignũ datur vt bonorum poſſeſſio contra tabulas, ſed contra hæredem.

At difficilius illud videtur, An in ea ſpecie quam Iulianus tractat in *d. l. bona §. vltim. ff. de captiu.* permittendum ſit hæredi, vt ex eo teſtamento poſſit petere bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, rémque obtinere. Id enim eueniret defuncto in ciuitate teſtatore, tametſi ruptum fuiſſet teſtamentum agnatione poſthumi, qui modò patre viuo & natus & mortuus fuiſſet; Nempe poſt reſcriptum D. Hadriani de quo in *l. poſthumus 12. D. de iniuſt. rupt.* Sed non puto ad hunc caſum extendi poſſe Hadriani conſtitutionem. Eſt enim multò fauorabilius teſtamentum, quod ruptum fuit duntaxat agnatione poſthumi, ſubinde viuo adhuc patre defuncti, quàm quod per captiuitatem factum eſt irritum, ſi in eodem ſtatu teſtator deceſſerit. Siquidem fauor poſthumi propter quem ita ius conſtitutum eſt, vt teſtamentum, in quo fuerit ille præteritus, agnatione ipſius rumpatur, nullus ampliùs eſt, poſthumo priùs defuncto quàm de patris hæreditate ac teſtamenti confirmatione tractari poſſet. Ideóque ſola ſcrupuloſitas, nimiáque ſubtilitas teſtamentum huiuſmodi euertere videtur, vt loquitur Vlp. in *d. l. poſthumus* id eſt, non fauor poſthumi, non æquitas aliqua; cui ſc. fauor poſthumi colorem dare potuiſſet; non denique voluntas teſtatoris, quem è contrario credibile eſt cùm poſt mortem poſthumi aliud teſtamentum non fecerit, illud ipſum teſtamentum quaſi ex noua voluntate valere, & à ſe confirmatum intelligi voluiſſe. At in ea ſpecie quam Iulianus tractat, teſtamentum, quod per captiuitatem irritum factum eſt, non poteſt in eadem cauſa non manere quandiu captiuitas durat, quam ſemper durarſſe ponimus mortuo teſtatore apud hoſtes: accedénſque cauſa natiuitatis poſthumi, quæ teſtamentum ruptura omnimodo eſſet, ſi nondum irritum factum eſſet, quamuis rumpere illud non

Differentia inter caſum d. l. poſthumus, & caſũ d. l. bona, § vl.

poſſit

Digitized by Google

poſſit quod iam irritum eſt, non minoris tamen poteſtatis eſſe debet ad ſubuertendas vires teſtamenti quàm ſi rumperet, cùm ſola teſtamenti infirmitate fiat ne rumpi poſſit. Ita fit vt cùm duplex cauſa ſit euertendi huius teſtamenti, & tanquam irritandi, & tanquam rumpendi, quamuis ex vna cauſa iam euerſum ex alia rurſus euerti nequeat, eodem tamen iure cenſendum ſit, quo ſi vtraque cauſa euerteretur. Hactenus ſaltem, vt minùs fauorabile credatur, quàm ſi eius ſubuertendi alterutra tantùm cauſa ſubeſſet. Neque rurſum vt ex æquitate ſaltem conualeſcere debeat, facere poteſt tacita voluntas teſtatoris, qui cùm reuera ſeruus deceſſerit, neque velle habuit, neque nolle, tantum abeſt vt ius habuerit faciendi teſtamenti. Nulla igitur ratio eſt propter quam reſcriptum Hadriani locutum de eo teſtamento, quod non niſi poſthumi agnatione ruptum ſit, debeat extendi ad teſtamentum quod & per captiuitatem irritum factum ſit, & per natiuitatem poſthumi rumpendum fuiſſet, ſi captiuitas præcedens iam irritum illud non feciſſet.

Conſtitutio Hadriani de quo in d. l. poſthumus quid fecerit.

At nec illud Hadrianus fecit, vt bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas dare Prætor debeat ex eo teſtamento, quod agnatione poſthumi præteriti viuo patre defuncti ruptum fuit, ſed cùm ius prætorium ita ſit comparatum, vt ſufficiat tabulas ſeptem teſtium ſignis ſignatas eſſe ac teſtatorem vtroque tempore, teſtamenti nimirum & mortis, factionem teſtamẽti habuiſſe, ad hoc vt Prætor det bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas, quamuis futuram ſine re, ſi legitimus hæres ius ſuum exequi velit, & hæreditatem ab inteſtato vindicare contra eum qui teſtamento ſiue rupto, aut irrito facto fuerit inſtitutus: hoc tantùm addidit & conſtituit Hadrianus, vt ea bonorum poſſeſſio ſecundùm tabulas, quam Prætor pro ſua iuriſdictione dare debuiſſet, omnimodo ſit cum re & cum effectu, quomodo explicauimus pluribus *lib. 9. Coniect. cap.* 15. Ergo cùm ad illum duntaxat caſum Hadriani reſcriptum accommodari poſſit, quo bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas etiam citra reſcriptum daturus fuerit Prætor, intelligamus non ſimiliter accommodari poſſe ad hunc, de quo quærimus, in quo certum eſt Prætorem nunquam hæredi ſcripto daturum bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas; ex eo videlicet teſtamento quod proponatur factum ab illo, qui mortis tempore factionem teſtamenti non habuerit, id eſt, qui deceſſerit apud hoſtes, nec legis Corneliæ poteſtate adiuuetur. Alioqui duo eſſent inducenda, Primùm illud vt reſcriptum Imperatoris ad caſum valde diſſimilem produceretur. Alterum, vt præterea bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas contra formam edicti dare ex ſerui teſtamento Prætor iuberetur, quorum neutrum tamen etiamſi maximè vrgeret æquitas, quæ, vt diximus, hîc nulla eſt, citra expreſſam Imperatoris Conſtitutionem induci poteſt, *l. 1. C. de legib.* iunct. *l. proſpexit 9. D. qui & à quib. manum.* Prius itaque eſſet, vt hoc teſtamentum captiui, qui poſthumum præteriiſſet lege Cornelia confirmaretur, quàm vt ex eo bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas Prætor dare poſſet, ſicut & prius illud vt ea bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas à Prætore daretur ex edicto, quàm vt ex Hadriani reſcripto cum re eſſe poſſet. At quemadmodum teſtamentum quod quis in ciuitate feciſſet, in quo præteriiſſet poſthumum deinde natum, & ante captiuitatem patris defunctum, non ob id quod poſtea captus ab hoſtibus pater fuiſſet, & apud eos deceſſiſſet, per legem Corneliam confirmari poſſet, quia neque per legem duodecim tabularum confirmatum fuiſſet, ſi in ipſo captiuitatis momento teſtator deceſſiſſet; Ita & fatendum eſt legem Corneliam non eo magis ad hoc teſtamentum pertinere poſſe, quod teſtator priùs captus fuerit quam poſthumus, vel naſceretur, vel moreretur, quoniam ſemper verum eſt eo demum caſu legis Corneliæ poteſtatem induci poſſe ad confirmandum captiui teſtamentum, quo poteſtas legis 12 Tab. induceretur, ſi nulla captiuitas interueniſſet. Atqui ſiue viuo, ſiue mortuo patre natus fuiſſet poſthumus præteritus, itémque mortuus, ſemel ruptum teſtamentum, per legem 12. Tab. confirmari nunquam potuiſſet: Immo nec per Hadriani reſcriptum confirmatur, quia nemo bene dixerit reſcripto illo factum eſſe, vt ex tali teſtamento adiri hodie hæreditas poſſit, cùm nihil de adeunda hæreditate, at nec de bonorum poſſeſſione danda Hadrianus conſtituerit, ſed fecerit tantùm, vt bonorum poſſeſſio cum re eſſe deberet, quæ à Prætore concederetur. Quanam ergo ratione poſſimus deſiderare, vt teſtamentum hoc per legem Corneliam confirmetur? Hoc verò admiſſo, vt non confirmetur, quónam colore poſſet Prætor ex teſtamento captiui bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas dare non dicam quæ cum re eſſe deberet, ſed & quæ eſſet ſine re? De quo etiam ſcripſimus *lib. 10. Coniect. cap.* 11.

Eſſet autem ſpeciei, de qua D. Hadrianus reſcripſit, ſimilior illa, in qua ciuis Romanus poſt factum à ſe teſtamentum captus ab hoſtibus poſtliminio reuerſus proponeretur. Tunc enim ſimiliter eueniret, vt cauſa quæ teſtamentum viuo teſtatore irritum feciſſet, eodem viuo tolleretur, propter quod faciliùs eſſet, vt teſtamentum ſaltem ex æquitate conualeſcere defenderemus. Et ſanè ita eſt; Conualeſcit hoc caſu teſtamentum, at non ex æquitate, ſed mero iure, propter miram illam, de qua iam in præcedentibus tam multa diximus, poſtliminij poteſtatem, quæ cùm captiuitatis memoriam penitus deleat, neceſſe eſt vt faciat etiam ne teſtamentum hinc vnquam per captiuitatẽ irritum factum eſſe videatur, *l. ſi quis filio 6. § penul. D. de iniuſt. rupt. & irrit. fac. teſt.* Vbi tamen quod ex hoc inſertur iis verbis, *ergo & ſi quis damnatus capite in integrum indulgentia Principis ſit reſtitutus, teſtamentum eius conualeſcet*, mihi valde ſuſpectum eſt, neque puto ex ratione iuris defendi poſſe. Nam cùm per huiuſmodi damnationem teſtamentum corruat, fiátque irritum, non ex quo die is qui damnatus eſt conſumptus fuit ſed ex die ipſo ſententiæ quæ damnatum hunc pœnæ ſeruum fecit, vt ſcriptum eſt *in eadem l. 6. §. ſed & ſi quis 6* quomodo fieri obſecro poteſt, vt conualeſcat per ſolam in integrum reſtitutionem? Fateor reſtitutionem hanc, præſertim ſi pleniſſima ſit, & facta iis verbis adiectis *in integrum* vt in *l. 1. C. de ſent. paſſ. & reſtit.* omnia reſtituere quæ condemnatio ademerat. & conſequenter teſtamenti factionem quam habet ex lege quilibet, hoc ipſo quod & ciuis & paterfamilias eſt: Cùm etiam reſtituat bona quæ tamen nihil vetaret amiſſa manere, etiam poſt recuperatam ciuitatem, ſi forte reſtitutio minùs plena eſſet, nec bonorum

mentio ſpecialiter facta eſſet: *l.2.4.& 5.eo.tit.C. de ſenten. & reſtit.* Sed nego eſſe bonam conſecutionem ſi quis ex hoc inferat, teſtamentum igitur quod ante damnationem factum fuerat, ipſa reſtitutionis poteſtate confirmari. In eo namque diſpar poſtliminij & reſtitutionis poteſtas euidéter eſt, quod poſtliminium vt diximus, delet memoriam captiuitatis; indulgentia verò Principis reſtitutionem concedentis, non item. Immò è contrario quos liberat, notat, nec infamiam criminis tollit, ſed pœnæ gratiam facit vt eleganter ſcriptum eſt in *l.vlt.C.de gener abolit.* Neque verò fieri vllo modo poteſt, vt teſtamentum quod ſemel irritum factum fuit, vnquam conualeſcat, niſi legis alicuius & iuris poteſtate idipſum indueatur: & longè aliud eſt in integrum reſtitui ex Principis indulgentia eum, qui fuerat condemnatus, & reſtitui teſtamentum ipſius: Quid enim neceſſe eſt, tam apertam hac in re vim fieri legibus, cùm is qui reſtitutus eſt, aliud exinde reſtamentum facere poſſit, ſi velit: Minùs ſiquidem ſubueniri ſolet ei, qui teſtamentum mutare potuit ſi voluiſſet, quoties de teſtamenti, quod aliquo caſu defecerit, ſuſtinendi æquitate diſputatur, vt in ſpecie *l tractabatur 14. D. de teſta. milit.* etſi de ſententia illius loci videnda ſunt, quæ ſcripſimus *lib.8. Coniect. cap. 13.*

Sed etſi placeat, militem capite damnatum, nihilominus retinere ius faciendi teſtamenti iure militari, poſt reſcriptum D. Hadriani, de quo Vlp. in *d.§.ſed & ſi quis,* dubitandum tamen non eſt, quin à milite quoque factum ante ſententiam teſtamentum, irritum fiat per pœnam, & reficiendum ſit, præſertim ſi factum fuerat iure communi, quamuis militi hactenus indulgeatur, vt ſufficiat quod velit valere ad hoc, vt ex integro iure militari teſtatus fuiſſe videatur, vt *ibidem* Vlpian. ait. Quanto igitur magis reficiendum eſt teſtamentum pagani, quod ille ante pœnam capitalem fecerit, quamuis adueſus pœnam poſtea ſit reſtitutus? Itaque niſi me fallo, totus hic verſiculus Triboniani eſt, reſpicientis fortaſſe ad Conſtantini conſtitutionem in *l.vlt. C. de ſent. paſſ. & reſtit.* in qua generaliter conſtituitur, vt ſicuti deportatio, ac multò magis pœna capitis rerum omnium ſpoliatio eſt, ita indulgentiæ reſtitutio; aut potiùs, vt ſcribendum erat, indulgentia reſtitutionis, amiſſorum omnium ſit recuperatio. Quamquam nec video quid ex eo inferri poſſit pro teſtamento, quod interciderat, reſtituendo Aliud enim eſt reſtitui perſonam, eamque recuperare omnia quæ amiſerat; Aliud verò reſtitui teſtamentum, & recuperare vires quas amiſerat. Prius verum eſt, at poſterius falſum: nec vlla in tota ea Conſtitutione mentio fit teſtamenti, quod per eiuſmodi reſtitutionem conualeſcat: Sed neque condénationis illius, per quam fiat quis ſeruus pœnæ, ſed tantùm deportationis, quæ tamen licet teſtamentum perinde deſtruat hoc ipſo quod adimit ciuitatem, minùs nocere ſolet in pleriſque quàm ea pœna per quam ſeruitus irrogatur, vt ſæpius à nobis dictum eſt in præcedentibus, ex *l. intercidit. 59. De cond & demonſt.* At ſanè multò difficilius eſt, vt per in integrum reſtitutionem conualeſcat teſtamentum illius qui propter pœnam ſemel habitus fuerit pro mortuo, quàm deportati, qui etiamſi quidem eſſe deſiit, ſed non ideo tamen abſolutè pro mortuo habetur. Etſi in deportati p... ...ius eius qui per condemnationem C... pœnæ effectus eſt, teſtamentum conualeſcere poſſe puto, quantumcunque plena in integrum reſtitutio proponatur. Triboniani verò manum *in toto illo §.* prodere mihi videntur prima illa verba, *quatenus tamen diximus,* Quatenus enim pro *quia,* vel pro *quod,* neque Latinè dicitur, neque à Iureconſultis noſtris, qui tam elegantes & terſi fuerunt, dictum vnquam eſſe poſſum mihi perſuadere.

Tribonianiſmus in d.§. ſen l.6. de iniuſt. rupt.

ILLATIO V.

De codicillis ab inteſtato factis per filiumfamilias de caſtrenſi peculio.

QVintò ex eodem Principio pendet explicatio *legis filiusfamil. 18 D. ad leg. Falcid.* vbi Paulus tractat elegantem ſpeciem pertinentem ad hunc de lege Cornelia tractatum. Filiusfamilias, inquit, qui militauerat decedens, patris ſui fidei commiſit in codicillis, vt peculium ſuum caſtrenſe Titio poſt mortem reſtitueret. Quærebatur, an vt hæres quartam deducere poſſit: Ratio dubitandi non illa erat, quod quartæ deducendæ ius ab initio datum ſit ſolis hæredibus inſtitutis, in propoſito autem caſu patet non fuerat inſtitutus, cùm nullum eſſet factum teſtamentum, ſed codicilli duntaxat, in quibus hæreditatem directo neque dari, neque adimi poſſe conſtat (legi enim Falcidiæ poteſtas ſicuti per SC. Pegaſianum tracta eſt à legatis, de quibus tantum fuerat locuta, ad fideicommiſſa vniuerſalia, quæ in teſtamento relicta eſſent, *§. ſed quia ſcripti hæredes Inſt. de fideic. hær.* ita & per reſcriptum D. Pij ab hæreditatibus teſtamentariis ad legitimas, & quidem propter fideicommiſſa tantum, ſiue vniuerſalia, ſiue ſingularia, non etiam propter legata, quæ ſcilicet ab inteſtato relinqui nulla poſſunt.) Sed in propoſita ſpecie dubitationem illud faciebat, quod nec hæreditas vlla eſſet, id eſt neque teſtamentaria, quia teſtamentum nullum factum erat, neque legitima, quia quamuis permiſſum ſit filiofamilias teſtari de caſtrenſi peculio, & hactenus pro patrefamilias habeatur, *l.2. D. SC. Maced. l.vlt. in princ. D ad SC. Tertyll.* Si tamen teſtamentum nullum fecerit, peculium caſtrenſe remanet penes patrem, non tanquam hæreditas, ſed tanquam peculium; *l. 2. De caſtr. pec.* vbi quod magis eſt, facto etiam teſtamento peculium caſtrenſe pro hæreditate haberi Vlp. ait, ita innuens minùs propriè dici eam hæreditatem, tùm quoque cùm factum eſt teſtamentum, in quo nimirum inſtitutus ſit pater, Inſtituto namque extraneo fieri nequit vt non ſit propriè hæreditas, cùm nec impropriè peculium dici poſſit. At inſtituto patre faciliùs fieri poteſt, vt peculium ſit & maneat quale anteà fuit. nec propriè hæreditas, quamuis pro hæreditate habeatur. Vnde & ab hæreditate ſeparatur, licèt tanquam eodem iure cenſendum, vt in *l. ætem vemunt 20 § non ſolum 10. D. de petit. hæred.* quia nihil noui acquirit pater ex teſtamento, cùm æquè ab inteſtato peculium filij caſtrenſe fuerit habiturus.

L.2. D. de caſtr. pecul.

Et quamuis idem Vlp. in *l. proponebatur 9. ver. dicebam, de caſtr. pecul.* ſciebat caſtrenſe peculium filiifamilias qui teſtatus deceſſerit quaſi hæreditatem deferri hæredi ſcripto, ſiue extraneum ille ſcripſerit hæredem, ſiue patrem, quaſi nihil omnino referat, an pater an extraneus ſit inſtitutus, Videtur tamen alia Pauli ſententia fuiſſe,

eaque

eáque non obſcurè expreſſa in *d. l. filiusfamilias*, iis verbis: *quamuis placeret mihi extraneo hærede inſtituto fieri hæreditatem aditione eius*: quò etiam pertinet quod Pap. reſpondit in *l. ſi ſeruus communis 18. in princip. D. de ſtipul. ſeruor.* Cur enim de extraneo hærede Paulus loqueretur, ſi in patre inſtituto idem admittendum putaret? Sed & cum placeat Paulo hæreditatem hoc caſu non fieri niſi aditione, hoc eſt non priùs hæreditatem eſſe incipere quàm adeatur, conſequens eſt, vt patre inſtituto non poſſit fieri hæreditas, quia nec pater eam adire poteſt, quandoquidem iure poteſtatis caſtrenſe peculium iam penes ſe habet; Ac ſiue nolit illud retinere, non poteſt videri hæreditatem adire, qui repudiat peculium; ſiue iure ſuo vti velit, non poteſt adire, aut adeundo acquirere id quod iam ſuum ſit, hoc ipſo quod non vult ſuum non eſſe: Exemplo eius quod de ſuis hæredibus ſcriptum eſt in *l. in ſuis 11. de lib. & poſthum. l. in ſuis 14 de ſuis & legit. l. 1. §. qui ſunt in poteſtate, D. ſi quis omiſ. cauſ. teſt.* Et ſi in eo diſpar eſt conditio patris & ſui hæredis, quod pater inuitus vt caſtrenſe filij peculiũ retineat, nō magis cogi poteſt, cum à filio inſtitutus fuit, quàm ſi filius teſtamentum non feciſſet, neque perinde neceſſarius filij hæres ſit ex teſtamento filij, atque filius idémque ſuus hæres ex teſtamento patris.

In quo diſpar ſit conditio ſui hæredis, & patris, cuius filius reliquit caſtrẽſe peculium.

Hánceque Pauli ſententiam illud etiam probat, quod ſubiungit, *nam cùm apud patrem remanet, ius priſtinum durat, & peculium eſt*: quæ verba cùm ſint generalia, illum quoque caſum comprehendunt, quo peculium remanſerit penes patrem hæredem à filio inſtitutum. Quid enim neceſſe eſt contra regulas iuris inducere hæreditatem filiifamilias, cùm ſuo iure pater bona filij caſtrenſia retinere poteſt? Nam & cùm hæreditas ſit fictio, ius autem nunquam inducat fictionem niſi ex neceſſitate, nihil cauſæ ſubeſſe videtur, cur patre inſtituto à filiofamilias in peculio caſtrenſi, debeat induci hæreditas potiùs quàm ſi filius inteſtatus deceſſiſſet. Solóque illo caſu ſubeſt neceſſitas hæreditatis inducendæ, quo extraneus à filio ſcriptus proponatur; quoniam alioqui non poſſet fieri, vt inuito patre bona filiifamilias caſtrenſia ad extraneum peruenirent.

Cæterùm ſi contra Pauli ſententiam velit quis hæreditatem inducere, patre quoque inſtituto, illud etiam paullatim dici incipiet: Mortuo etiam filio inteſtato idem admittendum eſſe, cùm quiſquis inteſtatus moritur, cùm facere teſtamentum poſſet, hoc ipſo tacitæ cuiuſdam inſtitutionis iure ſuam hæreditatem ei relinquere intelligatur, cui per teſtamentum auferre potuiſſet, *l. 3. in princ. l. conficiuntur 8. D. de iur. codicill. l. ab exhæredati 126. de legat.* 1. Quibus rationibus auſim dicere ſi quid iudicij mei eſt, Pauli opinionem probabiliorem eſſe.

d. l. filiusfamilias, ad leg. Falcid.

Sequitur apud Paulum, *nec huic contrarium eſt, quod in teſtamento eius qui apud hoſtes deceſſit, exercetur Falcidia.* Quod tamen videbatur eſſe contrarium rationi, qua Paulus dixerat in propoſita quæſtione legi Falcidiæ locum eſſe non poſſe, quòd neque vlla hæreditas eſſet. Nam & qui apud hoſtes decedit, cùm reuera ſeruus decedat, hæreditatem nullam ipſo iure habere poteſt, non magis quàm alius ſeruus quilibet, quem conſtat nec quandiu viuit, perſonam vllam capútve habere intelligi: Et tamen non eo minùs verum eſt, in eius teſtamento quod ante captiuitatem fecerat, legi Falcidiæ locum eſſe.

Verùm bene reſpondet Paulus eſſe iſta longè diſſimilia, quoniam fictio legis Corneliæ & hæreditatem facit & hæredem. Nulla autem lex eſt, nulla fictio, quæ filiifamilias inteſtati quantumuis caſtrenſe peculium habentis hæreditatem faciat, nec conſequenter hæredem. Atqui certum eſt legem Falcidiam non niſi in hæreditatibus & hæredibus induci poſſe. Subinde tamen concludit Paulus ſe non dubitare, quin hoc quoque caſu id eſt, defuncto filiofamilias inteſtato qui fideicommiſſum à patre reliquerit, beneficium legis Falcidiæ indulgeri patri oporteat, cùm nec alio iure aut colore bona filij ſui caſtrenſia Titio ex fideicommiſſo reſtituere cogatur, quàm quaſi patrisfamilias, ac proinde tanquam eius qui potuerit habere hæreditatem. Senſus eſt, non alia ratione poſſe meliùs defendi, non eſſe in propoſita ſpecie legi Falcidiæ locum, quàm quòd de eo fideicommiſſo agatur, quod filiusfamilias reliquerit. Sola enim perſonæ qualitas, & conditio illa eſt, quæ facit ne vlla ipſius hæreditas eſſe poſſit, ſiquidem lex 12. Tabularum cùm hæreditatis nomen & ius induxit, de patrefamilias tantùm locuta eſt ad filijfamilias excluſionem. Atqui voluntas iſta filiifamilias militis fideicommiſſum peculij caſtrenſis à patre ſuo relinquentis, non aliam ob cauſam defenditur, vt patrem etiam inuitum fideicommiſſi onere obſtringat, quàm quia in peculio caſtrenſi filiusfamilias patrisfamilias iure cenſeatur, non eo tantùm caſu quo teſtetur, ſed etiamſi teſtatus non ſit, dummodo aliqua ratione ſiue inter viuos, ſiue in vltima voluntate de eo diſpoſuerit, Priuilegium enim hoc datum eſt iudicio militum, vt Pomponius loquitur in *l. vltim. D. ad SC. Tertyll.* non autem eorum duntaxat teſtamentis: Nec aliud exigitur ad priuilegium militis inducendum, niſi vt de caſtrenſi peculio viuus aliquid aliquo modo decreuerit.

Addit Paulus aliam rationem his verbis: *& hæres ſcriptus omiſſa ex teſtamento aditione, exemplo edicti, legatorum nomine conuenietur.* Quæ tamen ratio ſubobſcurior videtur. Non enim de patre intelligi poteſt, cùm is etiamſi hæres ſcriptus ſit, & teſtamentariæ ſucceſſionis cauſam repudiet, non ideo dici poſſit omittere aditionem, quia nec volens adire poſſet, ſi peculium filij ex teſtamento retinere vellet, vt diximus in præcedentibus. At rurſum ſi de extraneo inſtituto verba illa intelligas, vix poteſt dici quonam caſu locus fiat quæſtioni, an qui omiſit aditionem ex teſtamento ſi ab inteſtato peculium retineat, conueniri poſſit ex ſententia edicti nomine legatorum. Quomodo enim fieri queat vt deſtituto teſtamento filiifamilias militis per repudiationem ab extraneo factam, ille ipſe qui fuerat inſtitutus peculium ab inteſtato retineat, quod neceſſe ſit penes patrem iure priſtino patriæ poteſtatis remanere? Niſi fortè ponamus patrem iure ſuo vti noluiſſe, cùm neceſſarius filij ſucceſſor non ſit, vt probauimus. Sed tamen facere id non poteſt, vt eo magis ab inteſtato ſuccedere hæres ſcriptus poſſit, aut vt reperiatur quiſquam proximus agnatus eius, qui moriens fuerit in patris ſui poteſtate. Ab inteſtato autem ſi ſuus hæres nullus ſit, lex vocat eum tantùm qui ſit proximus agnatus. Si non illud præterea ponamus, deliberante extraneo hęrede qui fuerat inſtitutus, patrem deceſſiſſe, ita vt eo tempore quo teſtamentũ deſtituitur neque patris perſona neque aliud quicquã

hibet iam, quominus idem ille qui fuerat inſtitutus ſuccedere ab inteſtato poſſit, tanquam proximus agnatus aut cognatus, qui hæreditatem adire potuerit iure ciuili, aut bonorum poſſeſſionem agnoſcere iure prætorio, Nihil enim refert quod attinet ad cauſam illius edicti, *Si quis omiſſ. cauſ. teſt. a hæred. ab inteſt. poſſid.* Extraneúmque hîc appellamus, etiam agnatum quemlibet, omnem denique præter patrem, quia ſolus pater ius poteſtatis habet, ex quo peculium æſtimatur, & quod impedit ne peculium hæreditas fieri dicive poſſit. Hoc autem caſu, quamuis filiusfamilias idémque teſtator moriens in patris ſui fuerit poteſtate, nihil tamen vetat ſuccedi ei ab inteſtato, quia nec priùs quæritur, quis ſit agnatus aut cognatus proximus, quàm factus ſit locus ſucceſſioni inteſtati; quod non contingit niſi deſtituto demum teſtamento; *l. ſi quis filio 6. De iniuſt. rupt. l. ſcripto 7. D. vnd. liber. l. 1. § ſciendum, l. 2 § proximum. D. de ſuis & legit.* Ergo ad hunc caſum reſtringenda erit hæc ratio Pauli, ſi de extraneo hærede inſtituto eodémque legitimo hærede intelligatur. Quamquam habet etiam hæc interpretatio hoc incommodi, quòd caſus hic ad ipſa verba edicti, non ad ipſius duntaxat exemplum pertineat, cùm is quem ponimus hæredem inſtitutum, verè teſtamentarius hæres eſſe potuerit, ſi ex teſtamento hæreditatem adire voluiſſet, veréque legitimus hæres fiat mortuo interim patre, cuius ſolius interpoſita perſona faciebat, ne alioquin legitimum hæredem filius habere poſſet. Immò ſi verum amamus, tanto magis in dolo eſt hic hæres, tantòque dignior qui edicti pœna teneatur, quòd non tantum repudiauerit teſtamentariã ſucceſſionem, vt ab inteſtato hæreditatem poſſideret, ſed etiam dolo malo diſtulerit repudiationem teſtamenti in id vſque tempus quo pater defunctus eſſet, vt viam ſibi ad legitimam ſucceſſionem aperire poſſet.

Quare multò probabilius arbitror, vt de ipſo patre hærede inſtituto, non de extraneo, clauſula hæc intelligatur, hoc ſenſu, vt ſi pater inſtitutus a filiofamilias omiſerit aditionem ex teſtamẽto, & nihilominùs peculiũ retinuerit, perinde teneatur ſententia edicti ad præſtationem legatorum & fideicommiſſorum omnium, quæ filius reliquerit, ac ſi ex teſtamento ſucceſſiſſet. Non enim teneri poteſt verbis ipſis edicti, quia edicti verba non de alio loquuntur, quàm qui & hæreditatem teſtamentariam omiſerit, & legitimã ab inteſtato poſſideat. Porrò hic pater de quo agimus, neque teſtamentariam hæreditatem repudiauit, quia filijfamilias, etiam qui de caſtrẽſi peculio teſtatus fuerit, hæreditas nulla eſſe poteſt, niſi quæ per aditionem ex teſtamento ſubſecutam conſtituatur, ne dum quidem cùm extraneus hæres inſtitutus fuit; neque legitimam poſſidet, quoniam nullo prorſus caſu filijfamilias legitima hæreditas vlla eſſe poteſt. Et tamen edicti ſententia eum teneri æquũ eſt, cùm repudiando filij teſtamentum effecerit, vt interciderint legata, quæ ille ſi teſtamentariæ ſucceſſionis cauſam agnouiſſet, præſtare ex teſtamẽto debuiſſet. Nec rurſum minùs commodi ex peculij retentione conſequatur, quàm ſi peculiũ illud hæreditatis nomine, ac iure cenſeri poſſet.

Eſtque hæc ratio accommodatiſſima ad id probandum quod Paulus probare vult, non minùs hoc caſu permittendum patri, vt ex fideicõmiſſo a ſe præſtando Falcidiam ab inteſtato deducere poſſit, quàm ſi verè legitimus filij hæres eſſet, cùm in cæteris omnibus quæ ad ipſius incommodum & damnum pertinent, non ſit melioris conditionis quàm ſi legitima filij hæreditas aliqua eſſet, quæ tamen vtroque caſu reuera nulla eſt, id eſt ſiue teſtamentum aliquod filiusfamilias fecerit, ex quo aditionem pater omiſerit; ſiue ab initio inteſtatus ipſe deceſſerit. Videtur autem Paulus *aditionis* nomine vſus eſſe, non quòd pater qui caſtrenſem filij ſucceſſionem ex teſtamento ſibi delatam agnoſcit, eam adire propriè dici poſſit, cùm non niſi per aditionem ab extraneo inſtituto factam hæreditas fiat, vt ex eodem Paulo ſuprà diximus: ſed minùs propriè ſumpta *aditionis* ſignificatione pro *agnitione*: Vt oſtenderet differentiam quæ eſt inter patrem ſuccedentem filio, & filium ſuccedentẽ patri: Nec quemadmodum patri filius hæres neceſſarius eſt, tam ex teſtamento quàm ab inteſtato, ita & patrem filio neceſſarium ſucceſſorem eſſe. *Aditionis nomen pro Agnitione.*

His conſequens erit, inquit Paulus, *vt ſi ex fructibus medio tempore quartam, & quartæ fructus habuerit pater, etiam Trebellianum Senatuſcultum inducamus*, id eſt, vt hoc caſu hæreditatis reſtitutio fiat ſine vlla deductione & retentione. Tunc enim reſtitui dicitur hæreditas ex Trebelliano cum reſtituitur ſicuti teſtator voluit, ac proinde nulla quarta deducta, cuius nimirum detrahendæ ius contra teſtantis voluntatem ex Senatuſconſulto Pegaſiano inductum fuit. *§ ſed quia Inſtit. de fideic. hæred.* iunct. *l. Titia 86. in fin. D. ad leg. Falcid.* Ideo autem Trebellianum Senatuſconſultum hîc inducimus, quia fructus ab eo qui rogatus eſt percepti medio tempore, & ante reſtitutionem, licèt non ſint ex fideicommiſſo reſtituendi, quoniam qui hæreditatem reſtituere rogatus fuit, videtur rogatus id reddere, quod fuit hæreditatis, fructus autem non hæreditati, ſed rebus hæreditatis acceptoferuntur; vt ratiocinatur Vlp. in *l. fideicommiſſaria 18 D. ad SC. Trebell.* in eam tamen quartam, quam hæres habere debet, imputantur, ſi modò ex iudicio defuncti non ex ſola fideicommiſſarij negligentia percepti ſint, vt *ibid.* Vlp. ſubiungit, & in *l. mulier 22. § ſi hæres, eo. tit.* *Quid ſit inducere SC. Trebellianũ.*

Addit Paulus, *& vtiles actiones exerceri poſſint*, Nimirum à fideicommiſſario cui hæreditas fuit reſtituta: Nam & actionum tranſlatio eſt ex Senatuſconſulto Trebelliano, non ex Pegaſiano quod è contrario induxerat vſum ſtipulationum partis & pro parte, itémque emptæ & venditæ hæreditatis, ne in damno moraretur hæres qui poſt reſtitutam quoque hæreditatem ob nullas in fideicommiſſarium tranſlatas actiones, remanebat obſtrictus oneribus hæreditariis; vt Iuſtinianus refert in *d. tit. De fideic. hær.* Fiebat autem ex Trebelliano tranſlatio actionum, non directarum, quæ ſcilicet non magis ab hæredis rogati perſona diſcedere poſſunt, quàm illud induci, vt qui per aditionem ſemel hæres factus fuit, deſinat hæres eſſe. *§. reſtituta, eo. tit. De fid. hæred. l. ei qui ſoluendo 88. D. de hæred. inſt. l. ſi hæres 70. in princ. D ad SC. Treb.* Sed vtilium, hoc ſenſu vt quæ actiones fideicommiſſario & in fideicommiſſarium competerent, vtiles eſſent, nõ directæ; quamuis hæres ipſe, per cuius reſtitutionem ea tranſlatio actionum fieret, vtiles numquam habuiſſet, ſed directas, cum quibus vtiles concurrere numquam poſſunt. Ob idque ad hanc tranſlationem actionum inducendam neceſſaria fuit poteſtas & authoritas Senatuſconſulti, cùm alioqui nec concurrens hæredis & fidei *Differentia Senatuſconſultis Trebelliani & Pegaſiani.*

Digitized by Google

fideicommiſſarij voluntas facere vnquam potuiſſet, vt per reſtitutionem hæreditatis transferent in fideicommiſſarium actiones vel directæ, quibus ſe exuere hæres nequiret; vel vtiles quas hæres ipſe numquam habuiſſet.

At illud magis nouum mirúmque eſt, quod Paulus ſubiicit, *fiátque hæreditas poſt reſtitutionem*. Nam cùm actionum tranſlatio, de qua nunc diximus, non fiat niſi per hæreditatis reſtitutionem, *l. 1. l. ita tamen 27. §. quæ ex Trebelliano*, & paſſ. *D. ad SC Trebell.* quomodo fieri poteſt vt hęreditas reſtituatur quæ non ſit hęreditas ante reſtitutionem? immò quæ numquam fuerit hęreditas? Hic enim proculdubio Pauli ſenſus eſt, hęreditatem hanc quæ ante reſtitutionem hæreditas numquam fuit, incipere hęreditatem eſſe ex quo die reſtituta ſit. Cùm tamen in cæteris fideicómiſſariis hæreditatibus, ex diuerſo eueniat, vt hæreditas ab initio ſit ex inſtanti mortis teſtatoris; deſinat autem eſſe hæreditas non per reſtitutionem, ſed quod magis eſt per ipſam aditionẽ, cuius ſcilicet ea vis eſt, vt defuncti hæreditatem conuertat in patrimonium hæredis: *l. 1. D. de ſeparat.* Propter quam cauſam Vlp. in *d. l. in fideicõmiſſaria*, ſic loquitur, vt dicat, eum qui hæreditatem reſtituere rogatus eſt, id videri rogatum reddere non quod ſit hæreditatis, quomodo loquẽdum erat ſi reſtitutionis tempore aliqua hæreditas adhuc eſſet, ſed *quod fuit hæreditatis*, vt intelligamus non eſſe amplius hæreditatem, quæ aliquando fuit. Eóque ſenſu neceſſariò intelligendi ſunt loci omnes, qui de fideicommiſſaria hæreditate tractant, quæ iam adita ſit, ſiue reſtituta iam fuerit, ſiue non, vt eo hæreditatis nomine non rem ipſam, quæ nunc eſt ſignificent; ſed eã quę fuit, id eſt, idem quidem patrimonium quod fuit defuncti, & quod eo mortuo hæreditatis nomen habuit ante aditionem, ſed tanquam patrimonium, non tanquam hæreditatem.

d. l. filiusfamilias 18. ad leg. Falcid.

In hoc tamen caſu quem Paulus tractat, hoc eſt de ſucceſſione filiifamilias inteſtati, qui caſtrenſis peculij fideicommiſſum à patre ſuo reliquerit, ſingulari iure accidit, vt quemadmodum ſi extraneus hæres à filiofamilias ſcriptus eſſet, inciperet eius eſſe hæreditas per aditionem, quamuis omni ordine & naturæ & iuris & intellectus, prius eſſe ſoleat, vt hæreditas aliqua ſit quæ adiri poſſit, quàm vt adeatur quæ nondum eſt. Ita & inteſtato filio defuncto, hæreditas quæ nec adiri, nec per aditionem induci potuit quamdiu peculium caſtrenſe reſedit penes patrem, incipiat fieri hæreditas poſt reſtitutionem, quaſi tunc primùm ceſſante ratione illa quæ ante reſtitutionem faciebat, ne hæreditas videri poſſet, nempe quod patriæ poteſtatis iure, non ex aliqua cauſa extrinſeca, & accidentali peculium filiifamilias defuncti ad patrem pertineret: deſinit enim pertinere, mutatúrque cauſa bonorum per reſtitutionem, quæ facit vt ea bona, quæ primùm filij fuerunt, deinde patris, incipiant pertinere ad fideicommiſſarium. Quónam verò iure, niſi hæreditatis? Nec enim peculij nomen retinere poteſt apud extraneum qui numquam habuit defunctum in poteſtate. Fit ergo hoc caſu hæreditas poſt reſtitutionem: ac proinde tanto minùs debet mirum videri quod Paulus in præcedentibus ſcribit, inducendam hoc eodem caſu poteſtatem & legis Falcidiæ & Senatuſconſulti Trebelliani: quia ne induci poſſe videretur, illud tantùm faciebat quod hæreditas hîc nulla eſſet. Atqui tametſi ab initio nulla ſit, incipit tamen eſſe poſt reſtitutionem. Quidni ergo inducemus poteſtatem legis Falcidiæ & Senatuſconſulti Trebelliani; cùm tam illius, quàm huius verba pertineant ad hæreditates, nec ob id minùs iuris naciſcatur fideicommiſſarius per hæreditatis reſtitutionem quod non fuerit illa hæreditas ante reſtitutionem?

Antō. Fabr. Iuriſp. Papin. Scient.

ILLATIO VI.

De falcidia exercenda in teſtamento eius qui apud hoſtes deceſſit.

SExtò ex hoc eodem noſtro Principio fit, vt in teſtamento eius qui apud hoſtes deceſſit, exerceatur Falcidia, ſiue ex legatis ſiue ex fideicommiſſis deducenda ſit, *d. l. filiusf milias 18 D. ad leg. Falcid.* Non alia ratione, quam quòd vt ea lex ait, fictio legis Corneliæ & hæreditatem faciat, & hæredem. Ergo cùm non tantùm teſtamentarias, ſed etiam legitimas captiuorum hæreditates lex Cornelia confirmauerit, *l. pater 10. §. 1. verſ. planè, D. de captiu. & poſtlim.* conſequens eſt vt ab inteſtato quoque inducenda ſit legis Falcidiæ poteſtas, ſi fortè legitimus captiui hæres fideicommiſſis ab inteſtato relictis oneratus proponatur. Poſtquàm ex Diui Pij reſcripto inductum fuit, vt ad inteſtatorum quoque ſucceſſiones hæreditarias lex Falcidia protrabatur: *d. l. filiusfamilias* de cuius ſententia tam fusè ſcripſimus *illatione ſuperiore.*

ILLATIO VII.

De patre qui ſubſtituit filio impuberi, deinde captus ab hoſtibus ibi deceſſit.

SEptimò ex eodem Principio fit quod Papinianus ſcribit in *d. l. pater 10 in princip. D. de captiu & poſtlim.* Si pater inſtituto impuberi filio ſubſtituerit, deinde ab hoſtibus captus apud eos deceſſerit, defuncto poſtea impubere, potiores eſſe partes ſubſtituti pupillaris, quàm legitimi hæredis, falſámque illorum ſententiam eſſe, qui negant valere poſſe tabulas ſecundas in perſona huius impuberis, quaſi qui viuo patre fuerit effectus ſui iuris. Refragari namque iuris rationem; quoniam, inquit Papinianus, ſi pater qui non rediit, iam tunc deceſſiſſe intelligitur ex quo captus eſt, vtique fateri cogimur, ſubſtitutionem pupillarem neceſſariò vires ſuas tenere: quod & Iulianus ſentit in *d. l. lex Cornelia, 28. de vulgar. & pupill. ſubſtit.*

d. l. pater in princip.

ILLATIO VIII.

De filio capto & mortuo apud hoſtes, cui pater ſubſtituerat.

OCtauò ex eodem Principio fit, vt ſi mortuo iam patre capiatur filius inſtitutus vel exhæredatus, qui poſtea decedat apud hoſtes, non poſſit lex Cornelia ſufficere ad tabulas pupillares confirmandas, quoniam de ſecundis tabulis locuta non fuit, ſed eius duntaxat perſonam demonſtrauit qui teſtamenti factionem habuiſſet, vt ratiocinatur Papin. in *d. l. pater. §. 1.* ſubiiciens aliam eſſe hac in re rationem ſubſtituti pupillaris, aliam legitimi hæredis pupilli, quoniam quæ ratio facit vt ad pupillarem

ſubſtitutum lex Cornelia non pertineat, quia ſcilicet non habet pupillus actiuam teſtamenti factionem, eadem tanto magis facit, vt ad legitimum pupilli hæredem pertinere debeat: quandoquidem is qui teſtamentum facere non poteſt etiamſi velit, fieri nequit, vt non hoc ipſo decedat inteſtatus, tantóque certiùs legitimam habeat hæreditatem, ſi modò paterfamilias ſit, qualis eſt pupillus. Monet tamen Papinianus *ibidem*, non eſſe alienum, Prætorem ſubſequi non minùs patris quam legis voluntatem, vt quemadmodum vtiles actiones daret legitimo hæredi pupilli, quem lex Cornelia faceret hæredem, data ſcilicet ei bonorum poſſeſſione, *l. vnic. §. 1. D. vt ex leg. ſenat. conſult. bon. poſſ. det.* Ita & in propoſita ſpecie det vtiles actiones ſubſtituto pupillari. In quo tamen videtur aliud fuiſſe Iuliani iudicium in *d. l. lex Cornelia* 28. §. 1. *De vulg. & pupill. ſubſtit.* Niſi eam vtriuſque loci interpretationem probes, quam nos in *poſterioribus Coniecturarum noſtrarum libris* tradidimus, *Lib.* 10. *c.* 5.

ILLATIO IX.

De filio impubere defuncto in ciuitate ante patrem iam tùm ab hoſtibus captum.

NOnò ex eodem Principio fit, quod idem Papin. ſcribit in *l. quòd ſi filius* 11 *eod. tit. De capt. & poſtlim.* Si filius impubes cui pater ſubſtitutum pupillarem dederat, deceſſerit ante patrem in ciuitate, ac poſtea quandocunque pater defunctus ſit, nihil eſſe quod de ſecundis tabulis tractari poſſit, id eſt pupillares tabulas nullo modo valere: ſiue quoniam viuo patre filiusfamilias mori intelliguntur, ſi pater ab hoſtibus reuerſus ſit; ſiue quia non reuerſo patre filius exinde ſui iuris fuiſſe videtur, ex quo pater hoſtium potitus, id eſt, ab hoſtibus captus fuit. Sed ſi ambo apud hoſtes, pater tamẽ prior decedat, ſufficiet lex Cornelia ſubſtituto pupillari, nec ei neceſſarium erit auxilium Prætoris, perinde ac ſi apud hoſtes patre defuncto filius poſtea in ciuitate deceſſiſſet. Qui tamen locus etiam obſcurus eſt, noſtráque indiget interpretatione, quam nos attulimus *eod. lib.* 10 *Coniect. c.* 6. & 7. vbi ſcripſimus quoque de ſententia & emendatione reſponſi Scæuolæ in *l. ſi pater captus* 29. *De vulg. & pupill. ſubſtit.*

L. quòd ſi filius 12. *D. de captiu. & poſtlim.*

ILLATIO X.

De filiofamilias defuncto apud hoſtes.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt fictio legis Corneliæ non pertineat ad filiumfamilias, qui captus ſit ab hoſtibus, viuo in ciuitate patre, & apud hoſtes deceſſerit, *d. l. pater*, §. 1 *de capt. & poſtlim.* vt pluribus probaui *eod. lib.* 10. *Coniect. cap* 8 Ratione potiſſimùm illa, quod lex Cornelia non fingit captiuum in ciuitate deceſſiſſe alia de cauſa, quàm vt inducat & hæreditatem & hæredem: *d. l. filiusfamilias* 18. *D. ad leg. Falcid.* Atqui nec hæreditatem nec hæredem dare poteſt ei, qui etiamſi in ciuitate deceſſiſſet, neutrum tamen habere potuiſſet, quia filiusfamilias deceſſiſſet. Nec enim hæreditatem habere potuit, qui nulla bona in ciuitate reliquit, nec relinquere potuit, vt Iulianus ratiocinatur in *d. l. lex Cornelia* 28. *verſ. quia per eam non efficitur, D. de vulg. & pupill. ſubſtit.* Cui rationi conſequens eſt, vt aliud dicendum ſit, ſi filiusfamilias hodie bona aliqua in ciuitate reliquerit, in quibus poſſit hæredem habere. Quomodo poteſt hodie ex Conſtitutione Iuſtiniani *Nouell.* 118. *de hæred. ab inteſt. venient.* §. 1. nimirum ſi & bona aduentitia, & filios naturales ac legitimos ex ſe ſuperſtites reliquerit. Erat quidem filiusfamilias etiam olim capax acquiſitionis patre nolente ſibi acquiri per filium, vt alibi probauimus ex *l. ſi quis hæres* 13. §. *vlt. De acquir. hære. l. cogi* 16 § *ſi pater*, *l. Imperator* 50. *D. ad SC. Trebell.* Sed non ob id magis aut hæreditatem aut hæredem habere poterat, quia eo mortuo etiam ſuperſtitibus liberis, peculium ipſius vndecunque obueniſſet, apud patrem remanebat, peculij, non hæreditatis iure, etiam quod caſtrenſe fuiſſet; de quo tamen potuerat filiusfamilias teſtari ſi voluiſſet: *l.* 2. *D. de caſtrenſ. pecul.*

ILLATIO XI.

De differentia fictionum legis Corneliæ, & poſtliminij.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt quamuis lex Cornelia retrofingat omnia in præteritum, in eóque potiſſimùm differat à poſtliminij fictione, quæ ex contrario fingit omnia in futurum. Nunquam tamen fingat hæredem fuiſſe illum, qui eo tempore quo captiuus apud hoſtes moritur, iam in ciuitate defunctus fuerit. Quoniam nihil fingit niſi vt faciat hæredem, hæres autem fieri non poteſt qui iam eſt mortuus, & qui eo tempore quo fictio locum habere incipit, amplius in rerum natura non reperitur. Vt ſcripſimus *eod. lib.* 10. *Coniect.* pluribus locis præſertim *cap.* 10. Vnde peti volumus ea, quæ alioquin ad hunc locum accommodatiſſimè pertinerent.

Lex Cornelia nunquam retrofingit hæredem illũ qui moritur in ciuitate ante captiuũ.

ILLATIO XII.

De cæteris, quæ pendent ex fictione legis Corneliæ.

DVodecimò ad hoc idem Principium referenda ſunt, ne ſingula ſigillatim exequamur, quæcunque *in libris noſtris* ſcripta ſunt de legis Corneliæ fictione ac poteſtate. Pendent enim omnia ex eo quod lege Cornelia de confirmandis captiuorum hæreditatibus inductum fuit, vt quiſquis apud hoſtes decedit, perinde & hæreditatem ſiue teſtamentariam, ſiue legitimã, & conſequenter hæredem habere poſſit, ac ſi nũquam ab hoſtibus captus fuiſſet: *l.* 1. *ad fin. principij, D. de ſuis & legit. hære.* Iunctis nimirum temporibus captiuitatis cum inſtanti mortis, vt loquitur Papin. in *l. iuſto*, 44. §. *vlt. D. de vſucap.*

PRINCIPIVM X.

De Emancipatione.

EMancipatio diſſoluit ius & vinculum patriæ poteſtatis, § *præterea, hoc tit. quib. mod. ius patr. poteſt. ſoluit.* Nam cùm patria poteſtas ſit iuris ciuilis, vt diximus ad *tit. De patr. poteſt.* conueniens eſt vt actu illo qui ſit iuris ciuilis, cuiuſmodi eſt

Digitized by Google

eſt emancipatio, diſſolui poſſit: ex regula, *l. nihil tam naturale 35. l. omnia quæ 100. l. ferè 15. D. r reg. iur.* Quia tamen tanti erat momenti, vt nihil pretioſius ciui Romano datum videretur, quã vt & ſuus hæres eſſe, & ſuum hæredem habere poſſet; Placuit non facilè & quauis declaratione voluntatis fieri emancipationem, ſed multis ſolennitatibus interuenientibus, inter quas illa erat vt filium ter a patre vendi ac mancipari neceſſe eſſet, atque ita in ſeruitutem deduci, ſed imaginariam; quia mancipationes illæ non fiebant, niſi contracta fiducia remancipandi, vt in patris poteſtatem filius reuerti poſſet, poſt primam mancipationem, Ne alioqui ſecundò mancipari non poſſet, ac poſtremò manumitti, idque Iuſtinianus refert in hoc loco poſt *Vlpianum, in fragm. tit. 10.* Vbi monet his ſolennibus cauſam dediſſe legem 12 tabul. cuius verba hæc fuerunt, *ſi pater filium ter venundarit, filius à patre liber eſto.* Quaſi indignus eſſet pater, qui vllum ius poteſtatis haberet in filium, quem ter venditum tam malè tractaſſet.

Fuit autem hoc ius proprium liberorum maſculorum, & primi gradus, vt non niſi trina mancipatione ac manumiſſione poſſent exire de poteſtate. Cæteri enim liberi præter filium, id eſt tam filiæ primi gradus, quàm nepotes, neptéſque, vnica mancipatione liberabantur, ſuique iuris fiebant; vt *ibidem* addit Vlpianus & in *l. verum 8. § 1 D. de iniuſt. rup. & irrit. fact. teſta.* de cuius loci ſententia & ratione plura ſcripſimus *lib. 10. Comect. c. 15* Filias enim, quia per eas familia paterna conſeruari non poteſt, ſexus ipſe facit quodammodo minus coniunctas patri, aut ſaltem vinculo illo poteſtatis & familiæ minus arctè colligatas. Nepotes verò, nepteſque etiam, natura, cùm ſint vno gradu remotiores. Cætera quæ ad *huius Principij* tractatum pertinent explicabimus ad *tit. De capit. diminut.*

ILLATIO I.

De noua familia quæ per emancipationem conſtituitur.

EX hoc Principio illud primùm fit, vt filiusfamilias ex quo die eſt emancipatus, deſinat eſſe filius, familiamque nouam nactus ſicuti paterfamilias fit, ita & pro extraneo habeatur: omniaque iura filij amittat iure ciuili: *L. quinetiam 55. in fin. D. de ritu nupt.* Nec enim ius ciuile alium filium agnoſcit, quam qui ſit filiusfamilias, ſicut nec alium patrem, quam qui ſit paterfamilias: Omnia ſcilicet æſtimans ex familiis, vtpote ex quibus conſtet ac conſtituatur Reſpublica, ad quam vnam tanquam ad ſcopum & finem vnicum refertur totum ius ciuile. Inde eſt quod emancipatus filius non magis inſtituendus eſt iure ciuili, aut exhæredandus, ad aut legitimam patris hæreditatem admittendus ab inteſtato, quàm ſi filius neque eſſet, neque vnquam fuiſſet. Quæ res induxit iuris prætorij æquitatem in danda huic filio bonorum poſſeſſione, ſiue contra tabulas, ſi in teſtamento paterno præteritus fuerit; ſiue ex capite, *Vnde liberi*, ab inteſtato, ac ſi manſiſſet in poteſtate, cùm iniquum videretur vſque adeo haberi eum pro extraneo, qui tametſi emancipatus, renera tamen & iure naturali filius maneret; Non valente arte iuris ciuilis tollere & corrumpere ea, quæ ſunt iuris naturalis; vt pluribus dicemus ad *tit. De bonor poſſeſſ.* Eadem ratio induxit etiam æquitatem Edicti *De capit. minut.* vt dicemus ad *tit. De capit. dimin.*

L. quinetiam 55. in fin. D. de rit. nupt.

Edictum De capit. minut.

ILLATIO II.

De agnatione quæ per emancipationem amittitur.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt per emancipationem amittantur etiam iura *agnationis*. Nam qui non eſt ſuus hæres patri, propterea quod is neque filius eſſe amplius, neque patrem habere per conſequens intelligatur, ille nec agnatos habere poteſt, cùm agnati illi demum ſint, qui per patrem coniunguntur, & ex eadem ſunt familia; *l. Iuriſconſultus 10. § cognati, D. de gradib. & adfin.* Itaque non minus fuit neceſſarium emancipatis auxilium edicti Prætorij ex ea parte, qua *Vnde legitimi* vocantur, vt agnatis quos in patris familia aliquando habuerant ſuccedere poſſent, quàm ex parte illa, *Vnde liberi*; vt poſſent ſuccedere patri. Admittit autem eos Prætor & tanquam liberos & tanquam agnatos, non quaſi emancipatos, ne ita poſito iure minus apertè vim iuri ciuili facere videretur, ſed reſciſſa emancipatione, id eſt perinde ac ſi emancipati non eſſent, ſed in patris poteſtate ſemper manſiſſent: *§. emancipati 5. infr. De hæred. quæ ab inteſt. defer.*

ILLATIO III.

De poteſtate emancipationis ad vinculum pietatis diſſoluendum.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt per emancipationem non tantum patriæ poteſtatis, ſed & pietatis vinculum diſſolui dicatur, in *l. vlt. D. ſi a parent quis manum. ſit.* Nimirum quia cùm pietatem filius non alia ratione patri debeat, quam quia filius eſt, per emancipationem verò filius eſſe deſinat; omnino conſequens eſt, vt ſi nihil niſi ius ciuile inſpicias, nõ minus pietatis, quàm patriæ poteſtatis vinculum diſſoluatur. At quemadmodum iure naturali filius manet etiam poſt emancipationem, ita & pietatis illius vinculum ſupereſt, quam à natura patri debet, quippe quæ non ex patria poteſtate, ſed ex ipſis naturæ legibus, quæ immutabiles ſunt, æſtimetur: *l. 4. D. de curat. furioſ.* vbi ob hanc cauſam ſcriptum eſt, æquam pietatem debere filium parentibus, licet inæqualis ſit eorum poteſtas. Nec enim habent matres liberos ſuos in poteſtate, *l. mulierem 5. C. de adopt. § fœmina, ſuprà tit. prox.* Et ſanè hoc ſenſu nihil commune habet nomen patris, cùm iure poteſtatis, *l. profectitia, § ſi pater pro filia 11. D. de iur. dot.* Inde eſt quod patrem in ius vocare non poteſt filius emancipatus niſi venia petita: *l. 4. § 1 l. parentes, 6. D. de in ius vocand.* Pertinet enim edictum illud ad emancipatos duntaxat, cùm ij qui in poteſtate ſunt, ne patrem in ius vocare poſſint, non tam imperio Prætoris quam poteſtatis iure prohibeantur, etiamſi pater non naturalis & legitimus, ſed adoptiuus tantùm proponatur; vt ait Vlp. in *l. adoptiuum, eod. tit.*

L. vlt. D ſi à parent. quis manum. ſit.

ILLATIO IV.

De manumiſſoris iuribus qua pater filium emancipando nanciſcitur.

QVartò ex eodem Principio fit, vt pater, qui iure ciuili deſinit eſſe pater emancipando filium, hoc ipſo conſequatur iura patroni, tanquam manumiſſor, in bonis filij emancipati tanquam liberti, vt ſcribit Iuſt. *in hoc §.* & conſtat ex *l. 1. & tot. tit. D. ſi à parent. quis manum.* Vnde & eo loco *manumiſſum* dicit Prætor, & póſt eum Iuriſconſultus pro *emancipato*: Ideóque ſcribit Vlp. *initio d. l. 1.* emancipatum à parente in ea cauſa eſſe, vt in contra tabulas bonorum poſſeſſione liberti exitum patiatur. Quod æquiſſimum, inquit, Prætori viſum eſt, quia à patre beneficium habuit bonorum quærendorum, quippe ſi filiusfamilias eſſet, quodcunque ſibi acquireret, eius emolumentum patri acquireret. Quæ verba notari volumus ad probandum id quod toties diximus filiumfamilias iam olim fuiſſe acquiſitionis capacem. alioqui non poſſent de illo vſurpari ea verba, *quodcunque ſibi acquireret*, non magis quam de ſeruo, de quo nihil tale vſpiam ſcriptum reperitur.

L. 1. & tot. tit. D. ſi à parent. quis manum. ſit.

Nec eo minùs tamen verum eſt, eius quod filiusfamilias ſibi acquirit emolumentum vſque adeò confeſtim patri acquiri per filium, vt ne momento quidem temporis enn ſiſtat acquiſitio in filij perſona. Illa enim verba *quodcunque ſibi acquireret*, quantò minùs ad acquiſitionis effectum referri poſſunt, tantò magis adquirendi capacitatem in filiofamilias demonſtrant. *Et ideo*, inquit Vlpian. *itum eſt in hoc, vt parens exemplo patroni ad contra tabulas bonorum poſſeſſionem admittatur.*

Edicto autem Prætoris, vt *ibidem* ſubiicitur, ſic enumerantur perſonæ manumiſſorum. *In eo qui à patre, auóve paterno, proauóve aui paterni patre.* Incipit ſique à patre, non quòd is qui patrem & auum habet, in cuius poteſtate pater ipſe ſit, à patre ſuo manumitti poſſit; aut quaſi prior & potior hac parte ſit cauſa patris quam aui (qui enim aliena in poteſtate eſt, is neque alium in poteſtate ſua habere poteſt, *l. ſic enemet 21. D. ad leg. Iul. de adult.* neque conſequenter de poteſtate ſua eum mittere, quod fit per emancipationem) ſed quia non niſi per mediam patris perſonam auus nepoti coniungitur, *l. autem 6. D. de collat. bonor.* nec alio iure auus paternus habet nepotem in poteſtate, quam quòd patrem ipſum eundémque filium ſuum habeat.

Itaque ſi nepos ab auo manumiſſus dederit ſe adrogandum patri ſuo, & pater eundem poſtea manumiſerit, poteſt dubitari cùm vterque id eſt & auus & pater ſit manumiſſor, vter in hac bonorum poſſeſſione contra tabulas præferatur. Nec enim poteſt vterque eſſe patronus eiuſdem liberti, aut patroni iure cenſeri, ſicut nec duo poſſunt in ſolidum domini eſſe eiuſdem ſerui. Tractamus autem de patre qui & ipſe fuerit manumiſſus, ſiue ante, ſiue poſt nepotem, vt filium ſuum poſtea potuerit adrogare, locúſque fieri poſſit quæſtioni. Alioqui, neque adrogator, neque patronus eſſe, aut videri poſſet filius qui in patris ſui eſſet poteſtate. Placet verò Vlpiano in propoſita ſpecie, ſolum auum admitti ad huius nepotis ſucceſſionem ex interpretatione edicti, ſiue in patris poteſtate manens hic nepos deceſſerit, ſiue ab eo rurſum manumiſſus diem ſuum obierit. Redditque rationem, quia perinde defert Prætor bonorum poſſeſſionem, atque ſi ex vera, nó ex imaginaria ſeruitute manumiſſus eſſet is qui emancipatus fuit. Porrò ſi hoc eſſet, id eſt ſi nepos hic ex vera ſeruitute manumiſſus eſſet, aut non fuiſſet adrogatus, quia adrogatio liberti admittenda non eſt, ne patrono iniuria fiat, cuius iura non poſſunt ſalua adrogatione conſiſtere, *l. ſi paterfamilias 15. §. vlt. D. de adopt.* aut ſi obrepſiſſet, id eſt ſi ſe libertum eſſe tacuiſſet, patroni tamen ius integrum nihilominus manſiſſet, cui ſcilicet ignoranti, nedum inuito, damnum ex facto alieno inferri non potuiſſet: *l. vlt. D. de ſtat. homin. l. liberto 49. de bon. libert.* Non ergo habet pater de quo poſſit conqueri, etiamſi in iure petendæ bonorum poſſeſſionis contra tabulas filij ſui auus ei præferatur: Niſi proponas adrogatum à patre nepotem ex ipſius aui voluntate, quo caſu non dubitarem quin potior eſſe deberet cauſa patris, cuius fauore ius ſuum auus adrogationi conſentiendo remiſiſſe intelligeretur.

Cur verò ſcribit Vlpianus, auum ad huius nepotis ſucceſſionem ſolùm admitti ex interpretatione edicti. Quidni etiam ex verbis, cùm verba, vt diximus de auo loquantur, non minùs quam de patre: Nimirum, vt puto, quia de auo locutus eſt Prætor ſub disiunctione, nec niſi poſt patrem, verbis ita conceptis, *in eo qui à patre, auóve paterno*, quorum verborum idem propriè ſenſus eſt, ac ſi ſcriptum eſſet, *qui à patre, aut ſi pater non erit, ab auo paterno.* Quo modo ſi Prætor locutus eſſet, dubitari non poſſet, quin patri potiorem quam aui cauſam eſſe voluiſſet: quia nec fieri poteſt, vt à patre quis manumittatur, quin pater ipſe ſit ſuæ poteſtatis, quemadmodum diximus. Prætor autem in deferenda patri tanquam manumiſſori bonorum poſſeſſione contra tabulas filij, non de alio patre ſenſiſſe poteſt quàm qui fuerit ſui iuris, nec rurſus de alio manumiſſo quàm qui à ſolo patre manumiſſus fuerit, aut à ſolo auo ſi in eiuſdem aui poteſtate fuerit & pater, & filius qui manumiſſus fuit; cùm fieri nequeat, vt à patre & auo quis manumittatur, extra caſum hunc ſingularem, quo nepos ex filio emancipato in poteſtate retentus, ab auo fuerit poſtmodum manumiſſus, mox à patre ſuo adrogatus, rurſúmque ab eo per manumiſſionem emancipatus: Qui caſus ſicut inſolitus eſt, ita nec verbis edicti comprehenſus videri poteſt, quæ de patre & auo disiunctim, vt dicimus, non coniunctim loquuntur. Decidendus igitur eſt ex edicti interpretatione, & quidem pro auo, non pro patre; quia ſicuti cùm pater ipſe in aui poteſtate eſt, minus iuris habet in nepotem, quam auus; immò prorſus nihil: ita & cùm ab vtroque manumiſſus eſt nepos, ſed quod ſemper euenire neceſſe eſt, ab auo priuſquàm à patre, potiorem aui cauſam eſſe conuenit: Eo ſcilicet iure communi, quo potiores eſſe ſolent, quibus ius quæſitum priùs fuit.

Quamquam autem dicimus, Prætorem perinde bonorum poſſeſſionem deferre, atque ſi ex vera ſeruitute manumiſſus eſſet is, qui emancipatus proponitur, non tamen in omnibus imaginaria hæc manumiſſio ſimilis eſt veræ manumiſſioni. Voco enim imaginariam manumiſſionem, quæ fit ex imaginaria ſeruitute. quia fieri nequit, vt non ſit imaginaria manumiſſio, cùm non niſi imaginaria ſeruitus fuit. Prima differentia

Differentia inter veram & imaginariam manumiſſionem.

tentia illa eſt, quod liberos patris qui manumiſit conſtat non venire ad contra tabulas bonorum poſſeſſionem filij, quamuis veri patroni, ſupple filij, veniant ad contra tabulas bonorum poſſeſſionem liberti paterni *d.l.1.§.liberos, D.ſi à parent.quis manu* Altera eſt, quod neque Fauiana, neque Caluiſiana parenti datur, ad reuocandas alienationes à filio factas, quaſi in ipſius fraudem patris factas, quomodo tamen danda eſſet, ſi patrono parens in omnibus exæquaretur. Iniquum enim eſſet ingenuis hominibus non eſſe liberam rerum ſuarum alienationem, vt Caius ſcribit in *l. 2. eod. tit.* Atqui filius à patre ſuo emancipatus, quamuis liberti iure cenſeatur, ac ſi ex vera ſeruitute manumiſſus eſſet, quantum attinet ad ius bonorum poſſeſſionis contra tabulas, non eo magis tamen libertinus fit, ſed ingenuus manet qualis fuerat ante emancipationem. Libertinus ſiquidem dicitur ille, qui ex iuſta ſeruitute manumiſſus eſt, *l. libertini 6. D. de ſtat. homin.* Iuſta verò ſeruitus abſolute dici non poteſt, quæ non eſt vera, nec rurſus vera ea quæ non eſt niſi imaginaria. Et ob id ſic loquitur Vlpian. *in prin. d.l.1.* vt dicat emancipatum à parente pati exitum liberti in contra tabulas bonorum poſſeſſione. Quaſi exprimat, non niſi ex die mortis, cùm ex hac vita exit, incipere illum liberti iure cenſeri, & quantum ad ius bonorum poſſeſſionis contra tabulas; vt intelligamus quandiu viuit, ſicut reuera libertinus non eſt, ſed ingenuus, ita neque liberti iure eum cenſeri, ac proinde ad reuocandas alienationes quas ipſe viuus fecerit, actionem nullam patri competere poſſe, licèt per eas futurum ſit, vt ius bonorum poſſeſſionis contra filij tabulas patri indulgendæ minuatur, aut ſaltem ipſius emolumentum. Sic & quorundam hominum eam olim conditionem fuiſſe legimus, vt viuerent liberi, & ſerui morerentur, vt ſcripſimus ad *tit. de libertin.* Eodem igitur exemplo dicendum eſt, filium à parente emancipatum (*parentis* nomen vſurpamus non *patris*, vt auum quoque paternum, & proauum aui paterni patrem cum Prætore comprehendamus) viuere ingenuum, ſed mori quaſi libertum.

l.2.cod.tit.

L. libertini 6. D.de ſtat. homin.

Inde fit, vt fruſtra pater operas ſtipuletur à filio libertatis cauſa, quas ab alio liberto quolibet benè ſtipularetur, quia de his quæ à patre libertatis cauſa fuerint filio impoſita, Prætor nihil edicit, vt Marcellus ſcribit in *l. penult. eod.* Hoc ipſum autem ideo, quia cùm emancipatus maneat ingenuus, nec operas, nec quicquam aliud niſi pietatem patri debet, *l penult. D.de obſeq.parent & patron. præſt.* vbi generaliter traditum eſt, nullum ius habere patrem in filio emancipato ob ea quæ libertatis cauſa ſint impoſita, quia nihil imponi liberis ſolet, nec poteſt; adeo vt nec iureiurando poſſit obligari filius patri manumiſſori, quomodo libertus obligatur patrono. Nam vt iuriſiurandi obligatio contrahatur, libertum eſſe oportet, qui iuret, & libertatis cauſa iurare; *l. vt iuriſiurandi 7. in princip. D. de oper. libert.* Iam autem diximus filium emancipatum quandiu viuit libertum non eſſe. Nec rurſus valde laborare is debet, vt ſe obliget, ad conſequendam libertatem cùm ſeruitus in quam ſe deductum videt, ad implendas emancipationis ſolennitates, nō ſit niſi imaginaria. Denique cùm obligationes iſtæ omnes tam operarum, quàm cæterarum rerum libertatis nomine impoſitarum, non niſi ex Prætoris iuriſdictione proficiſcantur, & ex eius edicto vires accipiāt, vt ſcriptum eſt in *l.2 eod.tit.* ſufficit filio emancipato ad hoc, ne quid ab eo exigere pater ex huiuſmodi cauſa poſſit, quod nihil de hac re Prætor edixerit.

Planè mortuo filio emancipato, idem effectus eſt eius bonorum poſſeſſionis, quæ parenti datur contra tabulas filij tanquam liberti, qui eſſet agente alio quolibet patrono; Scilicet vt ſi turpem perſonam veluti meretricem filius hæredem fecerit, totorum bonorum poſſeſſio contra tabulas parenti detur; aut ſi non turpis perſona inſtituta ſit, non niſi conſtitutæ partis: *l. Paconius 3. D.ſi à parent. quis man.* Quænam autem pars illa ſit, quoniam pro temporum varietate, alia atque alia fuit, petendum eſt ex Triboniano in *tit. De ſucceſſ. libert* Cui nec malè quis adſcripſerit eam dictionem *conſtituta*, in *d l. Paconius*: Solet enim ille ſic loqui, cùm de iis rebus tractat, quæ aliter quàm olim fuerint, nouo iure ſint conſtitutæ: vt ab eo factum eſſe in *l.non vt à patre 8. D.de capt.& poſtli.* obſeruauit Cuiacius ad *Nou.21.* Ideóque & in *l.1.§.vl.de bon.liber.* cùm Vlpianus vt credibile eſt, ſcripſiſſet poſteriores Prætores dimidiæ partis bonorum poſſeſſionem pollicitos fuiſſe patrono, idem Tribonianus pro *dimidia*, repoſuit *certa*. Sed & in eo parens, qui filium manumiſit, ſimilis eſt cuilibet alij patrono. quòd ſiue filius emancipatus teſtamento patrem ſuum præterierit, ſiue hæredem inſtituerit, fideicommiſſa nulla cogitur præſtare pater ex ſua parte quæ ei debetur, etiamſi adierit filij hæreditatem, *d.l.Paconius, §.1* Nam nec alius quilibet patronus ea fideicommiſſa deberet, ne alioqui facile liberto eſſet fraudem legibus & patrono facere, ſi liceret ei per fideicommiſſa huiuſmodi, vel qua alia arte imminuere ius patroni; *l ſi libertus 41 l.ſi patronum 44. D. de bon.libe.* vbi hac ratione defendit Paulus, ne ſatiſdatione quidem onerandum patronum. Ideóque ſi patronum ex debita parte libertus hæredem inſtituerit, eumque purè rogauerit vt fundum daret, rursúmque patrono tantundem ſub conditione legauerit, non modò in conditionem fideicommiſſum redigi, hoc eſt conditionale fideicommiſſum fieri, quod à patrono alioqui purè præſtandum fuiſſet, verum etiam fideicommiſſario cauendum eſſe ab eo ipſo, à quo legatum fuit patrono, id eſt à cohærede: ne aliter poſito iure, etiam poſt factam tranſlationem fideicommiſſi puri in conditionale, adhuc patronus oneretur ex ſatiſdatione, quam ex Prætoris edicto præſtare debet quiſquis in diem, vel ſub conditione legato, aut fideicommiſſo aliquo eſt oneratus: *tot. tit. vt legat ſeu fideic. nom. caueat.*

Quanquam non facile poſſum intelligere, quonam iuris, aut æquitatis prætextu induci poſſit, vt cohæres, à quo non ille fundus legatus patrono eſt, quem patronus alteri per fideicommiſſum dare rogatus fuit, ſed tantundem, vt lex ait, hoc eſt quanti fundus ille ſit; (non enim fundus ex earum rerum numero eſt, quæ in ſuo genere functionem recipiunt, cùm ſpecies ſit non genus; *l 1.§ mutui datio, D.de reb.cred*) cauere debeat fideicommiſſario, tanquam vice cohæredis eiuſdémque patroni, ad quem ſi patronus non eſſet, onus cautionis ex edicto pertineret. De qua enim alia re poſſet caueri fideicommiſſario, quàm de eo ipſo fundo præſtando qui relictus eſt per fideicommiſſum? Quomodo autem cauebit de illo præſtando, aut eum præſtabit cohæres, qui eum non habeat? Taceo quod nec

edicti

Digitized by Google

edicti verba obligant alium ad ſatiſdandum, quàm eum ipſum qui legatum, vel fideicommiſſum in diem, aut ſub conditione debeat, nec rurſus alij quàm ei ipſi cui debeat.

Itaque vt quod ſentio fatear, locus mihi valde ſuſpectus eſt, & qui, ni fallor, Tribonianum ſapit. Cuius inſcitiam videntur verba illa, *vt vndique patronus ius ſuum habeat imminutum.* Dixit enim ille *imminutum*, pro *non minutum*; quaſi particula *in*, ſit hîc priuatiua, quæ contra ex Latini ſermonis ratione auget ſenſum & ſignificationem ſui adiuncti. Quid ergo, aut quomodo Paulus ſcripſerat? Difficile eſt diuinare. Sed tamen probabile eſt nihil aliud ab eo ſcriptum fuiſſe, niſi illud ipſum quod Triboniano errandi auſam præbuit: Rationem ſcilicet dubitandi expreſſam iis verbis, *erit tamen & hic quod moneat. Onerabitur enim patronus ſatiſdatione fideicommiſſi.* Mouit verò hæc ratio Tribonianum, quæ Paulum moriſſe non videtur. Paruum enim patroni damnum eſt, aut potiùs incommodum (re vera namque nullum damnum eſt) in eo quod ſatiſdare cogitur, cùm ſatiſdationes facilè præſtentur earum rerum, quæ ipſæ facilè quoque præſtantur, vt contingit quoties quis eam ſpeciem debet, quam in manibus habeat, non etiam cùm pecunia debetur, quæ explicanda, aut conquirenda eſt, & cuius nomeratio non ſemper eſt in expedito: *l. ſi dubitet* 10 *D. de fideiuſſ.* Quod ſi nec damnum curari ſolet quod modicum eſt, *l. ſcio* 4. *D. de in integr. reſtit. l. ſi debitori* 21. *D. de iudic. l. res bona fide* 54. *De contr. empt.* quanto minus curari debet modicum incommodum, quod ſit ſine damno: Cùm nec onerosus creditor ſit audiendus, non magis quam debitor delicatus; *l. ſi ſeruos* 25. *D. de pign. act.* Atqui etiamſi ponas

Tribonianiſmus.

Modicum damnum non curatur: Multò minus vero modicũ incommodum

eam portionem quæ patrono debetur ex bonis liberti æris alieni loco cenſendam eſſe, vt de illa quarta ſcriptum eſt, quæ adrogato debetur in bonis adrogatoris; *l. Papinianus* 8. *§. ſi quis impubes, D. de inoff. teſta.* nihil aliud tamen aſſequi poſſis niſi vt patronus in ea portione creditor videatur. Quidni ergo contentus eſſe debeat, vt totum id quod ſibi debetur, conſequatur; quamuis ex cauſa fideicommiſſi à ſe præſtandi cogatur ſatiſdare fideicommiſſario? Quamquam ſi quis tam fauorabiliter eum tractare vellet, vt ne minimo quidem huius ſatiſdationis incommodo eum onerari pateretur; Dicerem potiùs fideicommiſſum hoc, quod patronus præſtare iuſſus eſſet nullius momenti fore, niſi fideicommiſſarius ſatiſdandi neceſſitatem vltro ei remittere paratus eſſet, aut ſaltem remittendam illi à Prætore ſatiſdationẽ, quæ & quocunque voluntatis indicio remitti ſolet: *l. auia* 77. *§. vlt. De cond. & demonſtr.* quam vt admittere vnquam poſſem vt cogatur patroni cohæres ei ſatiſdare, cui non ipſe, ſed patronus fideicommiſſum præſtare rogatus fuerit.

Nec improbabile eſt alterutrum ex his, quæ nos facilius admitti poſſe dicimus, à Paulo ita ſcriptum fuiſſe. Etſi enim in vtroque aliquid eſt quod à iuris communis ratione abhorrere videatur, illud tamen non ſolum iniquius, ſed etiam multò abſurdius eſt, quod Tribonianus vult, cauere quem de fideicõmiſſo, quod non ipſe, ſed alius præſtare debeat. Quoties autem tale quid occurrit in quo nihil ſine captione inueſtigari poſſit eligendum ſemper illud eſt quod minimum habeat iniquitatis aut abſurditatis: *l. quoties* 200. *De regul. iur.*

Longéque diſſimile eſt quod Vlp. tractat in *l. is cui* 5. *§. ſi Titio* 29. *D. vt in poſſeſſ. legat.* in cuius ſpecie translatio fit præſtandæ ſatiſdationis à perſona Titij in perſonã Sempronij: nec tantùm oneris ſatiſdandi, ſed etiam poſſeſſionis. Habet enim ſpecies illa rationem hanc, quòd cum legati, vel fideicommiſſi nomine non cauetur ei cui cauendum eſt, res ipſa quæ per legatum, aut fideicommiſſum relicta fuit, aut ſaltem eius poſſeſſio vice cautionis eſſe poteſt & debet, neque in eo fit vlla iniuria ei qui cauere debet, nec cauet, cùm è contrario ipſi caueatur de eadem re ſi conditio defecerit ei reſtituenda. Quod diuerſum eſt in caſu noſtro, in quo agitur de transferendo cautionis onere ab eo, qui debuit cauere fideicommiſſario, in eum, qui neque fideicommiſſum, neque cautionem huic fideicommiſſario vnquam debuit, quamuis legatum ille debeat patrono, ſub conditione, & conſequenter eius legati conditionalis nomine cautionem. Sed hoc ad Paulum obiter, quamuis non omnino extra rem dictum ſit. Redeamus ad id quod dicebamus ex eodem Paulo in *dict. l. Paconius* 3. *§.* 1. *D. ſi à parent. quis manum.* Si filius emancipatus teſtamento ſuo patrem præterierit, ſiue illum hæredem inſtituerit, non cogendum patrem fideicommiſſa vlla præſtare ex ſua parte, quæ ei debetur, etiamſi adierit hæreditatem. Quod nec hodie aliud erit, tametſi ponas aditam à patre hæreditatem filij, non implorato beneficio legis & inuentarij, quia ei tantùm nocet beneficium illud neglexiſſe, qui hoc ipſo quod hæres eſt, creditoribus omnibus & legatariis, & fideicommiſſariis obligatus reperitur: Qualis non eſt patronus, ex ea duntaxat portione, quæ ſibi debita eſt, inſtitutus; cum in ea ſit ipſe quoque creditor.

Subiicit Paulus, Sed etſi filia, vel nepos neptíſve manumiſſa ſit, & pater, vel auus præteritus petat bonorum poſſeſſionem, eadem hîc dicenda eſſe quæ in filio diximus: vt intelligamus quamuis in aliis nonnullis alia ratio ſit filij, alia filiæ, nepotúmque, quod ad hoc vt citiùs & faciliùs iſti liberentur à patria poteſtate quàm ille, nullam tamen hac parte inter eos differentiam eſſe; ſed omnes ſicut in eo conueniunt poſt emancipationem, quòd æquè ſunt à parente manumiſſi, ita & parem exitum facere libertorum in contra tabulas bonorum poſſeſſione.

Tres tamen caſus ſunt in quibus ab eo beneficio bonorum poſſeſſionis contra tabulas pater repellitur. Primus eſt ſi parens acceperit pecuniam, vt filium emanciparet, vt proinde non poſſit videri dediſſe merum beneficium qui pro eo pretium & pecuniam acceperit. Alius ſi poſt emancipationem filius inter viuos tantùm in eum contulerit, quantum ſatis eſt ne iudicia eius inquietet. Sic enim conſtruendus & intelligendus eſt Vlp. in *d. l.* 1. *§. ſi parens*, Non quomodo ab Interpretibus vulgo accipitur, qui ex eo loco ſolent colligere differentiam inter eam portionem, quæ patri debetur in bonis filij, & eam quæ filio debetur in bonis patris, quaſi poſſit illa magis quàm hæc tolli per pactum de non ſuccedendo, quod euidenter falſum eſt, & à nobis iam aliàs refutatum *in Decadibus noſtris, De erroríb. pragmatic.* Porrò duobus his caſibus ait Vlpianus doli exceptione repellendum eſſe patrem, ſi poſt filij mortem velit petere bonorum poſſeſſionem contra tabulas, cùm ei filius adhuc viuus, id eſt inter viuos prouidiſſe poſteriore caſu videatur, vt in *l. cùm quo* 56. *§. vlt. D. ad leg. falcid.* Tertius caſus eſt, quo bonorum poſſeſſionem

Tres caſus in quib. ſi pater filium emãcipauit repellitur à beneficio bonorum poſſeſſionis contra tabulas.

ſeſſionem contra filij tabulas parens non accipit, ſi forte filius militare cœperit. Nam Diuus Pius reſcripſit patrem ad contra tabulas bonorum poſſeſſionem hoc caſu venire non poſſe: *l. 1 §. eſt & al.* Scilicet quod ad bona filij caſtrenſia, ad quæ reſtringendum eſſe reſcriptum Diui Pij, conſtat ex *l. nam in bona* 30 iunct. §. *vl. l. praeced. D. de teſtam mil.* Quamuis in querela inofficioſi teſtamenti hæc diſtinctio non adhibeatur. Eſt enim hoc vnum ex priuilegijs militum inter cætera, vt ipſorum teſtamenta per querelam inofficioſi teſtamenti reſcindi non poſſint: *l. de inofficioſo 9. C. de inoff. teſtam.* Et ratio diuerſitatis illa fortaſſe eſt, quod querela inofficioſi ſuggillat exiſtimationem defuncti, non etiam bonorum poſſeſſio contra tabulas, idcóque minùs hæc odioſa quàm illa eſt. Quartus caſus addendus eſt ex Diui Traiani reſcripto, quod Papinianus refert. in *l. vlt. eod. tit. ſi à parent. quis manum.* de patre qui coactus ſit à Principe (ab alio enim cogi non poſſet) emancipare filium, quem malè & contra pietatem afficiebat. Nam ſi velit ille tanquam manumiſſor defuncto poſtea filio bonorum poſſeſſionem contra tabulas petere, deneganda illi eſt, propter neceſſitatem ſoluendæ pietatis, vt ea lex ait, id eſt, quia non niſi coactus & ex neceſſitate ius ſuum patriæ poteſtatis remiſerit, non vt beneficium aliquod in filium conferret.

L. vlt. D ſi à parent quis manum ſit.

Omnium difficillimum in hoc tractu illud eſt, quod ex Iuliano Vlpianus ſcribit in *d. l. 1. §. vlt. ſi à parent. quis manumiſſ. ſit*, Patrem accepta contra tabulas bonorum poſſeſſione, etiam ius antiquum, quod & ſine manumiſſione habebat, poſſe ſibi defendere: Nec enim nocere ipſi debere quòd iura patronatus habeat, cùm ſit & pater. Etſi namque non ignoro ius antiquum à pleriſque intelligi ius querelæ inofficioſi teſtamenti, tanquam quæ competat patri præterito, *l. pater filium 14. cum ſeq. D. de inoff. teſtam.* & quidem ex iure ciuili quod antiquius eſt prætorio, ad differentiam ſcilicet bonorum poſſeſſionis contra tabulas, quæ cùm ſit ex iuriſdictione prætoria, Ius nouum dici non malè poteſt (quam ſententiam à Viglio primùm inductam ad *tit. de inof. teſtam.* poſteáque à Cuiacio confirmatam *lib. 8 obſeruat c. 23.* nos quoque aliquando bona fide ſecuti ſumus.) Ne tamen hanc interpretationem probare poſſim duo faciunt. Illud primùm quod Iulianus & Vlpianus de eo iure antiquo loquuntur, quod poſſit pater ſibi deferre, accepta contra tabulas filij bonorum poſſeſſione, ac proinde reſciſſo iam per eam bonorum poſſeſſionem teſtamento: Atqui fieri non poteſt, vt teſtamentum quod iam reſciſſum ſit per contra tabulas, rurſum per querelam reſcindatur, non magis quàm vt quod nullum eſt, rumpi poſſit: *l. 5. verſ. poſt defectum, C. de iniuſt. rupt.* Ergo nec illud vt pater qui contra tabulas filij bonorum poſſeſſionem acceperit, querelam inofficioſi habere prætereà poſſit.

Nec poſſum ſatis mirari quod Cuiacius ſupradicto loco tradit, ex hac ſpecie ſumi poſſe accommodatiſſimum exemplum ad eam iuris regulam, de qua in *l. quoties duplici 91. De regu. iur.* Regula ſiquidem hoc tantum habet, Quoties duplici iure defertur alicui ſucceſſio, repudiato nouo iure quod ante defertur, ſupereſſe vetus. At nos eum caſum tractamus, quo ius nouum bonorum poſſeſſionis contra tabulas non ſit repudiatum, ſed agnitum, vt apertè probant verba illa Iuliani, *accepta contra tabulas bonorum poſſeſſione* Neque rurſus verum eſt, querelam inofficioſi teſtamenti eſſe ius aliquod ſiue nouum, ſiue vetus quo ſucceſſio deferatur: Quandoquidem is qui de inofficioſo conqueritur, non ideo ſuccedit, ſed tantùm aperit ſibi viam ad ius legitimæ ſucceſſionis, cui locus omnimodo futurus ſit reſciſſo demum teſtamento. Quare nec aliud exemplum ad eam regulam accommodatius quærendum eſt, quàm de legitimo alicuius hærede, qui etiam teſtamento inſtitutus proponatur. Habet enim hic duplex ius ſuccedendi, ex teſtamento ſcilicet, & ab inteſtato: quorum prius dicitur nouum, quamuis priore loco deferatur, poſterius verò vetus, quia quod quis ab inteſtatò ſuccedere poſſit tanquam filius, aut tanquam agnatus, habet à natura; vt autem poſſit ſuccedere ex teſtamento, habet à defuncto & ex ipſius voluntate, quam negari non poteſt eſſe poſteriorẽ iure ſanguinis, ex quo ius legitimæ ſucceſſionis inducitur. Repudiata vero teſtamentaria ſucceſſione quam quia priùs quoque repudiari neceſſe eſt, vtrique ſupereſt ius vetus ſuccedendi ab inteſtato, niſi proponas adfuiſſe animum vtriuſque ſimul repudiandæ: *illud dubitari 77. De acq. hæred.* Sed &, quis dicat patri priùs deferri bonorum poſſeſſionem contra tabulas filij, à quo ſine cauſa præteritus fuit, quàm inofficioſi querelam teſtamenti? Nec enim habent hæc duo iura ordinem inter ſe vllum prioritatis, vt ita dicam & poſterioritatis, quomodo habent ſucceſſio teſtati, & ſucceſſio inteſtati. Hæc enim ſequitur, illa præcedit. Atqui regula iuris loquitur de eo iure nouo, quod ante quàm vetus, deferatur: Non ergo de bonorum poſſeſſione contra tabulas, nec de querela inofficioſi, quæ patri detur.

L. illud dubitari 77 D. de acq hæred.

Aliud quod me mouet illud eſt, quod Iulianum & Vlpianum ita ſcripſiſſe video, *& ius antiquum quod & ſine manumiſſione habebat.* Atqui ſi pater filium non manumiſiſſet, filius teſtamentum facere numquam potuiſſet, ne patre quidem volente: *l. qui in poteſtate 6. D. qui teſtament. facer. poſſ. l. tam is 25. paragrapho 1. D. de mort. cauſ. don.* nec proinde querelam inofficioſi teſtamenti proponere pater vnquam poſſet. Igitur de alio iure antiquo, quam de querela inofficioſi locus hic intelligi debet: Ac niſi me fallo (eſt enim ſanè lubricus & periculoſus locus) de iure dominij, quod in bonis omnibus filij prędefuncti habet pater, qui filium numquã emancipauit, licèt teſtamentum facere filius potuerit, & fecerit, ſi modò aliqua ratione apud patrem bona illa filij remanſerint, vt euenit cum filiusfamilias peculium caſtrenſe habens deceſſit, aut inteſtatus, aut patre inſtituto, aut etiam extraneo ſi voles, ſed qui hæreditatem filiifamilias aliquam facere adeundo noluerit: Quibus caſibus conſtat patrem retrouideri ſemper habuiſſe dominia rerum omnium filij antiquo iure, vt Tryphon. loquitur in *l. de hæreditate 19. §. pater, in fi. D. de caſtrenſ. pecul.* & nos pluribus explicauimus *ad princip. 6. illat. 12. & ad Princ. prox. illat. 5.*

Dices id fieri iure patriæ poteſtatis, quæ ipſo iure tollitur per emancipationem, & ideo fieri non poſſe, vt dominium quod haberet pater in bonis filij caſtrenſibus, habeat etiam in bonis filij emancipati. Reſpondebo filiofamilias milite de caſtrenſibus bonis ſuis teſtato, non plus iuris habere poſſe patrem in iis bonis, quam ſi filius fuiſſet emancipatus, cùm hoc caſu & quantum ad ius diſponendi de his bonis pertinet,

filius

Digitized by Google

filiusfamilias pro patrefamilias habeatur: *l. 2. D. de SC. Mace. l. vlt. D. ad SC. Tertyll.* Emancipatio verò quid aliud facere poſſit, niſi ex filiofamilias patremfamilias? atque ita ei tribuere ius faciendi teſtamenti? Rurſum quid intereſt an filius teſtamento facto hæredem patrem inſtituerit, an verò eum ita præterierit, aut ex minore quàm ex debita portione inſtituerit, vt acceperit pater contra tabulas filij bonorum poſſeſſionem? Vtroque ſiquidem caſu ſuccedimur, ſi non ex teſtamento, ſaltem ex cauſa teſtati, neutro autem ab inteſtato. Nec minùs inteſtati ſucceſſionem impedit bonorum poſſeſſio contra tabulas, quàm ſi ſecundum tabulas accepta eſſet. Ob idque nec fieri poteſt, vt concurrat cum querela inofficioſi teſtamenti, quæ ſemper ita rumpit teſtamentum, vt inducat ſucceſſionem inteſtati: facit *l. non putauit 8. D. de contr. tab. §. ſunt autem, inſtr. de bonor. poſſ.*

Per bonorum poſſeſſionem contra tabulas ſuccedimur ex teſtamẽto.

Itaque quamuis diuerſa ſit meliórque conditio emancipati filij, quàm filiifamilias caſtrenſe peculium habentis, in eo quod ab inteſtato quoque hæredem habere poteſt, vt & alius paterfamilias quilibet, non etiam filiusfamilias miles: *l. 2. De caſtrenſ. pecul.* hîc tamen cùm pater contra tabulas filij emancipati bonorum poſſeſſionem accepit nihil eſt, quod de ſucceſſione inteſtati tractari poſſit, quod emancipatio videri queat filio attuliſſe, niſi vt eum capacem fecerit bonorum ſibi quærendorum, quorum alioqui capax etiam eſſe potuiſſet filiusfamilias manens, non tantùm ex cauſa caſtrenſis peculij, in quo patrisfamilias iure cenſetur, quemadmodum diximus; ſed etiamſi pater ipſe ſibi per filium acquiri noluiſſet, vt in ſpecie *l. cogi 16. §. ſi pater, D. ad SC. Treb.* aut in fraudem fideicommiſſi filio à ſe relicti aliquid feciſſet, vt in ſpecie *l. Imperator 50. eod.* Ergo non eſſet bona conſecutio ſi quis diceret emancipatum filium capacem eſſe bonorum acquirendorum, ac proinde non poſſe patrem in iis bonis dominij ius habere, ne quidem filio defuncto: Alioqui perinde hoc ipſum quis inferret contra patrem, cuius filius viuens proprium aliquid habuiſſet. Etſi autem bonorum poſſeſſio contra tabulas quæ filij tabulas reſcindit, non ſimiliter reſcindit emancipationem, nec proinde reſtituit patri ius poteſtatis, quod emancipatio ſuſtulerat, cùm tamen totus emancipationis effectus, & finis ille fuerit, vt filius & ſibi acquirere poſſet, & de bonis acquiſitis pro arbitrio, ſiue inter viuos, ſiue in vltima voluntate diſponere, hoc ipſum verò vtrumque fiat irritum eo caſu, quo emancipatus filius ita fuerit teſtatus, vt bona omnia quæ acquiſierat, de quibus in vltima voluntate diſpoſuerat, apud patrem remanſerint, quid obſecro impedire poteſt, quominùs eodem iure pater hic cenſeatur, quo ſi nunquam emancipaſſet filium, qui tamen aliqua bona ſibi propria habuiſſet? Aut quid prodeſt retinere memoriam & poteſtatem emancipationis eo caſu, quo pater omnia filij bona perinde retineat ac ſi emancipatio nulla præceſſiſſet?

Denique hoc volo, poteſtatem bonorum poſſeſſionis huius contra tabulas licèt non tollat emancipationem, nec eam reſcindat, tollere tamen intellectum emancipationis, quod ad id vt in iis bonis quæ per eam bonorum poſſeſſionem apud patrem reſident, nulla emancipationis ratio haberi poſsit: Exemplo eius quod Papin. ſcribit in *l. ſi patroni 55. §. vlt. D. ad SC. Treb.* poteſtatem euictionis in illa ſpecie tollere intellectum reſtitutionis. Ob idque ſic Iulianus noſter loquitur, vt dicat patrem accepta contra tabulas bonorum poſſeſſione ius antiquum poſſe ſibi defendere, vt intelligamus non ſentire Iulianum de tali iure antiquo, ex quo poſſit pater ſuccedere aut agere (quid enim eget ille iure ſuccedendi aut agendi ſiue antiquo, ſiue nouo, qui bonorum poſſeſſionem contra tabulas accepit? (ſed quod ſolam aſſertionem inducat & defenſionem. Quod euenit, cùm pater dominum ſe dicit tanquam pater bonorum, quorum factus erat poſſeſſor tantùm, aut ſaltem nonniſi bonitarius dominus ex beneficio bonorum poſſeſſionis contra tabulas. Nec enim Prætor dominium quiritiarium facere poterat, ob idque nec hæredem, *§. quos autem, Inſtit. de bon. poſſ.* ſed bonitarium duntaxat: *l. 1. D. de fund. dot. l. ſi finita 15. §. Iulianus, D. de dam. infect.* Nemo autem neſcit quantum olim interfuerit, an quis dominus eſſet bonitarius, an quiritiarius, cũ non alius verè & abſolutè dominus dici poſſet, quam qui iure Quiritium talis eſſet.

Itaque cùm interſit patris, qui tanquam manumiſſor accepit contra tabulas filij emancipati bonorum poſſeſſionem, vt non tantùm bonorum poſſeſſor ſit dominúſve bonitarius, ſed etiam dominus iure Quiritium (qualis procul dubio eſſet ſi prædefunctus filius nunquam manumiſſus fuiſſet, nec eò minùs tamen aliqua bona moriens reliquiſſet ex iis ſcilicet cauſis ex quibus filiusfamilias proprium aliquid habere poteſt) fatendum eſt quod ex Iuliano Vlpianus ſcribit, acceptam iure prætorio à patre bonorum poſſeſſionem contra tabulas filij emancipati, non debere patri obſtare, quominus idem ille ex iure ſuo antiquo, quod tanquam pater habiturus erat etiam citra manumiſſionem, poſſit dominium ſibi aſſerere, vt hoc ipſo plus iuris habeat, quam ſola bonorum poſſeſſio contra tabulas eſſet ei allatura. Videtur autem omnium elegantiſſimè locus hic probare, filiumfamilias iam olim fuiſſe acquiſitionis capacem; Alioqui nullum ius habere poſſet pater in bonis filij ſine manumiſſione, ſi nec filius ipſe bona vlla habere poſſet, etiam extra cauſam caſtrenſium, cùm de caſtrenſibus hoc loco Vlp. non loquatur. De quo tamen alibi ſæpius à nobis tractatum eſt, quamuis nunquam citato in eam rem hoc reſponſo.

Filiumfamilias iam olim fuiſſe acquiſitionis capacem.

ILLATIO V.

De legitima parentum Tutela.

QVintò ex eodem Principio fit, vt ſi impubes ſit filius qui emancipatur, vel filia, pater qui emancipat hoc ipſo legitimam filij tutelam nanciſcatur, vt Iuſtinianus ſcribit *in hoc §.* & latiùs *in tit. De legit. parent. tut. infr.* Nam cum tutela ſit ius & poteſtas in capite libero, vt dicemus ad *tit. ſeq.* nec fieri poſſit vt vnus & idem eodem tempore ſit in duorum poteſtate, conſequens eſt vt qui in patris tanquam tutoris poteſtate eſt, deſinat; imò verò iam prius deſierit eſſe in poteſtate ipſius tanquam patris. Diſſolutio enim patriæ poteſtatis illa eſt, quæ tutoriæ locum facit. Et quamuis filiusfamilias per emancipationem deſinat eſſe filius, quantum ad ius ciuile attinet, quia tamen pater vere & naturaliter manet pater; nec ideo amiſit filiumfamilias, quod eum male tractauerit, ſed potius quod

Digitized by Google

quod ſuo incommodo tantum beneficium in eum contulerit: Nihil cauſæ eſt cur non eidem ipſi patri, potiùs quàm vlli alij, committenda ſit vita, totúmque patrimonium impuberis emancipati iure legitimæ tutelæ. Quamuis inter patrem, & filium emancipatum, ius nullum ſuperſit legitimæ ſucceſſionis; dicique ſoleat, quò tutela redit, eò & hæreditatem redire oportere; *l.qui tutela 73. De regu.iur.* Aliud enim hac parte ius eſt tutelæ legitimæ, aliud verò legitimæ ſucceſſionis. Solius namque impuberis fauor in eo vertitur, vt tutorem habeat patrem potius quàm alium: quæ pupilli vtilitas, vt ſcilicet ipſius vita in tutiore loco ſit, cum Reipublicæ quoque vtilitate coniuncta eſt, ad quam vel illud maximè pertinet, vt impuberum ſaluti, & ſecuritati conſulatur, per quos fieri poſſit aliquando vt Reſpublica gubernetur, conſeruetur, adeóque collapſa reſtauretur. At vt defuncti impuberis, puberíſve ſucceſſio ad patrem potiùs quam ad alium pertineat, nihil intereſt Reipublicæ. Ideóque non quemadmodum tutela, ita & ſucceſſio vlla legitima parentum, qui liberos emancipaſſent, conſtituta fuit.

Quanquam, ſi verùm amamus, habet pater legitimam hanc filij ſui impuberis emancipati tutelam, non tanquam pater, ſed tanquam patronus, ob hoc ipſum quod filium emancipando manumiſit; ſecundum ea quæ diximus *illat. præcedent.* Nam & Iuſtinianus ipſe *in hoc. §.* ſcribit patrem nanciſci tutelam hanc ex manumiſſione, & in *d.tit. De legit.parent.tute.* idem ille ait exemplo legitimæ tutelæ patronorum, & hanc quoque receptam eſſe, quæ & ipſa inquit, legitima vocatur, Eodem prorſus modo quo & legitima tutela patronorum. Non quod de ea quicquam nominatim cautum ſit lege 12. Tab. ſed quia perinde accepta eſt per interpretationem, ac ſi verbis legis introducta eſſet. Eo enim ipſo, quod libertorum libertarúmque hæreditates ſi inteſtati deceſſiſſent, iuſſerat lex ad patronos, eorúmve liberos pertinere; crediderunt Veteres voluiſſe legem etiam tutelas ad eos pertinere, ſumpto argumento ab agnatis, quos & ad hæreditatem & ad tutelam quoque eadem lex vocat; vt Iuſtinianus ratiocinatur in *tit. De legit.patron.tute.*

§. præterea hoc tit. Legitima patronorum tutela.

Quod cùm ita ſit, fatendum eſt non eſſe hac parte diuerſam rationem legitimæ tutelæ, & legitimæ ſucceſſionis, nec violari hoc caſu regulam illam iuris, quæ tutelam defert iiſdem perſonis, quibus & hæreditatem, niſi cùm fœminæ intercedunt. Pater enim tanquam patronus, ſicut impuberis emancipati legitimus tutor eſt, ita & legitimus hæres ex lege 12 tab. Quo etiam exemplo dat ei Prætor bonorum poſſeſſionem contra tabulas filij, ſicut & patrono alij cuilibet contra tabulas liberti, vt diximus *illat. præcedenti ex l.1.& tot.tit. D.ſi à parent. quis manum. ſit.*

ILLATIO VI.

De iure quod habet parens manumittendi quos velit ex ſuis liberis.

SExtò ex eodem Principio fit, vt liberum ſit ei qui filium & ex eo nepotem vel neptem in poteſtate habet, filium quidem de poteſtate dimittere, nepotem verò vel neptem retinere; aut è conuerſo, filium quidem in poteſtate retinere, nepotem verò vel neptem manumittere, ſicut & omnes ſui iuris efficere, ſi vellet, poſſet. Idémque de pronepote & pronepte iuris eſt, quemadmodum ſcribit Iuſtin. in *§. admonendi, ho. tit.* poſt Caium in *l.liberum 28. D. de adopt.* Nam cùm ius patriæ poteſtatis ſit patris, nec tantùm in liberos ſuos primi gradus, ſed etiam in omnes ex eis deſcendentes, non eſt ille cogendus vt ius ſuum vel retineat, vel remittat, niſi eo ipſo quo velit modo: quandoquidem patria poteſtas inæſtimabilis res eſſe creditur; vt eſt: *l.filiusfamilias 114 §. ſed ſi liberos, De legat. 1.*

ILLATIO VII

De filiofamilias in adoptionem dato.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt quiſquis filiumfamilias ſuum alij dat in adoptionem, hoc ipſo amittat ius patriæ poteſtatis, inſpecta ſcilicet iuris veteris ratione, cùm adoptio non poſſet fieri quin emancipatio vna pluréſve interuenirent, vt Iuſtin. refert in *l.vlt.C.de adopt.* Nec rurſus quin adoptatus in familiam & poteſtatem veniret adoptantis: Atqui vt iam ſæpiùs diximus fieri nunquam poſſe, vt quis ſit in duorum poteſtate: Nec illud igitur fieri poterat, vt non exiret de patris naturalis poteſtate, qui in patris adoptiui poteſtate conſtitueretur. Sed Iuſtiniani conſtitutionibus immutatum hoc eſt, non ex illa ſolùm parte, qua veteres illos circuitus ſuſtulit, in *l. vlt. C. de adopt.* verum ex illa etiam, qua induxit vt qui in adoptionem datur à patre naturali & legitimo, non idcirco exeat de ipſius poteſtate, ſed remaneant patris naturalis iura integra, perinde ac ſi adoptio nulla facta eſſet, niſi eo vno caſu, quo pater filium, quem in poteſtate ſua habet, auo vel proauo naturali dederit in adoptionem; *l.pen.eod.tit. C.de adopt.* de cuius ſententia, quam Iuſtinianus repetit in *§. ſed etſi pater, hoc tit.* ſcripſimus nonnulla ad *tit. De pat.poteſt.Princ.4.illat.4.& ad tit. de adopt.Princip.1.illat.12.*

l. vlt.C.de adopt.

ILLATIO VIII.

De nepote concepto ante, vel poſt filij emancipationem.

OCtauò ex eodem Principio fit, vt ſi nurus tua ex filio tuo conceperit, & filium poſtea emancipaueris, vel in adoptionem dederis, prægnante nuru tua, nihilominùs quod ex ea naſcitur, in poteſtate tua naſcatur. Quòd ſi poſt patris ſui emancipationem vel adoptionem conceptus fuerit, patris ſui emancipati, vel aui adoptiui poteſtati ſubiiciatur; vt Iuſtin. ſcribit in *§. illud autem, pen. huius tit.* Hac enim parte, vt & in aliis pleriſque, conceptionis tempus attenditur potiùs quàm natiuitatis, eodémque iure cenſetur qui in matris vtero eſt, quamuis nondum natus ſit, quo ſi iam natus eſſet: cùm ſcilicet de ipſius partus commodo agatur: *l.7. l. qui in vtero 26. De ſtat.hom* Nec enim dubitandum eſt, quin nepotis interſit, vt patre emancipato, retineatur ille in aui ſui paterni poteſtate, vel ob hoc ipſum vt ſuus hæres naſci, & ſui hæredis iura nanciſci poſſit, in familia & hæreditate aui, perinde ac ſi patrem nullum haberet. Quamquam enim patri etiam emancipato dat Prætor bonorum poſſeſſionem, ac ſi emancipatus non fuiſſet, coniungit

Ed Bon. de coniung. cum emancip. lib. eius.

tamen cum eo liberos ipſius in aui poteſtate retentos. Ex ea parte edicti quæ eſt, *De coniung cum emancip. liber. eius* Non alia ratione, quàm quod æquiſſimum temperamentum illud viſum ſit, vt neque emancipatus ſolus veniat, & in totum excludat nepotes in poteſtate manentes, qui è contrario totum iure ciuili habere deberent, neque nepotes Iure poteſtatis obiiciantur in totum patri ſuo, quem Prætor perinde vocet ac ſi emancipatus non fuiſſet. Porrò ſi emancipatus nun eſſet, non ſolùm partem bonorum haberet, ſed totam ipſam bonorum vniuerſitatem, vt ratiocinatur Vlp. in *l. 1. §. 1. eod. tit.*

Neque eſt quod quis dicat, immò verò vtilius fore huic nepoti, qui adhuc in vtero eſt, ſi non remaneat in poteſtate aui, patre emancipato. Id enim tum vere diceretur, cùm emancipato patre ipſe quoque conceptus ex eo nepos emancipatus intelligeretur, quia ipſius proculdubio intereſſet ſui iuris eſſe, potiùs quam alieni. Sed cùm neque poſſit emancipari qui nondum natus eſt, neque proinde poſſit ille effugere quin naſcatur in alicuius poteſtate, ſiue pater, ſiue auus paternus ille futurus ſit, eſt ſanè ipſi multò commodius vt auo, quàm vt patri ſuus hæres naſcatur. Siquidem aui hæreditas & opulentior futura eſt quàm patris, qui nunc primùm fuerit emancipatus, & probabiliori ſpe citiùs deferenda, ex ipſius non tantum aui, ſed etiam naturæ voto, quod illud eſt vt auo pater, patri filius ſuperuiuat, *l. nam etſi 15. D. de inoff. teſt. l. ſcripto 7. §. vlt. D. vnd. lib. l. vlt. D. de bon. damnat.*

ILLATIO IX.

De non cogendo patre vt liberos ſuos emancipet.

NOnè ex eodem Principio fit, vt neque naturales, neque adoptiui liberi, qui in patris ſiue naturalis, ſiue adoptiui poteſtate ſunt, cogere illum poſſint vt emancipet, *l. non poteſt 31. D. de adopt.* Adeo vt neque reſcripto Principis id impetrari poſſit, *l. nec auus 4. C. de emancip. liber.* vbi ratio redditur, quoniam id fieri non poſſet citra iniuriam ſiue patris ſiue aui, qui filium aut nepotem emancipare iuberetur. Reſcripta verò Prinicpum ad alienam iniuriam porrigi nunquam debent, *l. ex facto 43. De vulg. & pupill ſubſti. l. 2. § merito, & §. ſi quis à Principe, D. ne quid in loc. pub.* Ideo autem iniuria fieret ei, qui emancipare cogeretur, quia vt Principium noſtrum habet, per emancipationem vinculum patriæ poteſtatis diſſoluitur, patria verò poteſtas inæſtimabilis res eſt, vt diximus ad *Princip. 1. tit. De adopt. illat. 26. ex l. filiumfamilias 114. §. ſed ſi liberos D. legat. 1.* vbi ob hanc cauſam ſcribit Marcianus, ſi quis alterius teſtamento rogatus ſit vt filium ſuum emancipet, non eſſe cogendum: quod & Papinianum ſenſiſſe refert Vlp. in *l. ſi cui legatum 92. De condit. & demonſt.* in illa etiam ſpecie, cùm patri aliquid legatum fuerit, iſque rogatus ſit liberos ſuos emancipare. Quamquam concludit *ibidem* Vlp. magis eſſe, vt hoc caſu extra ordinem conſtitui debeat eum patrem, qui agnouit legatum vel fideicommiſſum, quod ſibi relictum eſt hac contemplatione vt liberos ſuos emanciparet, cogendum emancipare. Neque enim circumueniri, inquit, debet voluntas teſtantium. Sic denique hoc accipiendum (malo enim legere *denique* quam vt vulgò *deinde*) quemadmodum ſi ſub conditione liberorum emancipandorum ei fuiſſet legatum, vel ſub hoc modo relictum vt eos emanciparet. Qui caſus duo nullam dubitationem recipere poſſent, ob voluntatem teſtatoris, qui vtique non aliter patri fuerat legaturus. Quæ voluntas multò minus aperta eſt, cùm diuerſis licet contiguis orationibus patri aliquid legatur, & ille vt filium emancipet, rogatur; qua in ſpecie Papin. reſponderat, non eſſe cogendum patrem emancipare, quaſi non conſtaret hoc caſu relictum legatum, contemplatione emancipationis faciendæ.

Illud ſanè conſtat, fuiſſe ſemper odioſas patribus huiuſmodi conditiones emancipandorum liberorum, vt coniicere licet ex *l. quidam 46. D. de hæred. inſtit.* vtpote per quas id videatur agi, vt non tantùm patriæ poteſtatis, ſed etiam pietatis vinculum diſſoluatur, quomodo loquitur Papin. in *l. vlt. D. ſi à parent. quis manum. ſit.* Multum ſi quidem ad retinendam pietatis obſeruantiam prodeſt, retineri ſpem, quam continuis obſequiis liberi parare ſibi ſolent conſequendorum à parentibus bonorum; *l. nec ei 17. §. pen. D. de adopt.* Obſequi autem non poteſt filius, cui pater pro ſuo iure nihil imperare poteſt cùm obſequium dicatur ex imperij comparatione, *l. 4. De regul. iur. l. 4 C. ad leg. Iul. de adult.*

Alij caſus in quibus pater filium emãcipare cogitur.

Sunt tamen etiam alij caſus in quibus pater filium emancipare cogitur. Inter quos ille eſt, ſi pater filium male tractet, id eſt patriam poteſtatem nimis acerbè in eum exerceat, & contra officium pietatis paternæ vt in *d. l. vlt. D. ſi à parent. quis manum. ſit.* Non etiam ſi pater abutatur iure ſuo patriæ poteſtatis, ad profliganda & diſſipanda bona, quæ vel ipſius filij iam ſint, vel ei quandoque reſtituenda, vt in ſpecie *l. Imperator. 50. D. ad SC. Trebell.* Nam aduerſus fraudem patris, quod ad bona filij attinet, alio modo ſuccurri poteſt. Non quidem vulgaribus cautionibus, quæ in eam rem ab alio præſtari poſſent & deberent (nec enim poſſunt inter patrem & filium interponi ſalua patria poteſtate) ſed cogendo patre bona illa filio ſtatim reddere, ita vt nihil iuris habeat in iis bonis quandiu filius viuit, *d. l. Imperator.* At contra patrem qui in perſonam filij ſuprà modum ſæuiat, nullo alio auxilio proſpici poteſt, quam vt filium emancipare compellatur.

In domino ſeruum ſuum male afficiente aliud eſt: Iubetur enim & cogitur non quidem dare ipſi libertatem, quod nimis magnum durumque eſſet, ſed alteri eum vendere, atque adeo ita vt in ipſius prioris domini poteſtatem nunquam reuerti poſſit: *l. 2. D. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt.* ſeruus enim ſicut & quælibet alia res quæ in commercio ſit vendi poteſt; non etiam liber homo & ciuis qualis proculdubio eſt quiſquis filiusfamilias eſt: *l. 4 eod.*

Eſt & alius caſus quo non melior domini quàm patris conditio eſt, in amittendo iure poteſtatis, etiam (quod magis eſt) citra vllam manumiſſionem. Nimirum ex Impp. Theodoſij & Valent. Conſtitutione, in *l. lenones 6. C. de ſpectac. & ſcenic. & lenon. lib. 11. tit. 40.* Si pater vel dominus leno probetur, qui ſuæ vel filiæ, vel ancillæ, peccandi neceſſitatem imponat. Hic enim nulla quoque interueniente manumiſſione, ſed ſolo Magiſtratus ſuffragio per filiam, aut ancillam implorato, non ſolum poteſtatem, quam habuit amittit, ſed etiam proſcriptus, exilij pœna mulctatur, publiciſque metallis, grauiore quolibet ſupplicio digniſſimus, addicitur.

TIT.

TIT. DECIMVSTERTIVS.

De Tutelis.

PRINCIPIVM I.

Definitio Tutelæ.

TVTELA eſt vis ac poteſtas in capite libero ad tuendum eum qui propter ætatem ſe defendere nequit, iure ciuili data & permiſſa; vt Iuſtinian. ſcribit in §. 1. *huius tit.* poſt Seruium & Paulum in *l. 1. D. eod.* In qua tamen definitione malunt quidam legere *ius*, quàm *vis*, ſecuti Theophilum, qui tutelam definit *δικαίωμα*, hoc eſt *ius aliquod*. Sed quamuis verum ſit tutelam *ius* eſſe, ob idque & per *ius* tanquam per genus ſuum definiri commodè poſſe, vt & patria poteſtas, & obligatio, & actio, & alia penè innumera huiuſmodi, quæ ſunt iuris ciuilis: elegantius tamen dixit Seruius eſſe *vim*, quàm ſi *ius* eſſe dixiſſet. Quod enim exprimendũ erat in definitione, vt appareret tutelam eſſe iuris & quidem ciuilis, ſatis expreſſum eſt ſequentibus illis verbis, *iure ciuili data & permiſſa.* At illud quoque exprimi oportuit tutelam eſſe vim quandam, vt eius effectus melius perciperetur. Dicitur enim *vis*, quia neque a natura primam originem ſuam trahit, vt patria poteſtas, quæ in eos tantùm nobis competit, quos ex iuſtis nuptiis ſuſcepimus, & in liberum hominem etiam *inuitum* exercetur, quod ſanè citra vim fieri non poteſt. Vis namque eſt, quotieſcunque de ſe, ſuiſve rebus pro arbitrio diſponere liber homo prohibetur: quæ res naturalem ipſius quodammodo imminuit libertatem: Cùm libertas definiatur naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, niſi ſi quid *vi*, aut iure prohibeatur facere; *l. libertas 4. De ſtat. hom.* iunct. *l. extat 13. D. quod met. cauſ.* At quoniam nihil eſt, quod ciuilis Legiſlator tam exoſum habeat quàm vim & impreſſionem, ne ciuis Romani libertatem vel minima in re diminui, rixarúmque in Republica materiam naſci patiatur, conſtitutis in eam rem publicè Magiſtratibus, quorum autoritate vnuſquiſque quod ſuum eſſe, ſibive deberi putet, perſequatur: *l. non eſt ſingulis 176. De regul. iur. l. ſi quis 7. C. vnde vi: l. 1. C. ſi per vim vel alio mod.* iunct. *l. ſi cuius 13. §. ſed ſi inter duos*, aliàs, *l. æquiſſimum, D. de vſufr.* bene additum eſt in definitione, hanc vim, quam tutor habet in pupillum, *iure ciuili* permiſſam eſſe. Sic enim accipienda ſunt verba illa, *iure ciuili data & permiſſa*; vt verbum *permiſſa*, ad *vim* referatur; *data* verò, ad poteſtatem. *Poteſtatem* namque dari oportuit, quatenus verò poteſtas illa vis quædam eſt, ſufficere debuit vt permitteretur, id eſt, vt eſſet inculpata.

Ratio inducendæ, & permittendæ tutelæ.

Cur autem permiſſa ſit, ratio non eſt in obſcuro, quia ſcilicet ad ipſius pupilli, cui infertur, commodum pertinet; cùm is propter ætatem ſeipſum tueri non poſſit, neque decernere quid ſibi faciendum ſit, aut detrectandum. Eò namque pertinet quod Seneca quodam loco ſcribit, Duplex beneficium accipere illum, qui vt accipiat inuitus cogitur. Nam & inde *Tutores* dici placuit, quaſi *tuitores*, ſicut & Æditui dicuntur, qui ędes tuentur, inquit Paulus in *d. l. 1. De tutel.* vt intelligant nullam ſe in perſonas & bona pupillorum habere poteſtatem niſi ad eum finem, vt ipſorum & vitam, & facultates tueantur, non vt ea vi & poteſtate in ipſorum perniciem abutantur, *l. qui fundum 7. §. ſi tutor, D. pro emptor.* Vnde etiam eſt quod Iuſtin. ſcribit in §. *pen. infr. de Atil. tut.* non tantùm ciuili, ſed etiam *naturali* iuri conueniens eſſe, vt is, qui perfectæ ætatis non ſit, alterius tutela regatur. Quanquam ſi quis ideo tutelam iuris naturalis eſſe diceret, is proculdubio erraret. Iuris enim tantum ciuilis eſt, cùm lege 12. Tab. fuerit primum inducta.

Oſtendunt verò verba illa, *vis ac poteſtas*, id quod ſequitur, *in capite libero*, ita eſſe accipiendum, ac ſi ſcriptum eſſet paullò elegantius *in caput liberum.* Non enim id agebat Seruius cùm tutelam definiebat, vt moneret alium tutorem dari non poſſe quàm eum qui eſſet liber homo, nec rurſus alij quàm libero: quandoquidem ſequens illa adiectio, *iure ciuili data*, ſatis excludebat ſeruilem conditionem & à tutoribus & à pupillis, cùm ſerui iure ciuili, & conſequenter in iis omnibus quæ iuris ciuilis ſunt, pro nullis habeantur; *l. quod attinet 32. De regul. iur.* Sed vt ſignificaret dignitatem tutelæ, quæ tanta eſt, vt ex hac cauſa etiam in caput liberum poſſit quis eam vim & poteſtatem habere, vt ſequitur apud Paulum, quamuis non ſit pater; nec citra patrem cuiquam liceat poteſtatem aliquam ſibi adrogare in ciuem Romanum, niſi publico Magiſtratus iure, ac ne quidem in eum ſeruum qui ſit alienus.

Ex quo intelligimus tutoris poteſtatem, quam in pupillum habet; tametſi diſtincta ſit à patria poteſtate, non minùs quam nomen ipſum *Tutoris* à nomine *Patris* (quò reſpicit proculdubio Iuſtin. cum *initio tituli* præfatur, ex iis perſonis, quæ in poteſtate noſtra non ſunt, alias eſſe in tutela, alias in curatione, alias neutro iure teneri: quaſi is qui in tutela eſt, non ſit in alterius poteſtate) portionem tamen quandam eſſe *patriæ poteſtatis*, vt qui tutor eſt, reuera nihil aliud quàm alius quidam *pater temporarius* eſſe videatur.

Ius dandi tutorem & ſubſtituendi pupillariter deſcendit ex iure patriæ poteſtatis.

Nam & inde eſt, quod quãuis poteſtas patria finiatur morte, *vt ſuperiore titulo* diximus, patri tamen permiſſum eſt teſtamento ſuo tutorem pupillo dare, vt poſtea dicemus, ſicut & hæredem ei facere per ſubſtitutionem pupillarem *l. 2.* & paſſ. *De vulg. & pup. ſubſt.* vt intelligamus vim patriæ poteſtatis, iuncta *tutoris* poteſtate, protrahi quodammodo in tempus vſque pubertatis. Certum enim eſt, tutelam teſtamento patris mandati, non iure voluntatis duntaxat, vt cæteraquæ in teſtamento relinquuntur, ſed etiam *iure patriæ poteſtatis*, quomodo eleganter

loquitur Papinianus in *l. impuberi 40. in fin. De adm. & peric. tutor.* Nam de bonis quidem ſuis paterſamilias quilibet pro arbitrio diſponere ex lege 12. tab. poteſt, *l. verbis legis 120. De verb. ſignif. l. 1. D. ad leg. Falcid.* Sed de alterius perſona eáque libera diſponere, quomodo diſponit pater, qui filio tutorem dando, dat tutori vim & poteſtatem in caput filij, non alius poteſt quàm qui & pater ſit, & omnium maximum ac nobiliſſimum patriæ poteſtatis actum hunc exerceat.

Vnde etiam ſic Papin. loquitur. vt dicat mandari tutelam, quomodo dicimus mandari iuriſdictionem, *l. 1. & tot. tit. De offic. eius cui mandat. eſt iuriſd.* Siquidem mandare quiſque dicitur eam ipſam poteſtatem quam habet, cùm alium facere vult illud ipſum quod ſuo iure facere ipſe poſſet. Fuit verò ſanè conueniens, hac veluti fictione ſuccurri reuera pupillis, vt qui verum patrem amiſiſſent in ea ætate, in qua potiſſimùm patris conſilio & præſentia egebant, id eſt, in qua ſibi ipſis conſulere nullo modo poſſent, perinde tamen regerentur, ac ſi patrem adhuc haberent, ab eo nimirum quem pater moriens, tanquam poteſtatis, prouidentiæ & adſectionis ſuæ vicarium in eam rem conſtituiſſet.

ILLATIO I.

De pupilli conditione quæ melior eſt quam furioſi.

EX hoc Principio illud primum fit, vt quamuis pupillus & iudicio & conſilio prorſus careat, ita vt illa etiam quæ videt ignorare credatur, quomodo ſcriptum eſt in *l. 1. §. impuberes, C. de falſ. monet.* nec magis quàm furioſus adfectionem aliquam & voluntatem habeat, *l. 1. §. furioſus, D. de acquir. poſſ.* à cuius conditione non multum abhorrere ob eam cauſam dicitur in *l. Fulcinius 7. §. planè interdum 11. D. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* præſertim verò ſi eius ætatis ſit, vt intellectum nullum capiat, id eſt, ſi ſit infans, *d. §. furioſus, in fin.* Melioris tamen ſit conditionis quàm furioſus, in eo, vt non tantùm ipſius nomine poſſit tutor omnia facere, ſicut & furioſo datus curator facere omnia poteſt nomine furioſi; verùm etiam ille ipſe poſſit omnia facere tutore autore, quamuis furioſus nihil omnino facere queat etiã autore curatore: *l. in negotiis 5. De regul. iur.* Nimirum quia pupilli etiam infantis iudicium ſuppletur autoritate tutoris, *l. quamuis 32. D. de acquir. poſſ. in §. infans*; At non ſimiliter iudicium furioſi, autoritate curatoris: Non quòd curator hic non detur perſonæ furioſi, & ſicut tutor perſonæ pupilli, in quo differt vterque à cæteris curatoribus qui non perſonæ ſed bonis dantur; *l. cum in vna, 17. §. vlt. D. de appell.* Sed duplici diuerſitatis ratione, Et quia certum eſt ætatem allaturam eſſe iudicium pupillo, non etiam reſipiſcentiam furioſo, *l. ambiguitatem 12. verſ. ſin autem talis, C. de vſufr.* Et quia ſicuti patris & filij vna eadémque perſona eſſe creditur, propter tam arctum vinculum patriæ poteſtatis, *l. ne cum filiofamilias 16. D. de furt.* Ita & tutoris pupillíque perſona, quandiu hic pupillus, ille tutor manet, eadem videri poteſt, imagine quadam & participatione, quæ in tutore eſt eiuſdem patriæ poteſtatis; at quæ non ſimiliter vlla eſt in curatore. Vnde ſit vt & ſcientia & dolus tutoris noceat pupillo etiam ignoranti, *l. ſeruus 7. §. vlt. D. de bonor. poſſ. l. 4. §. illa etiam quæſtio. D. de dol. mal. except.* Vt intelligamus quod tutor ſcit, pupillum quoque ſcire videri; vt è contrario impuberes ſine tutore agentes, nihil ſcire poſſe intelliguntur: *l. vlt. D. de iur. & fact. ignor.* ideóque nec peierare dicuntur: *l. qui iuraſſe 26. D. de iureiur.*

l. Fulcinius 7. §. planè interdum 11. D quib. ex cauſ. in poſſ. eat.

ILLATIO II.

Tutorem perſonæ dari principaliter, Bonis verò nonniſi per conſequentiam.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt tutor perſonæ dicatur dari, non bonis niſi per conſequentiam: *l. quia perſona 14. D. de teſta. tutel. §. certa, qui teſta. tutor. dar. poſſ.* Nam cùm tutela ſit vis & poteſtas in caput ipſum, vt habet hæc definitio, non poteſt fieri vt tutor quiſquam ſit qui non perſonæ detur.

L. quia perſona 14. D. de teſtam. tutel. §. certæ rei infr. qui teſtam. tut. dar. poſſ.

Nec obſtat, quod bonis quoque datus intelligitur. Id enim fit per conſequentiam, vt dixi, quia bona tanquam minùs digna ſolent ſequi perſonam tanquam digniorem. Idémque eſt & in curatore furioſi, quia & hic perſonæ datur principaliter, non bonis, quamuis etiam de bonis ſicut & de perſona furioſi locuta ſit lex 12. tab. iis verbis, *Si furioſus quis exiſtet, agnatorum gentiliúmque in eo pecuniáque eius poteſtas eſto*: vt dicemus ad *tit. De curat. in §. furioſi* Quod in cæteris curatoribus diuerſum eſt. Illi enim non perſonæ, ſed rebus dantur & bonis, vt *proxima illat.* diximus, & *ad eum tit. De cura* latiùs dicemus.

ILLATIO III.

Tutorem certarum rerum, vel cauſarum dari non poſſe.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt certarum rerum vel cauſarum tutor dari non poſſit, & ſi datus fuerit, tota datio nihil valeat; *l. certarum 12. cùm ſeq. de teſtam. tutel.* quia cùm tutor perſonæ detur, non bonis, vt rationis loco ſubiicitur ex Marciano in *l. quia perſonæ 14. eod. tit.* perſona autem ſit indiuidua fieri non poteſt, vt tutela ſit coarctata ad certas res, non magis quàm vt incipiat à rebus ipſis: quia non bene videretur, quis tueri perſonam pupilli, ſi non eas quoque res ipſius omnes tueretur, quas tueri poſſet ipſe, ſi iudicio & conſilio polleret. Itaque quod ſcriptum eſt in *d. l. quia perſonæ*, tutorem non dari rei, non pugnat cum eo quod Paulus ſcribit in *l. cùm plures 12. §. cùm tutor. D. de adminiſtr. & peric. tut.* Aliud enim eſt, tutorem *dari rei*, Aliud *dari rebus*. Qui dicit *dari rei*, dicit incipere dationem à re aliqua, vel ad rem aliquam coarctari. Qui vero dicit *dari rebus*, intelligit de omnibus, quòd bona omnia ſequantur conditionem perſonæ, *l. per curatorem 90. §. 1. De acq. hered* Quamquam non ita Paulus loquitur in *dicto § cùm tutor*, vt dicat tutorem dari bonis, ſed non rebus duntaxat, verum etiam moribus pupilli præponi, quod longè diuerſum eſt. Ideo namque & rebus & moribus pupilli præponitur, quia perſonæ datur, cuius & moribus & rebus conſulendum eſt, vt ipſi perſonæ conſultum dici poſſit.

Si tamen tutor detur rei Africanæ, vel Syriacæ, placet vtilem eſſe dationem. Non quidem ex iuris

mera

Digitized by Google

mera ratione, ſed quia hoc iure vtimur, vt Vlpian. ait in *l. ſi tamen* 15. *De teſtam. tutel.* An exemplo tutoris dari à Magiſtratu, qui alius dari poteſt Romæ à Prætore pro bonis Italicis, alius a Præſide in prouincia pro bonis prouincialibus, *l. pupillo*, 27. *D. de tut. & curat. dat. ab his.* Minimè, quia in tutoribus qui petuntur, dantúrque a Magiſtratu illud neceſſariò inducendum fuit, vt non ab alio dari tutor poſſet, quàm ab eo Magiſtratu qui competens eſſet, ſiue ratione domicilij aut ciuitatis, vnde originem per conditionem paternam filius duceret, ſiue ratione loci vbi eſſent facultates: *l. vnic. C. vbi petant. tutor. vel curat.* Si quidem extra territorium ius dicenti impunè non pareretur, *l. vlt. D. de iuriſdict.* Ob idque & ſimpliciter datus à Magiſtratu tutor, non pro aliis bonis datus videri poſſet, quàm qui in eo loco eſſent, cuius cura ad dantem pertineret: *l. cum vnus* 12. §. *penultim. D. de reb. autor. iudic. poſſid.* Qua etiam ratione, ſi quando Magiſtratus municipalis tutorem det (nam & municipalibus Magiſtratibus ius dandi tutoris conceſſum fuit) non alium dare poterit, quàm qui ſit ex eodem municipio, aut ex agro eiuſdem municipij: *l. 3. De tutor. & curat. dat. ab his.* At pater nullis territorij, aut poteſtatis finibus coërcetur, quominùs vnum eundémque tutorem filio ſuo impuberi, pro ipſius bonis vbicumque ſitis, dare poſſit; cùm det ex legis poteſtate, quæ in toto Romani imperij orbe, vna eadémque eſt, & parem vbique locorum autoritatem obtinet. Quin & ipſa teſtatoris voluntas legem facit vbique locorũ, qui ſint ſub ditione orbis Romani. Id enim ſignificat verbum *legaſſit*, in verbis illis legis 12. tab *Paterfamilias vti ſuper ſua re legaſſit, ita ius eſto*: *d. l. verbis legis* 120. *De ver. ſignific. Legaſſit*, inquam, id eſt *legem fecerit*, aut quod parum diſtat, *legis modo* diſpoſuerit.

Petenda igitur ratio eſt, ex pupillorum vtilitate, quæ ſola ſententiam hanc induxit, cùm fieri facilè poſſet, vt pater haberet cui Africanæ, vel Syriacæ rei tutelam confideret, cui tamen vniuerſam tutelam mandare noluiſſet, veritus fortaſſe, ne is tantum adminiſtrationis totius incommodum in tam remota diſſitáque agens prouincia obire, vel noluiſſet, vel non potuiſſet. Prouidendum itaque fuit ne quod pupillorum fauore conſtitutum erat, vt eorum & perſonæ & bonis omnibus tutorem dari oporteret, ne quid indefenſum & deſtitutum relinqueretur, idipſum propter nimiam iuris ſubtilitatem in eorum perniciem conuerteretur, vt in ſimili ſpecie tractat Iuſtinianus in *l. ſancimus* 7. *C. ad CS. Trebell.* *L. ſancimus 7. C. ad SC. Trebell.*

ILLATIO IV.

De non dando muto tutore, nec ſurdo, nec cæco, nec furioſo.

QVartò ex eodem Principio fit, vt mutus tutor dari non poſſit, quoniam autoritatem pupillo præbere non poteſt, quæ ſcilicet apertis verbis non obſcuris, aut dubiis indiciis præbenda eſt, *dict. l. 1 §. mutus, De tutel.* vbi ſubiicitur de ſurdo quoque idem iuris eſſe, vt tutor dari non poſſit, quia non tantùm loqui, ſed & audire tutor debet, vt authoritatem præſtare poſſit. Quomodo enim conſentiet ſi non audiet? Sed & pupilli vtilitas exigit plerumque vt tutorem ipſius nomine ſtipulari oporteat, qui autem vel mutus, vel ſurdus eſt, ſtipulari non poteſt, cùm ſurdus non poſſit audire interrogationem ad quam congruè reſpondere debeat, aut factam interrogationi ſuæ reſponſionem: mutus verò neque poſſit interrogare, neque interroganti reſpondere, *l. 1 §. penult. & vltim. De oblig. & action.* Sanè ſi quis minùs, id eſt, ſi tardiùs audiat, tutor eſſe poteſt, *l. fi. D. de legit. tut. & d. § vlt.*

Itaque non ſolùm legitimi tutores iſti eſſe non poſſunt, ſed quod magis eſt, neque dari à teſtatore, *l. penult. §. 1. eo.* adeò vt ſiquis ab initio datus vtiliter ſiue à teſtatore, ſiue à lege, quod tùm neque ſurdus, neque mutus eſſet, poſtea mutus vel ſurdus eſſe cœperit, excuſandus ſit a munere ſuſcepto; *l. poſt ſuſceptam* 40. *D. de excuſ. tutor.* Quæcumque enim impediunt, ne quis rebus ſuis propriis ſupereſſe commodè poſſit, multo magis facere debent ne quando cogatur incipere tutor eſſe, immò vt & à cœpta ſuſceptáque tutela ſit excuſandus; *l. & non tantùm* 11. iunct. §. *vlt. l. praced. eod. titu.* At quoniam legitima tutela per legem non niſi proximo agnato, vel patrono, vel parenti defertur, nec quod quis ſurdus, vel mutus ſit, eo minùs agnatus proximus manet, vel pater, vel patronus, complura Senatuſconſulta fieri neceſſe fuit, vt in locum muti & ſurdi tutoris alij tutores darentur, *l. complura, l. penult. D. de tute.* iunct. *l. ſæpe* 13. *D. de curat. furioſ.* Quamquam perinde neceſſaria fuit eorundem Senatuſconſultorum authoritas eo caſu, quo teſtamentarius aut datiuus tutor aliquis eſſet, qui poſt munus ſuſceptum ſurdus, vel mutus factus reperiretur, cùm ſemel ſuſcepta tutela non niſi certis modis, inter quos iſte non eſt, ipſo iure finiatur, vt dicemus ad *tit. Quib. mod. tutel. finit. infr.*

Quod autem de ſurdo & muto diximus, idem de cæco & furioſo dictum intelligi debet: *d. l. poſt ſuſceptam.* iunct *d. l. complura* Nam nec hi rebus ſuis ſupereſſe commodè poſſunt. Nec eſt contrarium quod cæcus iudicandi officio fungi poteſt, *l. cæcus* 6. *D. de iudic.* Vt enim quis bene iudicet, cæcitate non impeditur, quæ prodeſt potiùs, ne iudex perſonarum gratia, vel munerum illecebris capiatur is, qui ad bene iudicandum non tam corporis quam intellectus oculis indiget. Vnde & iuſtitiam ipſam cæcam pingimus, qui iudices omnes cæcos facere non poſſumus. At negotiorum adminiſtrandorum alia ratio eſt, in quibus diligenter & vtiliter tractandis quàm neceſſarius oculorum vſus ſit, vident omnes, niſi qui & ipſi cæci ſunt. *L. cæcus 6. D. de iudic.*

De furioſo minus dubitari poteſt, cùm & ipſe indigeat curatore. Valetudinarij alia ratio eſt. Nihil enim prohibet quominus tutor eſſe poſſit, ſi fortè vel pater, vel Magiſtratus eum dare velit. Sed tamen neque tutelam ſuſcipere ab initio cogitur, neque prohibendus eſt quominùs ſuſceptam deponat, ſi tutor manere nolit, *d. l. 11. & 40 De excuſ. tut.* idque propter ipſius etiam impuberis vtilitatem, cuius negotia fieri non poteſt vt bene gerantur ab eo, qui propria curare per valetudinem ſuam impediatur. *d. d. l. 11. & 40 de excuſ. tut.*

ILLATIO V.

De non cogendo pupillo vt ſibi tutorem petat.

QVintò ex eodem Principio fit quod ſcribit Pomponius in *l.2. De tute.* non eſſe exigendum à pupillo, vt ſibi tutorem petat, aut vt ad tutorem ſuum proficiſcatur: cùm detur tutor non tantùm ignoranti, ſed etiam inuito, *l. nec non 6. D. de tutor. & curat. dat.* Nempe quia tutela eſt vis in caput liberum, vt Principium noſtrum declarat: Vis autem tum maximè fit, cùm quis inuitus, vel vt quid patiatur faciátve cogitur, vel è contrario ne quid faciat prohibetur, *l. 4. D de ſt. hom.* Et iuris regula eſt, quicquid inuito aliquo fieri poteſt, multò magis fieri poſſe illo ignorante, *l. qui poteſt 26. De regu. iur.* In cóque differt tutor à curatore. Nec enim curator inuito adoleſcenti datur, ſed tantùm petenti, niſi ad litem, aut niſi iis moribus ſit minor, vt res ſuas prodigere ſciat melius quàm adminiſtrare, *§. item inuiti infr. De curat.* quoniam ſcilicet non quemadmodum tutela, ita & cura vis eſt in caput liberum; nec perſonæ, ſed tantùm bonis curator datur, vt iam ſæpiùs diximus.

ILLATIO VI.

De pupillo qui furere cœperit, vel demens factus ſit.

SExtò ex eodem Principio fit, vt qui habent tutorem ſi furere cœperint, in ea cauſa ſint vt in tutela nihilominus durent: quam ſententiam Quinti Murij fuiſſe, & à Iuliano probari refert Vlp. in *l. 3 in princ. De tutel.* addens eo iure nos vti, vt ceſſet cura ſi tutelæ ætas indigeat. Quare, inquit, ſiue tutores habent, non rediguntur in curam per furorem, ſiue non habent, & furor eis acceſſerit, nihilominùs tutores accipere poterunt, quia lex duodecim Tabularum, qua parte furioſo curator dedité eum, qui tùm agnatus proximus reperiretur, ſic accepta eſt à Prudentibus, vt ad pupillos pupilláſve non pertineat. Nam cùm tutoris poteſtas in pupillum non modò maior & plenior ſit; ſed etiam fauorabilior, quã quæ eſt curatoris furioſi in furioſum, quiſnam obſecro prætextus eſſe poteſt dandi pupillo curatoris tanquam furioſo, qui tutorem vel habeat, vel habere poſſit: Aut quid indiget curatore is, qui in tutore habeat, aut habere poſſit quaſi patrem? Denique ſicuti patria poteſtas nullum tutori dando locum relinquit, ne imagine veritas ipſa adumbretur, vt loquitur Papinianus quamuis in alia ſpecie in *l. filio 23 D de liber. & poſth.* ita nec tutoris poteſtas admittere poteſt curatoris dandi vel neceſſitatem vllam, vel vtilitatem. Ergo in eo qui iam pubes ſit, quamuis vigintiquinque annis minor proponatur, aliud dicendum eſt, vt ſi furere cœperit, cùm tutorem habere amplius non poſſit, curator ei neceſſariò dandus ſit, & quidem non tanquam adoleſcenti & minori, ſed tanquam furioſo, ex lege 12. Tab. quæ de furioſis omnibus generaliter locuta, licèt ſic accepta ſit ex Prudentum interpretatione, vt ad impuberes non pertineat, non tamen perinde ſic accipi etiam potuit, vt nec ad minores pertineret. Quamuis enim eadem pubetis, quæ impuberis ratio hactenus eſſe videatur, quod quemadmodum impuberi tutor, ita & minori ad quintum & viceſimum vſque annum curator dari poteſt; duplex tamen illa differentia eſt, quod non ſicut impuberi tutor, ita puberi curator inuito datur. Item quod non quemadmodum tutor perſonæ datur, ita & curator, quem ſæpius diximus bonis tantum dari. At furioſi perſona ipſa indiget curatore, non minus quàm bonorum ipſius adminiſtratio. Immò tantò magis, quanto dignius eſt maiorem perſonæ quàm facultatum haberi rationem. Ob ídque lex duodecim Tabularum vt furioſo bene proſpiceret, perſonam ipſius primùm, deinde etiã bona demonſtrauit, verbis illis quæ ſuprà retulimus, *in eo, pecuniáque eius.* Itaque non poſſumus verè dicere bene proſpectum iri furioſo, ſi eo prætextu quod minor eſt, curator ei detur tanquam adoleſcenti, cum ſit etiam furioſus. Nec illa tantùm ratione, quod perſona ipſa furioſi potiſſimùm indigeat curatore, qui eum cuſtodiendum & obſeruandum curet, ne quid ille, vel in ſe, vel in alios pernicioſiùs moliatur, *l. Diuus Marcus 14. D. de offic. Præſid.* Sed illa etiam, quod neque ad ipſam bonorum adminiſtrationem ſufficere poſſit autoritas curatoris dati furioſo tanquam minori; quia ſicuti furioſus à minore differt in eo quod furioſus nihil per ſe facere poteſt, quippe & abſentis & quieſcentis & dormientis loco habeatur, *l. 2. §. furioſus, D. de iur. codicill. l. numquam 31. §. ſi ſeruus, D. de vſucap.* minor autem etiam ſine curatore ſuo rectè obligatur, *l. puberes 101. D. de verb. obligat.* Ita curator furioſi in eo differt à curatore minoris, quod per ſe facere omnia furioſi nomine poteſt, *dicta lege 5. De regul. iur.* curator verò minoris nihil omnino ſine minore, ſed tantùm minori facienti autoritatem præſtate. Hoc ipſum verò ideò, quia minor commodè facere omnia poteſt curatore autore, furioſus vero nihil prorſus *dicta lege 5* id eſt, ne illa quidem, ſi qua ſunt, quæ curator ipſe furioſi ſine furioſo expedire non poteſt; nimirum quæ factum & perſonam ipſius furioſi deſiderant, cuiuſmodi erat olim aditio hæreditatis furioſo delatæ, quam nec adire curator poterat nomine furioſi, nec furioſus eũ autoritate curatoris, ante Iuſtiniani Conſtitutionem in *l. vltim. C. de curat. furioſ.* Apparet igitur multum referre, an minori eidémque furioſo curator detur tanquam minori, an verò tanquam furioſo: ſed & ipſius furioſi quammaximè intereſſe, vt non quaſi minor curatorem habeat, ſed quaſi furioſus.

> *Differentia inter impuberem & adoleſcentem. Tutorem & curatorem.*

Et tamen apertiſſimè contra ſcriptum eſt in *dict l. 3. §. 1. de tute.* Si minor vigintiquinque annis furioſus ſit, curatorem ei non vt furioſo, ſed vt adoleſcenti dandum eſſe, quaſi ætatis ſit impedimentum. Et generaliter ita definiendum eſſe, vt ei quem ætas tutelæ, vel curæ ſubiicit, neceſſe non ſit quaſi dementi quærit curatorem. Plus dicit Vlpianus, Imperatorem Antoninum Auguſtum ita reſcripſiſſe: cùm magis ætati, inquit, quam dementiæ tantiſper ſit conſulendum. Sed me illud magis mouet, quod hanc ipſam ſententiam video inferri ab Vlpiano ex eo quod proximè dixerat, ita eſſe acceptam legem duodecim Tabularum, cum de curatore furioſis dando locuta eſt, vt ad pupillos, vel pupillas non pertineret. Sic enim ſubiungit Vlpianus, *Quia autem in pupillorum perſona agnatos curatores non admittimus, idcirco putans etſi minor ... &c.*

Quænam

Digitized by Google

Quænam verò, Deus bone! conſecutio iſta eſt, vt quia Prudentum interpretatio pupillos excepit à generalitate verborum legis duodecim Tabularum, quibus furioſi omnes comprehenduntur, ſint etiam excipiendi minores annis viginti quinque: Non nego in pleriſque eandem eſſe impuberum & minorum rationem, vtpote in caſſa petendæ propter ætatẽ reſtitutionis, & generaliter quoties inter minores, & impuberes diuerſitatis ratio nulla reddi poteſt. Tritum namque eſt, & ita verum, vt nihil in toto iure noſtro verius, vbicunque eadem ratio eſt, ibi & ius idem ſtatuendum eſſe, *vulg. l. illud 32. D. ad leg. Aquil. l. 3 § videamus etiam, D. de iniuſt. rupt.* cùm ius ſemper ex ratione æſtimetur. Sed cùm in propoſito caſu tanta ſit inter pupillum & minorem differentia, quantam oſtendimus, itémque inter tutorem & minoris curatorem, multóque longiùs diſtet curator minoris à curatore furioſi, quàm curator furioſi à tutore, planè non video quiſnam huius conſecutionis color probabilis adferri poſſit.

Itaque cogor hic dicere, quod ſoleo, quoties occurrit in Prudentum libris aliquid, quod non niſi imprudenter & ſtolidè dictum videri poſſit, non eſſe locum Iureconſulti, ſed Triboniani, niſi cùm leuior & facilior error eſt, vt imperito cuilibet interpreti poſſit tribui perinde ac Triboniano, cuius ſanè honori & nomini parcerem libentiſſimè, niſi viderem agi hac in re de ipſorum iuris Autorum, ne dicam ipſius etiam Iuriſprudentiæ dignitate vindicanda. Hic autem error talis, tantúſque eſt, vt alium interpretem quam Tribonianum admittere non poſſit. Solet enim ſibi placere in iſtis conſecutionibus, quantumlibet ineptis, in eámque rem abuti, ſi quando poteſt, reſcripto aliquo Imperatoris, nunc huius, nunc illius, ne in eo in quo ipſe ſub Iuriſconſulti nomine Imperatorem agit, primus rationem iuris nimis audacter temeraſſe videri poſſit, vt hic ab eo factum eſt illa adiectione, *& ita Imperator Antoninus Auguſtus reſcripſit*, nullis tamen allatis reſcripti verbis, quæ ſi extarent facile eſſet videre, quod alibi ſæpe in ſimilibus erroribus refellendis comprobatum à nobis eſt, ad ſpeciem longè diuerſam reſcriptum Imperatoris pertinuiſſe. Ad illam verò fortaſſe (quidni enim diuinare liceat, cùm neceſſe eſt?) in qua agebatur de dando curatore minori, qui non furioſus eſſet, ſed demens, aut prodigus: quem nec malè poſſis dementem dicere, qui non magis modum, aut finem expenſarum habeat, quam ſi mente omnino careret, *l. 1. D. de curat furio.* quamuis videam dementes paſſim eos dici, qui furioſis propiùs accedant quàm prodigis. Dementium autem in eo diuerſa eſt à furioſis ratio, vt notiſſimum eſt, quod quàuis vtriſque curator detur, furioſo tamen datur ex Lege 12. Tabul. & ipſo iure, vt diximus, dementibus verò a Prætore, vel à Præſide cùm lex duodecim Tabularum nihil de iis conſtituiſſet, vt dicemus *ad Princip. 3. infr.* Itaque curator dementi datus nullam vim & poteſtatem habet in perſonam dementis, cùm ſolius legis ſit eam poteſtatem dare in caput liberum ciuis Romani, ſicut & lex ſola eſt, quæ & perſonarum, & rerum omnium quæ in Republica ſunt, regina dici poteſt; *l. 1. D. de legib.* Sed habet eam poteſtatem in bona duntaxat dementis, vt quæ demens adminiſtrare per dementiam ſuam prohibetur, eorum habeat curator, per ſe tamen, & ſine demente, adminiſtrationem.

Tribonianiſmus in d. l. 3. §. 1. D. hoc tit.

Quod cùm ita ſit, fatendum eſt aliquatenus accedere curatorem hunc ad curatorem minoris, ſicut & ad curatorem furioſi, licèt dicatur dari exemplo eius qui furioſo datur. Vterque enim tam qui minori, quam qui dementi datus eſt, bonorum duntaxat adminiſtrationem habet. Idémque & in prodigi curatore iuris eſt, vt ſcilicet bonorum adminiſtrationem duntaxat habeat, niſi quod eam habet non tantùm a Prætore, ſed & a lege poſt factã à Prætore interdictionem, vt dicemus *ad dict. Princ. 3* ex *l. 1. De curat furioſ.* Nec rurſus prohibetur prodigus alienare, dummodo alienet autore curatore, ſine quo etiam acquirere ſibi poteſt, *l. is cui 6. D. de verb. oblig.* iunct. *l. Iulianus 10. de curat. furioſ. & l. ſi ſciens 26. D. de contr. emp.* quorum neutrum tamen furioſo licet, vt diximus ex *d. l. 5. De reg. iur. l. 1 §. furioſum, de obli. & act.* Ac proinde mirandum non eſſet, fuiſſe reſcriptum ab Antonino, minori eidémque dementi, vel prodigo dandum eſſe curatorem tanquam minori, potiùs quàm quaſi dementi, vel prodigo, facta ſcilicet in benigniorem partem interpretatione, vt vitium illud dementiæ, aut prodigalitatis, vitium ætatis ſit potiùs quàm animi & perſonæ. Nihil enim minoris intereſt an quaſi minor, an quaſi demens, aut prodigus accipiat curatorem, cùm vtroque caſu perinde futura ſit in tuto bonorum ipſius adminiſtratio, nec minùs perſona ipſius, quæ ſcilicet ob ſolam prodigendi patrimonij voluntatem in prodigo ſemper manentem periclitari nunquam poteſt, nec per dementiam, dummodo prodigalitatis, aut dementiæ facultas effectúſque impediatur. Quinimò longè honorificentius eſt minori eidémque prodigo, vel dementi, vt curatorem accipiat tanquam minor, quàm vt tanquam demens, vel prodigus, cùm ſperari probabiliter poſſit, quomodo de ciuibus ſuis bene ſperare Legiſlator ciuilis ſemper ſolet quantum poteſt, fore vt ad ſaniores mores redeat minor, vbi ad legitimam peruenerit ætatem. At de furioſo quãtùs minore, nihil tale ſperari poteſt, quia mentem abalienatã reſtitui difficilius eſt, quàm vt ex ſolius ætatis beneficio id ſperandum videatur; Propter quod iam ſuprà diximus, furioſi iudicium non ſuppleri autoritate & iudicio curatoris, quomodo ſupplemur iudicium pupilli autoritate tutoris, quamuis curator furioſi non minùs perſonæ quã tutor detur. Nec quod admittimus, pupillo eidémque furioſo qui tutorem, vel habeat, vel habere poſſit, curatorem dari non oportere; rationem illam habet, quaſi maior aliqua ſpes ſit reſipiſcentiæ in pupillo, quàm in pubere minore, ſed quia & vtilius & honorificentius eſt huic impuberi tutorem dari tanquam pupillo, quàm curatorem tanquam furioſo, etiamſi cõſtaret numquam futurum vt reſipiſceret, ac furere deſineret, cùm non minùs iuris & poteſtatis habeat tutor in perſonam pupilli, quàm curator in perſonam furioſi. Et ſanè debuerat in præcedentibus ſcribere Vlpian. legem 12. tab. cùm de furioſis locuta fuit, & de dando eis curatore, ſic acceptum fuiſſe, vt ad minores viginti quinque ann. non pertineret, non autem ad pupillos pupilláſque eam reſtrictionem coarctare, ſi idem iuris in minoribus quod in pupillis eſſe putabat, vt curatorem accipere deberent tanquam minores, nõ tanquam furioſi. Cur enim de pupillis loqui debuit, niſi ad excludendos eos qui ſint ſupra ætatem pupillarem? Sed iſta contra Tribonianum diſputaſſe ſufficiat,

L. ſi ſciens 26. D. de contr. empt.

quæ nec contra Vlp.diſputare puderet, ſi poſſem credere tam improbabile aliquid ab Vlp. ſcriptum eſſe, maiorémque mihi rationem conſtare arbitrarer, quàm pleriſque locis conſtiterit ipſi Vlp. aut etiam Paulo contra Papinianum diſputanti.

ILLATIO VII.

De tutore non dando ei qui iam habet tutorem.

L. cùm iure 9. Cod. qui pet tut l. ſi ſororis 9. C. qui dar. tu. vel curat.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt tutorem iam habenti tutor alius dari non poſſit, *l. cùm iure 9. C. qui pet tuto. l. ſi ſororis 9. C. qui dar. tuto. vel curat.* Nam cùm tutor habeat in pupilli perſonam & caput, eam vim & poteſtatem, quæ ſit pars & portio quædam patriæ poteſtatis, vt diximus; Conſequens eſt, vt non magis poſſit tutorem habenti alius tutor dari, quàm vni patri alius pater adiici, aut illud admitti, vt vna eadémque perſona in duorum ſimul ſit poteſtate.

Nec eſt contrarium quod vni pupillo plures tutores dari poſſunt tam à patre quàm à Magiſtratu, *tot. tit. ſi ex plurib. tutor. vel curat. C. tit. De diuid. tutel. & l. 1. & 2. C. ſi tutor vel curat. non geſſer.* quinimo dantur etiam à lege, ſi fortè plures eiuſdémque gradus agnati reperiantur: omnes enim ſunt tutores, ſicut & ad omnes hæreditas legitima pertineret; quamuis vtilitatis cauſa receptum ſit, vt vni tantùm ex eis aliquando decernatur adminiſtratio, ſi fortaſſis alij ſint abſentes, vel furioſi: *l. 5. §. in legitimis*, iunct. *l. 7. & l. ſi plures 9. D. de legit. tutor.* Nam reſpondeo hoc caſu omnes tutores, quia ſimul & eodem tempore dati ſunt, vnius tantùm iure cenſeri, ſicut nec niſi vnum patrem repræſentant, hancque ſententiam & rationem eſſe *l. ſimul 22. D. de tutor. & curat. dat.* Idem namque in hæreditate contingeret, quæ pluribus eiuſdem gradus agnatis deferretur, vt quamuis ei qui iam hæredem aliquem habet, alius hæres nouus accedere poſtea non poſſit, ne contra iuris regulam vni duo in ſolidum ſint hæredes; *l. quod contra 141. §. 1. De reg. iur.* non eo minùs tamen plures ſimul vt vnius & eiuſdem defuncti hæredes pro partibus eſſe poſſent: quandoquidem eo caſu omnes ſimul ſicuti ab vna eadémque hæreditate hæredes fierent, ita non niſi vnius hæredis iure & loco cenſerentur. Atque ita eſſe, vt plures tutores ſimul dati, ſiue à patre, ſiue à iudice, ſiue à lege vnius tutoris loco habendi ſint, ex eo intelligimus, quod ex adminiſtratione vel negligentia vnius etiam cæteri tenentur ipſo iure & conueniri poſſunt, niſi à patre ipſo, vel Præſide diuiſa ſit adminiſtratio: *l. 2. C. de peric. tut. l. 2. C. de diuid. tutel.* quamuis habeant exceptionem ordinis, ne ex perſona eius qui geſſit quandiu idoneus ille eſt, debeant condemnari: *l. 1. & 2. C. ſi tut. vel curat. non geſſer.* Itémque exceptionem diuiſionis, vt ſi omnes geſſerunt tutelam, & omnes ſoluendo ſint, diuidatur actio & periculum tutelæ inter eos pro virilibus portionibus, exemplo fideiuſſorum: *l. 1. §. nunc tractemus, D. de tutel. & ratien. diſtr. l. ſi plures 38. D. de admin. tutor. l. cùm interdicta 6. C. arbitr. tutel.* Quam exceptionem diuiſionis, & quaſi ſubſtitutionis detrimenti, aut potiùs ſocietatis periculi, vt loquitur Pap. in *d. l. ſi plures*, non tã ex mera iuris ratione quã ex æquitate deſcendere, docet apertè idem Papin. in *l. vlt. D. rem pupill. ſalu. fer.* vbi ait, quod placuit tutores pro ea parte condemnari debere quam adminiſtrauerunt, nec aliter in ſolidum quàm ſi res à cæteris non ſeruetur, & idonei culpa detegatur, quod ſuſpectum facere ſuperſederit; Ex eo factum eſſe, quoniam æquitas arbitri atque officium viri boni videtur eam iuris formam deſideraſſe. Indéque nimirum infert, non quemadmodum in hoc diſceſſum eſt à iure, ita & in eo diſceſſum fuiſſe, aut diſcedi debuiſſe, vt ſi plures fideiuſſores ab vno tutore dati ſint pupillo, inter eos quoque diuidi actionem oporteat, quæ proculdubio inter alios fideiuſſores ab alio creditore vltro acceptos ex Diui Hadriani epiſtola diuideretur: *l. inter eos 51. D. de fideiuſſ.* Pupillo enim agente, inquit Papin. qui non ipſe contraxit, ſed in tutorem incidit, & ignorat omnia, beneficium diuidendæ actionis haberet iniuriam, ſi ex vna tutelæ cauſa plures ac variæ quæſtiones apud diverſos iudices conſtituerentur. Vna enim tutela eſt, non tantùm cùm vnus tutor datus eſt, quem caſum eo loco Papin. tractat, ſed etiam cùm plures, eáque indiuidua, quamuis adminiſtratio ipſa diuidi poſſit. Hoc enim eſt quod eleganter idem Papin ſcribit in *l. inter. tutores 36 D. admin. tutor.* tutelæ diuiſionem non iuris eſſe, ſed iuriſdictionis, nec niſi adminiſtrationi quæ ipſa quoque non iuris, ſed facti eſt, modum facere, nec debere obſtare volentibus experiri cum pupillo, in eámque rem contra vnum ex tutoribus in ſolidum agere, aut aduerſus vnum ex tutoribus agentem compenſare, quod pupillus ipſe debeat, licèt in eo loco qui ad alterius tutoris adminiſtrationem pertineat, cùm mero iure compenſatio inducatur, *l. 4. D. de compenſat.*

L. inter tutores 36. D. de admin. tut.

Non nego tamẽ ſi plures vnius pupilli tutores eſſẽt, & à ſingulis, vt fit, ſinguli dari fideiuſſores, futurũ vt quãuis vna tantũ eſſet tutela, habituri nihilominùs eſſent beneficium diuiſionis, quod ſc. haberent inter ſe tutores ipſi, ex quorũ perſona cunuenirentur: Ob idque Papinianus *d. l. vlt.* loquitur de pluribus fideiuſſoribus daris ab vno tantùm tutore, vt appareat non poſſe illos habere beneficium diuiſionis ex perſona illius, pro quo conueniuntur (cum quo enim actionem diuideret is qui ſolus tutor datus eſſet?) neque ex perſona ſua cùm non acceperit eos pupillus, ſed in ipſos perinde ac tutorem inciderit, ignorans omnia, & prorſus neſciens quid ſuo nomine ageretur.

Beneficium diuiſionis.

Notandum etiam eſt, quod Papin. beneficium diuiſionis vocat in *d. l. vlt.* vt & alibi ſæpe dicitur, Ita oſtendens non tam ex ratione iuris quàm ex Principis indulgentia proficiſci.

Cùm ergo verum ſit, tutelæ cauſam eſſe indiuiduam non minùs quàm patriam poteſtatem, cuius veluti portio & ſubſtitutio quædam eſt, vt diximus, rectiſſimè conſtitutum eſt, vt tutorem habenti tutor dari non poſſit: Prætérquàm vno illo caſu quo plures tutores ab initio dati ſint, quorum aliquis poſtea, vel remotus ſit tanquam ſuſpectus, vel excuſatus, vel relegatus. Nam in huius locum alium non tam dari quàm ſubſtitui poſſe certum eſt, *l. licèt 4. Cod. in quib. caſib. tutor. habent.* propterea quòd his omnibus caſibus verum eſt penes alium tutorem, qui neque ſuſpectus, neque defunctus, neque relegatus, neque excuſatus eſt, tutoriam poteſtatem nunquam in ſolidum reſediſſe, nec

noui

Digitized by Google

noui quicquam fit aut contra iuris regulas, cùm tutor ſalius adiicitur, ei qui nunquam ſolus fuit: Non magis quàm ſi vno tantùm tutore dato qui poſteà ſurdus, vel mutus, vel furioſus factus eſſet, alius in locum eius daretur, *l. complura* 17. *hoc tit.*

Quamquam tentari etiam poteſt nec improbabiliter his omnibus caſib. habenti iam tutorem pupillo, non alium tutorem dandum eſſe, ſed curatorem. Hanc enim ſententiam patiuntur optimè verba illa legis, *tamen ex certis cauſis alius idoneus ſubſtitui ſolet.* Aliud ſiquidem eſt alium ſubſtitui, aliud verò ſubſtitui alium tutorem. Nam & cùm curator ſubſtituitur in locum eius qui aliquando tutor fuit alius quidem ſubſtituitur. At non alius tutor, ſed curator. Idémque dici poteſt in ſpecie *l.* 1. *eod. tit.* Nam nec illa lex aperit an qui erant ſubſtituti in locum illius qui Reipublicæ cauſa aberat, dati eſſent tutores an curatores. Et in locum etiam excuſati tutoris non tutorem, ſed curatorem dandum eſſe apertè ſcriptum eſt in *l. 2. eod.* Quod cùm ita ſit, an non multò maior ratio eſt vt in locum illius qui Reipublicæ cauſa abeſt curator detur, non tutor? Qui enim excuſatus eſt hoc ipſo tutor eſſe deſiit, at non qui reip. cauſa abeſt, *l. nec ille 16. cum præced. D. de tutor. & curat. dat.* vt ea ipſa lex probat cùm ait debere hunc compelli à Prætore ad tutelæ adminiſtrationem.

L. 1. & 2. C in quib. cau. tut habent.

Immò ſi verum amamus, & ſubtiliter agere volumus, tùm etiam cùm tutorem habenti curator datur, magis ille adminiſtrator rerum, quàm curator eſſe intelligendus eſt, vt Pomponius ſcribit in *l. ſolet* 13. *hoc tit. De tute.* quia nec fieri poteſt, vt curatorem verè ac propriè habeat is, qui cum bonis ſuis omnibus in alicuius tutoris ſit poteſtate. Quemadmodum tamen curator ille paſſim appellatur, ita tutorem aliquando dici non nego, illum etiam qui ſubſtitutus ſit in locum tutoris abſentis Reipublicæ cauſa, vt in *l. quæſitum* 12. *eod.* vbi Paulus ſcribit, eos qui in loco abſentis Reip. cauſa tutores dati ſunt, non reuerſo illo, ſed mortuo, in eadem cauſa perſeuerare vſque ad tempus pubertatis, id eſt, tutores manere: ſed valdè impropriè, cùm vt diximus, qui prior datus fuerat, non ob id deſinat eſſe tutor quod abſit cauſa Reipublicæ: non magis quàm is de quo in *d. l. ſolet*, hoc eſt, qui vel ætate vel aduerſa valetudine impeditur ne res pupilli commodè adminiſtrare poſſit. Ideò autem fortaſſe tutorem dici placuit eum, qui datus eſſet in locum tutoris abſentis, aut abfuturi Reipublicæ cauſa, vt prior ille intelligeret alio tutore dato non magis manſurum ſe tutelæ periculo obnoxium, quàm ſi tutor eſſe deſineret, atque ita iniunctum ſibi pro Republica munus tantò alacriùs obiret.

Planè cùm tutor deceſſit, vel in ciuitate eſſe, id eſt, ciuis eſſe deſiit, cù reuera deſierit eſſe tutor, dubitandum non eſt quin is qui in eius locum ſubſtituitur, verè tutor ſit. *l. ſi quis ſub conditione* 11. *§. vlt. D. de teſtam. tute.* ſicut è contrario verè curator ille eſt, qui tutori adiungitur propter latè diffuſum, id eſt, diuerſis locis conſtitutum patrimonium, vel quòd ſolus adminiſtrationi non ſufficiat; vt in *l. propter* 3. *C. in quib. cau. tut. hab.* aut qui ob auctas pupilli facultates curator adiungi ſolet, de quo in *l. vlt. eod. tit.*

ILLATIO VIII.

De curatore dando ei pupillo, qui cum ſuo tutore litigat.

OCtauò ex eodem Principio fit, vt ſi pupillus, pupilláve cum iuſto tutore, tutórve cũ eorũ aliquo litem agere vult, curator in eam rem petẽdus ſit, ſi alij tutores nulli ſint qui aduerſus contutorem præſtare pupillo autoritatem poſſint, ſiue agat pupillus, ſiue conueniatur, *l. 3 §. ſi pupillus, D. hoc tit.* Nempe quia cùm tutor quatenus tutor eſt, eadem ferè cum pupillo perſona eſſe exiſtimetur, propter participationem illam quam diximus patriæ poteſtatis, non magis fieri poteſt, vt autoritatem pupillo præſtet in rem ſuam ſiue pro pupillo, ſiue contra pupillum præſtanda ſit, quàm vt agat ipſe contra ſeipſum: *l. 1. l. quod dicimus* 7 & paſſ. *D. de autor. tuto.* & apud Iuſtinianum in *§. vlt. infr. eo. ill. tit.* iunct. *l. ne cum filiofamilias* 19. *D. de furt.* Ob eamque cauſam ſolebat olim tutor prætorius in hãc rem conſtitui, vt refert Iuſtin. in *d. § vlt.* vt ſolebat Prætor in aliis pleriſque autoritatem ſuam interponere. Sed melius viſum eſt, & à iuris ratione minus alienum, vt curator daretur, ne ſcilicet vis fieret ei iuris regulæ, de qua proximè diximus, quæ non patitur tutorem habenti tutorem dari. Quamquam ad ius illud vetus fortaſſe reſpicientes quidam iuris loci promiſcuè tutorem hunc & curatorem appellant, vt in *leg. 3 & 4. & in ipſo tit. De in lit. dand. tut. vel curat. C.*

L. 3 § ſi pupillus, D. hoc tit.

Dixi ſuprà *ſi alij tutores nulli ſint*, quia pupillo habenti alios tutores, quorum autoritas aduerſus contutorem ſufficere poſſit, non niſi fruſtra de alio tutore vel curatore in hanc rem dando tractaretur, *l. 2. eod. ill. tit. l. ſi plures 24. D. de teſta. tute. l. ſi tutor. 9. § & generaliter, D. de tute. & ration. diſtr.* vbi notandum eſt quod Vlpianus curatorem hunc, qui in litem dandus eſt, ſpecialem vocat, vt intelligamus fieri non poſſe vt curatorem generalem habeat pupillus, qui tutorem iam habet, in cuius ille ipſe ſit poteſtate. Talis namque curatoris dandi non alia ratio eſt, quàm neceſſitas, quod fieri nequeat vt qui tutor eſt, ſiue pro ſe, ſiue contra ſe autoritatem pupillo præſtet. Generale autem eſt, vt quæ contra iuris rationem ex neceſſitate admittuntur, eatenus tantùm admittenda ſint, quatenus neceſſitatis ratio cogit. Specialem igitur, non generalem curatorem illum eſſe oportet, quem non aliam ob cauſam pupillo dari neceſſe eſt, quàm vt autoritatem ipſi præſtet in eo negotio, in quo autoritas tutoris dari ſufficere non poteſt: quamuis nihil probibeat in plures quoque lites curatorem hunc dari, *l. 4. in fin. D. hoc tit.*

ILLATIO IX.

De curatore in litem dando præſente & præſenti.

NOnò ex eodem Principio fit, vt hic in litem curator de quo proximè diximus, ſicut non niſi præſens, & acceptans datur, ita nec niſi præſenti & poſtulanti detũr, *d. l. 3. §. ſi pupillus, eo.* vbi ex hoc infert Vlpianus infanti dari non poſſe,

Digitized by Google

torem non habens in litem, nec legitimam in iudicio ſtandi perſonam habere exiſtimetur, *l. 2. & vlt. Cod. qui legit. perſon. ſtan. in iudic. hab. vel non.* ſcilicet ob ipſius minoris vtilitatem, vt non lædatur, potiùs quàm vt læſus reſtituatur.

ILLATIO X.

De curatore in litem ſimpliciter dato.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt ſi pupillos petat talem curatorem in litem, nec addat in quam rem, id eſt in quam litem, in omnes res, id eſt lites & controuerſias datus videator curator, qui datus ſimpliciter erit, *d. l. 3. §. vlt. De tutel.* Nempe quia cùm non detur curator hic, niſi ex neceſſitate, eadem verò neceſſitas ſubſit quod ad omnes lites mouendas inter pupillum & tutorem, quia ex iis nulla eſt, in qua tutor pupillo autoritatem præſtare in rem ſuam poſſit, nihil cauſæ eſt cur non ad omnes lites videri debeat datus, qui ſimpliciter datus fuit. Multò magis ſi indiſtinctè curator in litem datus ſit, in totam litem datus videbitur, quod eò ſpectat vt ſi familiæ erciſcundæ, aut communi diuidundo, aut finium regundorum actio eſſet cum tutore, & indiſtinctè datus eſſet, non ſolùm eo nomine curator eſſet quod ageret pupillus, pupillàve, ſed inuicem quoque cum his ageretur, vt Paulus explicat in *l. 4. De tut.* Sunt enim tria iſta iudicia duplicia, *l. in tribus 13. D. de iud.* vnde & communia appellantur in *l. ſi idem 11. §. vlt. D. de iuriſ.* & mixta in *l. actionis 37. § mixta De oblig. & act.* quòd in iis vterque ligatorum & actor ſit & reus, *l. iudicium 10. D. fin. regund. l. inter 44. §. qui familia, D. fami. erciſc.*

L. 3 §. vltim. D. hoc tit.

ILLATIO XI.

De pluribus curatoribus ad litem in vnius locum dandis, & contrà.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt poſſint vel plures huiuſmodi curatores in litem peti in locum plurium, vel plores in plurium, vel vnus vnius loco, vel in vnam litem, vel in plures, *d. l. 4. §. 1. hoc tit.* quia cùm iſti curatores nullam vim & poteſtatẽ habeant in caput pupilli, ſed in eam tantùm litem in quam dantur, non poteſt hoc caſu idem euenire quod in tutoribus, vt qui prior datus fuit, impediat ne alius dari poſſit. Nam & de curatoribus omnibus generaliter ſcriptum eſt, Curatorem habenti quominus alius curator detur, regulam iuris non eſſe impedimento; *l. ventri 20. §. 1. De tutor. & curat. dat.* Eadem prorſus ratione, quòd curator nunquam perſonæ detur, ſed bonis tantum, excepto eo qui furioſo datur, vt *ſuprà* diximus.

Planè cùm quis ſemel petitus, & datus eſt, quandiu manet, alios in eandem litem curator dari petíve non poteſt; vt ſubiicitur ex Pomponio in *l. cùm ſemel 5. eod. tit.* quia id curatoris dati exiſtimationem ſuggillaret, quod ne fiat intereſt non tantùm ipſius curatoris, ſed etiam pupillorum & minorum, vt faciliùs tales curatores inuenire poſſint: vt non valdè diſſimiliter ratiocinatur Vlpian. in *l. aut prætor 7. aliàs, l. etſi ſine, §. quæſitum, D. de mi. ar.* In eóque melior conditio eſt huius in litem curatoris, quàm cæterorum curatorum, quibus diximus curatorem adiungi poſſe, *d. l. 20. §. 1. de tutor. & curat. dat.* Non enim poteſt honeſta eſſe cauſa curatoris adiiciendi ei qui in litem vnam, pluréſve datus fuerat. Quod in aliis curatoribus ideò diuerſum eſt; quia fit plerumque vt ex emergentibus negotiis appareat toti adminiſtrationi ſufficere non poſſe illum, qui antea ſolus ſufficere credebatur. Quam ob cauſam nec in tutoribus aliud eſt, quibus ſanè vrgente eadem neceſſitatis ratione æquè ſubueniendum eſt, *l. vlt. C. in quib. caſib. tut. hab.* At ſi quis in vnam litem curator petitus ſit, nihil vetat quominùs idem non ſolùm in aliam litem, ſed etiam contra alium tutorem curator dari poſſit, vt ex diuerſis cauſis vnus plurium curatorum locum obtineat. Quod multò magis contra eundem tutorem accidet ſi in diuerſas lites diuerſis temporibus idem curator petatur. Tot enim videntur curationes eſſe, quot ſunt lites, cùm in vnam tantùm litem primùm datus eſſet, *d. l. cùm ſemel, §. 1.*

L. vlt. C. in quib. caſib. tut. hab.

Illud dubitationem non habet quod ſcriptum eſt in *d. l. 3. §. pen. hoc tit.* quolibet loco & tempore curatorem hunc ad lites dari poſſe. Nam ſi in aliis tam tutoribus quàm curatoribus, quorum iſti totius patrimonij, illi etiam perſonæ adminiſtrationem habent: idem ius obſeruatur vt quolibet loco & tempore dari poſſint, id eſt, etiam de plano & omni die quamuis feriato, *l. nec mandante 8. §. dari, D. de tutor. & curat. dat.* ita nimirum exigente vtilitate pupillorum minorúmque omnium, & publica, *l. 2. D. de fer.* quantò magis idem obtinebit in curatore ad litem dato, qui multò minorem habet poteſtatem, ac proinde cuius datio longè minorem exigit ſolennitatem?

ILLATIO XII.

De tutore dando impuberibus mutis & ſurdis.

DVodecimò ex eodem Principio fit, vt muto irémque mutæ & ſurdo impuberibus non minùs quàm aliis eius ætatis pupillis tutor dari poſſit, *l. muto 6. in prin. & §. ſurdo, D. hoc tit. De tute.* Quidni namque perinde dari poſſit his perſonis atque furioſo & furioſæ datur, *l. nec mandante 8. §. vlt. D. de tut. & curat. dat.* An non enim ſunt hi omnes liberi ſicut & cæteri? An non æquè indigent alterius auxilio, qui eos tueatur? Immò tanto magis, quantò pluribus impedimentis tenentur ne ſibi ipſis conſulere poſſint. Quærit tamen ſubinde Vlp. an perſonis iſtis, hoc eſt muto & ſurdo præſtare autoritatem tutor poſſit? Quæ quæſtio diuerſa eſt ab illa, an poſſit iis dari tutor, quamuis ſi de curatore ageretur nihil intereſſet quærere an poſſit curator alicui dari, an autoritatem ei præſtare. Curatoris enim officium totum in eo conſiſtit, vt minori autoritatem præſtet, non etiam vt quicquam ſolus ipſe faciat nomine minoris, niſi quod in iudicio & ſolus agere, & conueniri ac condemnari perinde eſt, ac tutor quilibet nomine pupilli, *vlt. C. ſi aduerſ. rem iud.* At tutor non in id tantùm datur, vt autoritatem pupillo præſtet, ſed in id potiſſimum vt faciat ipſe omnia nomine pupilli, niſi ſi qua ſint quæ perſonale ipſius pupilli factum requirant, vt *ſupra* docuimus. Autoritatem præſtare tum demùm dicitur, cùm pupillus

Digitized by Google

pillus ipſe negotium gerit, ſed tutore autore: quomodo certum eſt in multis non poſſe autoritatem præſtari muto & ſurdo (in iis ſcilicet quæ ipſi facere non poſſunt, cuiuſmodi eſt ſtipulari, & alia ſimilia quæ ſine ſermone vel auditu nequeunt expediri, *l. 1. D. de ver. oblig. l. pupillus 9. D. de acqu. her.* In aliis verò quæ perſonale pupilli factum tale requirunt, aut ſaltem pupilli facto tali contenta ſunt, quod neque auditum neque ſermonem omnimodo exigat, nihil ſanè prohibet quominus autoritatem ei tutor præſtet, quoniam vt bene Vlp. ratiocinatur, etiam tacenti pupillo præſtare poſſet. Cur enim hac parte alia ratio conſtituatur ſurdi & muti, alia tacentis? Impuberes verò tutore autore obligari poſſe, etiamſi taceant, non ambigitur, putà ſi mutuam pecuniam acceperint. Quamuis enim nihil dicant, tamen autoritate tutoris interpoſita, tenentur, *l. impuberes 13. D. de auto. tut.* vbi addit Iulianus, etſi non debita pecunia his perſonis ſoluta fuerit, quamuis tacuerint, interpoſitam tamen tutoris autoritatem ſufficere, vt condictione teneantur: qui tamen non condictione, ſed vindicatione tenerentur, ſi tutoris autoritas non interueniſſet, tacentibus ipſis. Voluntatis enim declaratione aliqua, & tractatu opus eſt, vt dominium quod tuum fuit, in me accipientem transferatur.

ILLATIO XIII.

De tutore non dando à Magiſtratu ſub conditione, vt nec datur à lege.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit, vt non poſſit ſub conditione dari tutor à Præſidibus prouinciarum, ſicut nec à lege datur, & conſequenter vt ſi quis ita datus ſit, nullius momenti ſit datio; *d. l. muto 6. §. 1. D. hoc tit.* Nam cùm tutela nihil aliud ſit quàm vis & poteſtas in caput liberum, tanquam ſequela quædam, & participatio patriæ poteſtatis; patria autem poteſtas non poſſit acquiri ſub aliqua conditione (ſiquidem acquiritur ex actu naturali, id eſt ex procreatione liberorum iuſtis nuptiis ſuſceptorum, natura autem nihil facit ſub conditione, vt nec fictitiè, ſed omnia ſicuti verè, ita purè) conſequens eſt, vt tutorem ſub conditione dare neque lex poſſit, neque Magiſtratus, qui nihil aliud eſt quam viua vox legis. Ideò autem Vlp. loquitur de tutore dato à Præſidibus, quem vulgò *datiuum* vocant, non vt excludat tutores legitimos in quibus idem certè iuris eſt, vt modò diximus; ſed vt excludat teſtamentarios, quia certum eſt à patre tutorem filio ſub conditione dari poſſe, *l. tutor 8 §. 1. & 2. D de teſtam tute.* vbi, quod magis eſt, idem Vlp. ſcribit poſſe patrem tutorem dare filio & ex certo tempore, & vſque ad certum tempus, & ſub conditione, & vſque ad conditionem, ob idque ſi ſub conditione tutor quis datus fuerit, & ea defecerit, tutorem eum non fore.

Cui ſimile eſt quod idem Vlp. tractat in *l. tutor 3. §. idem erit quærendum, D. de ſuſp. tuto. & curat.* poſſe fieri, vt quis deſinat eſſe tutor, & rurſus incipiat; ſcilicet ſi vſque ad certum tempus, vel vſque ad conditionem tutor datus fuerit in teſtamento, deinde iterum vel ſuperueniente conditione teſtamentaria, vel etiam à Prætore poſtea ſit datus, & hoc caſu duas eſſe tutelas, Aliter atque ſi tutor quis ita datus ſit *quoad in Italia erit tutor eſto*, vel *quoad trans mare non erit.* Vna enim tutela illa eſt habens interualla, *d. l. 3. §. quòd ſi quis. l. Titius 45. D. de excuſ. tut.* vbi ex hoc infert Tryphoninus, etiamſi tutor hic medio tempore liberos ſuſceperit, aut aliam excuſationem parauerit, nec excuſationem ei competere nec ob prioris temporis adminiſtrationem tutelæ agi ante pubertatem poſſe.

Huius verò inter teſtamentarios, & datiuos, legitimóſve tutores differentiæ ratio illa eſt, quòd cum tutela non aliam ob cauſam comparata ſit, quā vt aliquis ſit qui ad pupillum tuendum patris vicem ſuſtineat, abſurdum vtique fuerit eum, quem pater ipſe tutorem elegerit, ſiue ex tempore, ſiue ad tempus, ſiue ſub conditione, ſiue vſque ad conditionem, fieri tutorem purè, & aliter quàm pater ipſe voluerit idemque teſtator, cuius non ſolùm tanquam patris, ſed etiam tanquam alterius teſtatoris cuiuſlibet voluntatem in cæteris omnibus ſubſequi, & lex, & Magiſtratus ſolet; dum ne per eam aliqua legibus vis fiat. Sed voluntate patris ceſſante, multò abſurdius eſſet ex tempore, & ad tempus, ſub conditione, aut ad conditionem conſtitui quem à lege, aut à Magiſtratu vice patris, qui vtique à natura niſi pure eſſe nemo poteſt. *Ratio differentiæ inter tutores teſtamentarios, & datiuos, legitimóſve.*

At hîc illa incurrit dubitatio, quòd non magis videretur debere in patris eſſe poteſtate, vt tutorem filio ad tempus aut ſub conditione daret, quàm vt adoptet filium ad tempus, vel ſub conditione, quod certum eſt fieri non poſſe, non alia ratione quàm hac ipſa, quòd ars iuris quæ facit adoptionem, imitetur naturam, *l. quæſitum 34. D. de adopt. l. actus legitimi 77. De reg. iur.* Natura verò non magis liberos quàm patrem faciat ſub conditione, vel ad tempus. Verùm diſſimilitudinis ratio in eo eſt, quod in patris poteſtate non eſt quandiu viuit, an aut quomodo pater ſit, liberóſve habeat. Vbi verò moritur, & ita per ipſam rerum naturam pater eſſe deſinit, ſicuti non fuerit alienum à natura liberos ipſius manere in perpetuum ſine patre, ita nec illud vt ex eo demum tempore incipiat aliquem habere vice patris, aut ad illud vſque tempus, ex quo, aut ad quod vſque pater ipſe voluerit.

Sequitur apud Vlp. in *d. l. 6 §. 1. De tute.* Ei quod diximus tutorem ſub conditione dari non poſſe, contrarium non eſſe, quod Præſides prouinciarum, cùm tutorem aliquem dant, adiicere paſſim ſolent conditionem illam, *Si ſatiſdederit.* Hæc enim verba non tam conditionem, inquit, continent, quàm admonitionem, vt datus tutor intelligat non aliter ſibi tutelam commiſſam, quàm ſi ſatiſdederit, id eſt non aliter ſibi gerere permiſſum quàm ſi cauerit rem ſaluam fore. Nec ad rem pertinet quod conditio exprimatur per dictionem (*ſi*) *l. ſi qui promiſit 48 de cond. ind* Non enim ad inducendam conditionem ſufficit appoſitam eam dictionem, ſi quod exprimitur tale ſit quod alioqui etiam tacitè ineſſet; *l 3. de leg. 1. l aliquando 107. De cond. & dem.* Atqui ex ratione iuris, quiſquis tutor eſt, ſiue datiuus, ſiue legitimus, tenetur ſatiſdare rem pupilli ſaluam fore; vt dicemus ad *tit. De ſatiſdat. tutor. vel curat.* *Conditio exprimitur per dictionem ſi.*

Et hæc ad Vlpian. annotaſſe ſufficeret, niſi liberet etiam addere, nobis non probari rationem illam quam Bartolus tradidit eius differentiæ, quæ eſt inter teſtamētarios tutores, & legitimos, aut datiuos. Ait enim factum teſtatoris in eo quod deficit ſuppleri poſſe per iudicem, factum

verò

verò iudicis neque ſuppleri, neque expleri poſſe niſi per eundem iudicem, ob idque iniungi ei vt perfectè det tutorem. Quæ ratio non niſi ad datiuos tutores pertinet; ad legitimos verò, quorum eadem hac parte quæ datiuorum ratio eſt, nullo modo; quandoquidem certum eſt, ſi quid legi deſit, non minùs id per iudicem ſuppleri poſſe ac ſolere, quàm factum teſtatoris. Nec tamen legem magis quàm teſtatorem poſſe tutorem dare ad tempus, aut ſub conditione; Adeò vt ſi pater ſub conditione, vel ex die tutorem dederit, medio tempore alius tutor dandus ſit à Magiſtratu, quamuis pupillus legitimum tutorem habeat, non ſolùm quòd legitima tutela ceſſet quandiu ſperatur teſtamentaria, *l. ſi quis ſub conditione* 11. *D. de teſt. tut.* ſed etiam quia ſi tutori legitimo interim locus fieret, non poſſet deſinere ille tutor eſſe quandocunque exiſtente poſtea conditione, aut eueniente die, in quâ pater tutorem dediſſet. Nam nec alia ratio eſt, propter quam placeat legitimæ tutelæ locum non eſſe, quandiu teſtamentaria ſperatur; niſi quia poſito aliter inte eueniret, vt vel tutor legitimus ad tempus datus reperiretur ſi conditio quandoque exiſteret, vel tutelæ legitimæ teſtamentaria etiam, cuius conditio extitiſſet, cedere cogeretur: quorum vtrumque abſurdum eſſet, & à iuris ratione alienum.

L. ſi quis ſub còditione 11. D. de teſtam. tutel.

Sed neque verum eſt permittendum teſtatori, vt pro arbitrio faciat quid imperfectè, eo prætextu quòd factum ipſius imperfectum ſuppleri & perfici à Magiſtratu poſſit. Alioqui etiam adoptio ex tempore, vel ad tempus facta, per Magiſtratum ſupplenda eſſet, tanquam perpetua, quam tamen pater non niſi temporariam eſſe voluiſſet, quod vtique falſum eſt. Conſtat enim talem adoptionem nullius omnino eſſe momenti, *d. l. quæſitum* 34. *D. de adopt.* Ergo ſi quæratur, cur pater tutorem filio ex tempore, aut ad tempus, & ſub conditione, aut ad conditionem dare poſſit: non illa ratio bona videri poteſt, quòd factum patris ſuppleri per iudicem poſſit. De hoc ipſo enim quærimus, cur poſſit ſuppleri, ac non potiùs inutilis omnino ſit voluntas patris, vt eueniret ſi ſub conditione, vel ad tempus filium adoptaret.

Illa igitur diſſimilitudinis ratio afferenda eſt, quam nos attulimus, quòd ex ipſius patris voluntate pendere debeat, non ſolùm quem ſuæ poteſtatis vicarium poſt mortem ſuam habere velit, ſed etiam quomodo, & an purè, an ſub conditione, aut ex tempore, aut ad tempus; quamuis non ideò pupillus interim carere debeat tutore, non magis quàm poſt tempus, ad quod vſque pater dederit tutorem. Nam & ſimile eſt quod procuratorem conſtituere in diē, & ad diem, & ſub conditione quilibet poteſt: *l. 3. D. de procurat.* quoniam qui procuratorem conſtituit, alium vice ſua in ea re ſubſtituit, quod pro arbitrio ſuo eum facere, nec aliunde legem eum accipere æquum eſt. Itaque non eſt quòd hac parte differentiam aliquam eſſe dicamus inter tutorem & procuratorem, niſi fortè de tutore legitimo aut datiuo intelligamus, quod inconcinnum eſſet, quia procuratori, quem priuatus dat, opponendus eſt tutor teſtamentarius, non legitimus aut datiuus, cùm legitimus vel datiuus procurator nullus ſit.

L. 3. D. de procurat.

* * *

ILLATIO XIV.

Datio tutoris non eſt iuriſdictionis, ſed legis.

Decimoquartò ex eodem Principio noſtro, ſic vt diximus intelligendo, proficiſcitur quod ait Vlp. *in d. l. muto* 6. §. *tutoris datio De tut.* tutoris dationem neque imperij eſſe, neque iuriſdictionis, ſed ei ſoli competere cui hoc nominatim dederit vel lex, vel Senatuſconſultum, vel Princeps. Senſus enim eſt Prætorem, aut alium quemlibet Magiſtratum, qui tutoris dandi ius habeat, cùm dat tutorem, neque propter vim ſui imperij id facere, quomodo faciunt alia pleraque iis more tantùm conceſſa, cuiuſmodi eſt datio iudicis, *l. cum prætor* 12. §. 1. *D. de iud.* neque proprio iure ſuæ iuriſdictionis, id eſt quam quiſque habeat iure ſui magiſtratus, & hoc ipſo quod talis magiſtratus eſt, ſed tanquam patrem aut ſaltem tanquam gerentem vices patris, ad cuius prouidentiam vel illud maximè pertinebat, vt iure patriæ poteſtatis tutelam liberorum ſuorum alicui mandaret; *l. impub.* 40. *in fin. D. de adm. tut.* id eſt, aliquem eligeret qui vice ſua patriæ poteſtatis per mortem amittendæ reliquias in liberos ſuperſtites quandiu pupilli eſſent exerceret. Ideóque neceſſe fuit ius illud tutoris dandi nunc his nunc illis Magiſtratibus nominatim dari, hoc eſt, ſpeciali aliqua lege, vel S. Cto, vel Principis conſtitutione. De quo dicemus latiùs ad *tit. de Attil. tut.*

Datum verò fuit primùm Maioribus Magiſtratibus, quòd ij omniom maximè digni viderentur, qui in pupillorum patres eligerentur, vt tanto meliùs pupillis miſeris cautum eſſet. Indéque eſt quod nec mandante Præſide vel Prætore, alius tutorem dare poteſt, ſiue ſpecialiter mandatum id ſit, ſiue iuriſdictio ipſa tota generaliter mandata proponatur, *l. nec mandante* 8. *D. de tut. & curat. dat.* Generale ſiquidem & perpetuum eſt, vt quæcunque ſpecialiter lege, vel SCto, vel conſtitutionibus Principum tribuuntur, ea nec mandari nominatim poſſint, nec mandata generaliter iuriſdictione transferantur, ſed ea tantum mandari queant, quæ competunt iure magiſtratus, *l. 1. D. de offic. eius cui mand. eſt iuriſd. iunct. l. 2. §. 1. eod. tit. l. 1. §. 1. eod. tit.*

Alia ratio eſt cognitionis de ſuſpectis tutoribus. Illa enim non ſolùm mandari ſpecialiter poteſt, ſed etiam mandata generaliter iuriſdictione tranſit, *l. 1. §. an autem, D. de ſuſpect. tut.* vbi Vlp. refert ita primùm fuiſſe reſcriptum à Seuero in perſona Legati Proconſulis; At non aliqua ratione ſingulari, quomodo alia pleraque ſingularia in Legatis Proconſulum recepta ſunt; ſed ratione illa generali, quòd mandata iuriſdictione officium iuris dicundi totum ad eum transfeat, vt intelligamus cognitionem ſuſpecti tutoris eſſe omnino iuriſdictionis. Vnde & *ibidem* infert Vlp ſi Prætor mandet iuriſdictionem, ſimili modo dicendum, poſſe ſuſpectum apud eum poſtulari cui mandata eſt, ne minorem poteſtatem is habeat, cui Prætor in vrbe, quàm cui Præſes in prouincia iuriſdictionem ſuam mandauerit.

Idem etiam apparet ex reſcripti verbis, quæ refert Macer in *l. cognit.* 4. *De off. eius cui mand. eſt iuriſd.* Cùm propriam iuriſdictionem, inquit, reſcriptum Legatis tuis dederis: conſequens eſt, vt etiam de ſuſpectis tutoribus poſſint cognoſcere. Nimirum ex ratione illa iuris, quæ facit, vt mandata

L. cognit. 4. D. de offic. eius cui mand. eſt iuriſd.

mandata iotiſdictione tranſeant omnia quæ ſunt iuriſdictionis. Quamquam *in eadem lege* videtur Macer hoc ius non tam ad tationem iuris referte, quàm ad pupillorum vtilitatem.

Sed cum ad eam pupillorum vtilitatem reſpexiſſe dicat Imper. quando ita reſcripſit, verba autem reſcripti quæ proximè retulimus non aliam tationem præ ſe fetant quàm conſequentiam quandam mandatæ iuriſdictionis, intelligimus eam adiectionem *propter vtilitatem pupillorum,* non ita accipiendam eſſe, quaſi vtilitas pupillorum contra iuris rationem hanc ſententiam extorſerit, ſed ita potiùs; vt non quemadmodum pupillorum intereſt dari iis tutorem à Prætore, vel à Præſide, aliiſque maioribus Magiſtratibus, potiùs quàm ab eo qui non niſi maodatam habeat iuriſdictionem (propterea quòd ſiue populus per legem, ſiue Senatus per SCtum, ſiue Princeps per Conſtitotionẽ, eam tutoris dandi poteſtatem fecerit alicui Magiſtratui, credidit non aliter eum pupillo conſultutum eſſe, quam ipſe eſſet conſulturus ſi tutorem daret; *arg. l. vnic. §. 1. D. de offic. præf. præt. d. l. 1. in prin. De offic. eius cui mandat. eſt iuriſd.*) Ita nec alios de ſuſpecto tutore poſſit cognoſcere, quàm qui tutorem ipſe dare poſſet. E contrario namque pupillorum intereſt, vt de ſuſpecto cognoſcere plures poſſint, ne diutiùs tutor perfidus qui ſuſpectus dicitur, in pupilli ſui patrimonio graſſetur. Neque verò quemadmodum diximus tutoris dationẽ, neqoe imperij eſſe, neque iuriſdictionis, ſed magis patriæ poteſtatis, ita poſſit quis dicere cognitionem ſuſpecti habere quid commune cum iure poteſtatis patriæ, ſed pendet omnino illa ex iuriſdictione illius qui de ſuſpecto cognoſcere poteſt, aut qui habet mandatam ab eo iuriſdictionem.

Differentia quæ eſt inter tutoris dationem, & remotionem.

Suſpecti tutoris accuſatio magni momenti eſt.

Sanè ſuſpecti tutoris accuſatio, quoniam criminis querelam adnexam habet, & onerat tutoris exiſtimationem, maioris hac in re momenti eſſe creditur quàm datio tutoris: Ideóque quamuis tutor dari etiam de plano poſſit, & quolibet die quamuis feriato, vt ſuprà diximus, ſuſpecti tamen tutoris accuſatio non niſi pro tribunali examinari poteſt; *l. 1. §. ſuſpecti, D. ad SC. Turp.* vbi addit Marcianus nullum alium quàm Præſidem de huioſmodi quæſtione ſuſpecti tutoris poſſe cognoſcere. Quod pugnare videtur cum eo quod diximus cognitionem hanc mandata iuriſdictione tranſire. Sed non pugnat; quoniam eo, cui Præſes iuriſdictionem ſuam mandauit, cognoſcẽte, Præſes ipſe cognoſcere intelligitur, cùm nihil proprium habeat is qui mandatam iuriſdictionẽ exercet, neque pro ſuo imperio quicquam agat, ſed eius qui mandauit vice & partibus fungatur, *d. l. 1. §. qui mandata, l. 3. D. de offi. eius cui mandat. eſt iuriſd. l. ſolet prætor 16. D. de iuriſd.* Ita ergo ſcripſit Marcian. ad excludendos duntaxat Magiſtratus municipales, & alios huiuſmodi, ſi qui ſunt in prouinciis qui habeant ius dandi tutoris, quod Magiſtratibus municipalibus omnibus datum fuiſſe refert Vlp. in *l. ius dandi 3. D. de tut. & cur. dat.* Non enim conſequens fuit, vt ijdem de ſuſpecto tutore cognoſcere deberent, cùm eſſet ea cognitio maioris momenti, vt diximus.

Notatu tamen dignum eſt, quod in *d. § ſuſpecti*, ait Marcianus in Turpillianum SCtum non incidere eum, qui deſiſtit à ſuſpecti accuſatione, nempe quia ſuſpecti accuſatio verè, ac propriè publica non eſt, cùm in ea, non de iure publico, ſed de priuata pupilli vtilitate tractetur, deſcendátque non ex lege aliqua publicorum iudiciorum, ſed ex lege 12. tab. *l. 1. § ſciendum, D. de ſuſpect. tut.* quamuis dicatur eſſe publica actio, ob hoc ſolùm quòd omnibus pateat, ita nimirum exigente pupillorum vtilitate, *d. l. 1. § conſequens eſt, eod.* Atqui cõſtat accuſatorem qui ab accuſatione ex deſiſtit iis tantùm cauſis in Turpillianum incidere, quæ publici criminis & iudicij cauſam habeant, non quæ priuati, aut extraordinarij, *l. 3. l. ſi quis 7 §. 1. D. ad SC. Turp.*

L. 1. § ſciendum, D. de ſuſpect. tut. d. l. 1. § conſequens eſt.

Suanes verò ſunt Interpetes noſtri, qui tutoris dationem, quam Vlp. ait neque imperij eſſe neq; iuriſdictionis, volunt eſſe imperij mixti, quaſi vtriuſque eſſe dixerit Vlp. hoc ipſo quod dixit eſſe neutrius: Et rurſum, quaſi mixtum imperiom dicatur quod conflatum ſit ex imperio & iuriſdictione ſimul, quale proculdubio nullum eſt, ac non potiùs quòd totum in imperio conſiſtit, ſed tamen cohærente iuriſdictioni, vt eius tuendæ gratia exerceatur, cum ſine modica coërcitione iuriſdictio nulla eſſe poſſit, *l. vlt §. 1.* iunct. *§. vlt. l. 1. D. de offi. eius.* Ad differentiam ſcilicet imperij meri quod non propter iuriſdictionem aliquam, ſed propter ſe, & non niſi vindictæ publicæ gratia exercetur: vnde & merum appellatur, *l. 3. D. de iuriſ.* de qua etiam ſcripſimus, quomodo nimirũ & interpretãda & emendanda ſit, *li. 4 Coniect. c. 4.* Fefellit interpretes quod videtur ſcriptum à Iuſtin. in *§. ſed hoc iure, D. de Atti. tut.* Romæ tutores dari à Præfecto vrbi, & à Prætore ſecundum ſuam iuriſdictionem. Sed ita accipiendum illud eſt, non vt vel hic, vel ille proprio iure ſuæ iuriſdictionis tutorem dare poſſit, ſed vt cum tam huic quàm illi ius dandi tutoris ſpecialiter datum ſit, non tamen promiſcuè tutorem in vrbe dare poſſint, ſed pro cuiuſque iuriſdictionum diſtinctione: alia enim fuit iuriſdictio Præfecti vrbi, alia Prætoris: & quidem ea videtur diſtinctio fuiſſe iuriſdictionum, vt Præfectus vrbi de crimioibus omnibus ſolus cognoſceret, poſt epiſtolam D. Seueri ad Fabium Chilonem, *l. 1. De offic. præf. vrb.* de ciuilibus verò ex appellatione, ſi quando victus quis apud Prætorem, aliúmve Magiſtratum, cuius prima notio fuiſſet ab eo prouocare vellet: vt conijcere licet ex *l. Æmilius 38. D. de minorib.*

Eodémque ſenſu accipiendum eſt, quod ſcriptum legimus in *l. 1. D. de iuriſd.* ad ius dicentis officium pertinere, vt pupillis non habentibus tutores conſtituat. Nimirum vt non iure propriæ iuriſdictionis id fiat, ſed ex præſuppoſitione conceſſionis alicuios, quæ huic, vel illi ius dicenti, h. e. iuriſdictionem habenti, tale ius dandi tutoris indulſerit. Item quia dato iam tutore, multa in conſequentiam dationis fieri neceſſe eſt, quæ ſine iuriſdictione expediri non poſſunt, putà vt ſi tutelam ſuſcipere nolint, cogantur captis pignoribus aliiſve remediis à iuriſdictione petendis, vt bene tractat Cuiac. *lib. 7. Obſeru. c. 17.* vbi & hinc petit rationem illius differentiæ, quod collega tutorem dare poteſt, *l. vbi abſunt 19. §. 1. ſ de tuto. & curat. dat.* at apud collegam manumittere non poteſt, *l. apud eum 14. in prin. D. de manu. l. apud filiumfamilias 18. §. 1. De manu vind.* licèt manumiſſionis caoſa probanda ſit apud collegam, *l. vnic. §. vlt. D. de offic. Conſu.* Nempe quia, vt ille ait, manumittere iuriſdictionis eſt, quam porrò nullam habet collega in collegam.

At tutoris datio iuriſdictionis nullomodo eſt, nec verendum eſt ne iuriſdictione aliqua opus ſit ad cogendum collegam, vt tutelam ſuſcipiat,

cùm

Digitized by Google

eùm ſi eam ſuſcipere nolit,optimam & paratam habeat ex ſuo Magiſtratu excuſationem. Illod verò longè minus probabile fuerit, ſi quis tentare velit dationem tutoris eſſe imperij ob id ſolum, quod tutorem dare poſſit Præfectus vrbi qui imperium habet. Non enim ob id dat tutorem quod imperium habeat,non magis quam ob id quod habeat etiam iuriſdictionem, ſed quia tutoris dandi ius ei conceſſum eſt à Principe, qui vtique ius habuit concedendi.

ILLATIO XV.

De tutore non dando ei, cuius pater in hoſtium poteſtate eſt.

DEcimoquintò ex eodem Principio fit,vt ei cuius pater in hoſtium poteſtate eſt, tutor d.l.muto 6.§. vlt.D.de tut. dari non poſſit,*d.l. muto 6.§. vlt. De tute.* Nam cùm tutor nihil aliud ſit, quam fictitius quidam pater,in quo extinctæ patriæ poteſtatis veſtigia quædam ſuperſint, apparet quandiu non ſolum pater viuit,ſed etiam patria poteſtas omnino extincta non eſt,neque de tutore, neque de tutela tractari poſſe: ne imagine veritas adumbretur, vt eleganter loquitur Papinianus in *l.filio 23. De lib.& poſthum.* Atqui cùm impuberis pater ab hoſtibus captus eſt,licèt per captiuitatem pater fiat reuera ſeruus hoſtium,atque ita deſinendo ciuis eſſe, deſinat etiam habere patriam poteſtatem, quæ propria eſt ciuium Romanorum, quia tamen ab hoſtibus reuerti poteſt.eóque caſu futurum eſt, vt per fictionem poſtliminij ſemper in ciuitate fuiſſe intelligatur;fatendum eſt captiuitate patris liberos, quos in poteſtate habebat, non eſſe à patria illa poteſtate in plenum liberatos,ſed propter ſuſpenſi iuris Conſtitutionem, quæ facit,vt omnia captiui iura interim ſuſpendantur,non abrumpantur, ſtatum quoque liberorum,an ſcilicet filijfamilias ſint,an ſerui,manere in ſuſpenſo, vt ſuprà ſcripſimus ad *tit. praeced. Princ.7.ex l.pen.D.de ſuis & legit.l.illa inſtitutio 32.§.1.D.de hær.inſtit.* Itaque cùm filius eius qui apud hoſtes eſt,quamuis impubes,non poſſit videri pupillus(ſiquidem pupillus ille eſt,qui & impubes eſt, & deſiit omnino eſſe in patris poteſtate,aut morte,aut emãcipatione:*l.pupill.239. De verb ſignif.*) conſequens eſt, vt nec tutorem habere poſſit,qui ſcilicet non niſi pupillo datur.

Quid ergo ſi huic impuberi, cuius ſtatum propter captiuitatem patris in ſuſpenſo eſſe diximus, tutor fuerit datus? An ipſa etiam datio erit in pendenti? Minimè, ſed ab initio non valebit, quia tutoris datio quæ fit à Magiſtratu cùm ſit actus legitimus in ſuſpenſo eſſe non poteſt, ob idque nec diem recipit, nec conditionem, *l. actus legitimi 77. De regu. iur.* In propoſito autem caſu tantò minus, quod patre ab hoſtibus quandocunque reuerſo,filius qui medio tempore tutorem habuiſſet, retrofingeretur habuiſſe eodem tempore & tutorem, & patrem in cuius fuiſſet poteſtate, quod eſſet abſurdum,& ne id eueniret neceſſe eſſet,ſi tutoris datio valeret, impediri poſtliminij poteſtatem,quia fictio nihil vnquam inducere debet niſi quod per rerum naturam verum eſſe poſſit, quamuis verum non ſit. Idque eſt quod ait Vlpianus,*ſic enim poſt patris regreſſum recidit in poteſtatem ac ſi nunquam pater ab hoſtibus captus fuiſſet.* An igitur & impubes hic, & patris captiui bona defenſorem nullum habebunt

qui ea tueatur: Imò curator bonis dari debet, ne interim & medio illo tempore pereant,vt ſcquitur apud Vlpianum, Nec ſolùm ſi creditores patris id poſtulent, qui in eorum bonorum poſſeſſionem interim mitti velint;*l.in poſſeſſionem 6. §.vlt. D.quib.ex cauſ.in poſſ.eat.* ſed etſi creditores nulli ſint,petente ſc.vt plerumque fit,eo qui captiuo ſuccedere quandoque poſſit, & cuius ſiue ex hac, ſiue ex alia probabili cauſa interſit bona conſeruari,*l.ab hoſtibus 15.D.quib.ex cauſ. maior.*

ILLATIO XVI.

De filiofamilias quoque tutore dando, ſiue à Magiſtratu, ſiue à Teſtatore.

DEcimoſextò ex eodem Principio fit, vt filiusfamilias quoque non minùs quàm paterfamilias tutor dari à Magiſtratu poſſit,& à teſtatore,*l.ſi filiusfamilias 7. hoc tit. De tute. l. tutorem 37.§.inde deſcendit quæſtio, D.de adminiſtr. tuto. l. ſi filiusfamilias 11. D.de tute. & ration. diſtr.* Nam cùm tutela ſit vis & poteſtas in capite libero iure ciuili data & permiſſa, non poteſt dubitari quin ſit iuris publici, cuius eſſe dicuntur cætera quoque omnia quæ ſunt iuris ciuilis, *l.ita autem 5.§.Iulianus*, alias,*l.quidam decedens, De admin.& peric.tut.l.3.D.qui teſta.fac.poſſ.* Certum autem eſt in his, quæ ad ius publicum ſpectant, filium non ſequi ius patriæ poteſtatis, *l. nam quod 14. D.ad SC Trebell.* id eſt, non nocere filio quòd ſit in patris ſui poteſtate, quominùs ea omnia quæ iuris publici ſunt exequi poſſit, ac ſi patrem non haberet. Diſponit enim ius publicum pro arbitrio de patria poteſtate, quoniam & ipſa quoque ex iure publico eſt.

Neque tamen inde poſſis inferre, filiumfamilias legitimum quoque tutorem eſſe poſſe. Nam cùm legitima tutela illa ſit quæ ex lege duodecim tabularum agnato proximo defertur, *l.1.D.de legit. tutor.* apparet fieri numquam poſſe, vt filiusfamilias ſit proximus agnatus, cùm ſemper anteuertatur à patre, per quem agnatis ſuis coniungitur;*l.4.§.cognationis, l.Iuriſconſultus 10.§ cognati, De gradib.& adfin.* Cum verò filiusfamilias tutor datus eſt, ſi à teſtatore, putandum eſt,quòd bona nulla habeat, cùm teſtator ipſius fidem elegerit, quæ non ex facultatibus, ſed ex moribus potiſſimùm ſpectanda eſt;*l.ſuſpectum 8. D. de ſuſpect. tut. l. ſi creditores 31. §. 1. D. de reb. autor. iudic. poſſid.* vnde eſt quod nec ſatiſdare tenetur, *l. teſtamento 17. D. de teſt. tutel.* Sin à Magiſtratu, ad ipſius curam pertinet, vt non aliter filiofamilias det tutelam, quàm ſi pupillo idoneè caueatur, ne alioqui teneatur ipſe in ſubſidium:ex *tit. De magiſtr. conuen.* Nec enim pater filijfamilias ob tutelam malè à filio adminiſtratam conueniri poteſt, niſi vt à cæteris filij creditorib.omnibus,de peculio,& de in rem verſo;hac quidem in perpetuũ, illa verò intra annum, ex eo tamen duntaxat die computandum,quo finita ſit tutela; *d.§.inde deſcendit.& d.l.ſi filiusfam.11. in fin. De tute. & rat. diſtr.* iunct.*l.Lucius 21.D.de adminiſtr.& peric. tut.*

Subiiicienda tamen exceptio eſt, Niſi pater tutelam filio ſuo delatam agnouerit. Tunc enim non de peculio duntaxat, aut de in rem verſo, ſed in ſolidum teneri debet, *d. l.7. D. de tute.* Sed quando tutelam agnouiſſe pater dicẽdus ſit, difficilius eſt. Vlpianus namque in *d. l. 7.* ſcribit videri patrem agnouiſſe, ſiue geſſerit ipſe;

Digitized by Google

ſiue gerenti filio conſenſerit, ſiue denique omnino attigerit tutelam. Vnde, inquit, cùm quidam filio ſcripſiſſet, vt tutelam diligenter gereret, addita hac ratione, *cùm ſcias periculum ad nos pertinere*, non dubitatur quin his verbis tutelam agnouiſſe videatur. At Marcellus in *d. l. Lucius*, apertè ſcribit, ſi filiusfamilias ſciente, & conſentiente patre tutelam adminiſtrauerit, non multum videri facere patris ſcientiam & conſenſum ad eum in ſolidum obligandum: Niſi fortè, inquit, contutore, vel alio volente illum facere ſuſpectum, ipſe interceſſerit, & quaſi periculum in ſe receperit. Puto Marcellum de nudo conſenſu patris intelligendum eſſe, qui vel ex ſcientia & patientia tantùm inducatur, vel ex tali etiam facto quod nullum ſe obligandi animum præ ſe ferat. Vlpianum verò de conſenſu qui non ſit nudus, ſed qui patris, vel ſubſcriptione, vel qua alia non minùs aperta voluntatis ſignificatione declaratus proponatur, vt in *l. ſicut* 8. *§. non videtur, D. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolu. t. l. fideiuſſor.* 26. *§.* 1. *D. de pignor.*

Conciliatio Marcelli cum Vlpiano.

Idque apparet non obſcurè ex illo exemplo quod Vlpianus ponit de patre, qui ad filium ſcripſerat in hæc verba: *cùm ſcias periculum ad nos pertinere*. An non enim multò magis tutelam agnouiſſe videri debet is, qui etiam tutelæ periculum agnoſcit? Item ex eo quod ſubiicit Vlpianus, patrem, ſi ſcriptis ad filium literis eum duntaxat monuiſſet, vt tutelam gereret diligenter, non ideirco tutelam agnouiſſe videri, cùm tamen negari non poſſit, quin hic quoque filio tutelam gerenti conſenſerit, qui eum monuerit non vt deliberaret priùs an ſibi expediret ſuſcipere tutelam, quomodo reſcribere patres ſolent ad filios hæredes inſtitutos, vt videant lucroſáne an damnoſa ſit hæreditas, vt in *l. cum qui* 51. *§.* 1. *D. de acq. hære.* ſed vt tutelam gereret diligenter, non adiecta illa clauſula, de participando inter ſe & filium periculo tutelæ. De hac enim, non de illa admonitione loqui Vlpianum, minimè puto dubitandum. Poteſt etiam ratio alia reddi cur filiusfamilias tutor eſſe poſſit, quia quamuis ſit ille in patris ſui poteſtate, dicique ſoleat eum qui in aliena poteſtate eſt, alium in ſua habere non poſſe, *l. ſic eueniet* 21. *D. ad leg. Iul. de adul.* quomodo tutor pupillum habet, vt diximus, (quæ dubitandi ratio eſt ad hanc illationem) alium tamen quàm ſuum patrem repræſentat, ſcilicet patrem pupilli, quem patrem non habebat pater tutoris in poteſtate: Ita ius patriæ poteſtatis non impedit quin tutela filiofamilias deferri poſſit. Et quod dicimus non poſſe fieri vt in ſua poteſtate quem habeat is, qui ſit in aliena; ad eum caſum pertinet, quo ſit idem genus poteſtatis, putà patriæ, aut dominicæ: quod hic non euenit, cùm ei qui in patris poteſtate eſt, tutoriam duntaxat in pupillum poteſtatem accommodamus.

ILLATIO XVII.

De patrono tutore liberti ſui.

DEcimoſeptimò ex eodem Principio fit, quod ſequitur apud Vlp. in *l. patronus* 8. *De tutel.* patronum quoque tutorem liberti ſui fidē exhibere debere. Nam cùm tutelis omnibus commune id ſit, vt non aliam ob cauſam comparatæ ſint, quàm ad tuendum eum qui propter ætatem ſeipſum ſponte nequit defendere; non debet libertus, qui in patroni ſui tutela eſt, deterioris conditionis eſſe, quàm cæteri pupilli, vt eo minorem fidem patronus ei debeat exhibere, quòd non ſolùm tutor ſit, ſed etiam patronus. Quamquam in patrono illa dubitandi ratio occurrebat, quòd videretur ille dignior cui permitteretur in liberti patrimonio pro arbitrio verſari, non ſolùm quod legitima patronorum tutela inducta ſit ex interpretatione adhibita ad legem 12. tab. ex ea parte qua libertorum hæreditates patronis defert (eadem enim ratio in cæteris quoque tutelis quæ agnationis iure propter ſucceſſionis ſpem deferuntur, locum habere) ſed etiam ob id potiſſimum quòd per patronum ipſum factum ſit, vt libertus patrimonium habere poſſit, & fidem exigere à patrono, cùm ſi patronus libertatem ei non dediſſet, neque patrimonium habiturus nunc eſſet, neque tutorem, neque patronum, ſed dominum habentem in eum vitæ & necis poteſtatem, nec conſequenter poſſet conqueri de non exhibita ſibi per patronum fide: *arg. l.* 4. *C. de obſeq. patron. præſt.* in illis verbis, *ei qui te beneficio ſuo ex ſeruitute liberando, vt aduerſarium te haberet, fecit.* Sed cùm quiſquis libertus eſt, idem & liber ſit, nemo non videt intereſſe Reipublicæ, vt pupilli liberti & perſonam & bona tueatur patronus, perinde ac alius quilibet tutor cuiuſlibet alterius pupilli. Etſi qua poſſet culpa eius eſſe qui libertatem ſeruo præſertim impuberi dediſſet, imputare ſibi patronus deberet, cur impuberem hunc manumittendo, hoc ipſo dediſſet ei facultatem exigendi ab eo aliquando bonam fidem in rerum pupillarium adminiſtratione, vt non valde diſſimiliter ratiocinatur Paulus in *l. filio* 8. *D. vt legat. ſeu fideic. nom. caueat.*

Ex hoc verò infert Vlpian. in *d. l. patronus*, Si qua in fraudem creditorum ſuorum patronus geſſerit: inter quos fuerit etiam pupillus ipſe libertus, reuocari ea iure publico & communi debere, id eſt per actionem Paulianam, de qua in *tit. quæ in fraud. cred.* perinde ac ſi in alterius cuiuſlibet creditoris fraudem geſta eſſent. Dixi *creditorum*, quoniam ita legendum eſt, non vt vulgò, *debitorum*. Nec enim fraudantur vnquam debitores, ſed tantùm creditores. Poteſt etiam Vlpianus ita intelligi, vt patronus liberti ſui impuberis tutor, non tantùm ipſi liberto fidem exhibere debeat, ſed etiam liberti creditoribus, ne quid in eorum fraudem gerere poſſit, quod non ſtatim per Paulianam reuocandum ſit, perinde ac ſi pupillus ipſe ſuos illos creditores fraudaſſet, aut etiam tutor proprios, vt inſeramus tantò magis igitur, tutorem eundémque patronum fidem exhibere pupillo debere quamuis liberto.

d. l. patroni emendata.

ILLATIO XVIII.

De puniendis extra ordinem iis, qui tutelam malo more occupaſſe probantur.

DEcimooctauò ex eodem Principio fit, vt extra ordinem in eos animaduerti ſoleat, qui probentur nummis datis tutelam occupaſſe, aut pretio accepto dediſſe operam, vt non idoneus tutor daretur, vel conſulto in edendo, id eſt demonſtrando pupilli patrimonio quantitatem minuiſſe, vel euidenti fraude bona pupillorum alienaſſe, *l. in eos* 9. *D. hoc tit. de tut.* Nam hi omnes perfidè in tutela verſati ſunt, quam è contrario

non

non niſi tuendi pupilli gratia debuerant exercere. Et quia propter tam inſignem perfidiam grauiore animaduerſione iſti indigent, quàm vt poſſit ſufficere ſuſpectorum infamia, placuit ex hac cauſa remittendos eos ad Præfectum vrbi, vt grauiùs caſtigentur: *l. 1. §. ſolent. D. de offic. praf. vrb.* *l. in eos 9. D. hoc tit.* Quod & alias fieri ſolet, vt à Prætore debeat remitti ad Præfectum is, qui atrociorem pœnam meretur, quoniam Prætor ſicut imperium merũ non habebat, ita neque corporalem pœnam poterat infligere, quæ tamen omnino infligenda eſt iis, qui propter infamiam, vel egeſtatem ſuã eluſuri ſint Prætoris iuriſdictionem, quæ nullam aliam quàm pecuniariam, vel infamiæ pœnam irrogare poteſt: *l. ſi quis iniuriam 35. D. de iniur.* vbi ob hanc cauſam pro *Prætor*, legendum eſſe *Præfectus*, docuimus *lib. 4. Coniect. cap. 8. ex l. 1. §. vlt. D. de pœn.* Sed etſi non tutor ipſe, ſed alius quilibet, puta is qui tutorem dedit, aut eius ſcriba tale quid fecerit, fortaſſis veram ſubſtantiæ pupillaris taxationem] occultari dolo malo paſſus ſit, idem dicendum erit, vt eo nomine contra ipſum legibus agendum ſit, vt pro admiſſi grauitate puniatur: *l. vlt. C. de magiſt. conuen.* Nunquam enim permittendum eſt, vt ex alterius, ſiue tutor ille ſit, ſiue alius, aut gratia, aut ſordibus damnũ ſentiat pupillus, *l. ait prætor 7. §. quæſitum, in fin. l. pen. D. de minor.* ſed quantum fieri poteſt, curandum eſt, vt cautum ſit pupillo aduerſus inſidias tutorum, & quorumlibet aliorum; *l. vlt. C. ſi aduerſ. vendit.* Iunge quæ dicemus *ad Pr. ... illat. 17.*

ILLATIO XIX.

De dando municipi tutore etiam non municipe à Magiſtratu municipali.

Decimononò ex eodem Principio fit vt etiam non municeps tutor dati poſſit à Magiſtratu municipali, dummodò municipi detur, *l. etiam 10. eo tit. D. de tute. l. quæro 32. in princip. D. de teſtam. tute.* Sufficit enim Magiſtratui competere iuriſdictionem in caput illud liberum, in quod tribuit vim & poteſtatem tutori, licèt tutor ex alia ſit iuriſdictione: Cùm tutela conſtituatur pro pupillo, non pro tutore. In quo alia filiifamilias ratio eſt, alia pupilli; alia patris, alia tutoris. Pater namque & filius ſic vna eadémque perſona eſſe cenſentur, vt filius patris originem & in dubio domicilium quoque ſequatur, non pater filij, *l. adſumptio 6. § filius, l. libertus 27. § patris, D. ad municip.* At è contrario pupillus & tutor ſic vna perſona fiunt, vt pupilli domicilium & originem tutor ſequi debeat, quod ad cauſam iuriſdictionis attinet; non pupillus originem & domicilium tutoris: *l. vnic. C. vbi petant. tut. vel curat.*

ILLATIO XX.

De furioſo tutore dato.

Vicesimò ex eodem Principio fit, vt ſi furioſus tutor datus fuerit, non niſi ſub tacita illa conditione datus intelligatur, *cum ſuæ mentis*
L. furioſus 11. D. hoc tit. *eſſe cœperit l. furioſus 11. eod. tit. De tut.* Quomodo enim iudicio & conſilio ſuo tueri pupillum poſſet is, qui non tantùm iudicio, ſed etiam conſenſu carere ipſe intelligeretur, *l. ſi tibi, 8 §. pen. De optio. legn.* quique curatore ipſe indigeret. Alioqui dicendum eſſet, curatore quoque indigere Magiſtratum, ſi non tanquam furioſum ſaltem tanquam dementem, qui furioſum pupillo tutorem purè dediſſet. Nec aliud erit ſi teſtamento furioſus tutor datus ſit à patre. Nam & tunc datus intelligetur, cùm mentis compos erit, quemadmodum & ſi minor annis vigintiquinque datus eſſet, non priùs tutor eſſe inciperet, quàm viceſimumquintum annum impleuiſſet, cùm ante id tempus ſuæ quidem mentis ſit, at non ſuæ ætatis, ob idque & indigeat ipſe curatore, cuius conſilio & prudentia regatur, *§ furioſus, infr. qui teſtam. tut. dar. poſſ.* iunct. *l. 1. & tot. tit. D. de minor.* Suæ autem ætatis eſſe debet, qui alij tutor non niſi propter ætatem datur. Iunge quæ infrà dicemus *illat. 40. ex l. ſi hær. 10. §. ſi furioſus, de teſt. tut.*

ILLATIO XXI.

De tutelæ finienda per impuberis adrogationem aut deportationem.

Viceſimoprimò ex eodem Principio fit, vt ſi adrogati ſint adhuc impuberes, vel deportati ſint pupilli, deſinant habere tutores, *l. ſi adrogati 14. eo. tit. De tute. l. vlt. in fin. C. de autor. præſt.* Sed tamen diuerſa ratione. Adrogato namque impubere ideo tutor eſſe deſinit, quia adrogatus incipit in patris ſui adrogati eſſe poteſtate: *l. 1. 2. & paſſ. D. de adopt.* fieri autem nequit, vt qui patrem habet, in cuius poteſtate eſt, tutorem etiam habeat, ne alioqui eodem tempore in duorum poteſtate ſit. Cùm verò pupillus deportatus eſt, hoc ipſo deſinit eſſe ciuis, & conſequenter fit incapax eorum omnium quæ ſunt iuris ciuilis: *l. ſunt quidam 17. §. 1. D.* *L. ſunt quidam 17. §. 1. D. de pœn.*
de pœn. Ergo & tutelæ, cum ſit illa iure ciuili data & permiſſa, quamquam accipi hoc debet cum eo temperamento, quod poſtea adferemus. Multò igitur magis finietur tutela ſi in ſeruitutem pupillus redigatur, cùm fieri nequeat, vt amiſſa libertate ciuitas retineatur, *l. penul. D. de extraord. cognit.* Ergo ſi pupillus ab hoſtibus captus ſit, quia verè ſeruus fit hoſtium, vt diximus ad *tit. præced.* deſinet eſſe tutor qui antè fuerat, non aliter quàm ſi tutor ipſe captus proponeretur: quò caſu nemo dubitat quin alium in ſua poteſtate tanquam tutor habere non poſſit is, qui ipſe in aliena ſit poteſtate: *l. cùm heredes 23. §. 1. D. de acquir. poſſ. l. ſic eueniet 21. D. ad leg. Iul. de adult.*

Quòd ſi tutor non ab hoſtibus captus ſit, ſed ad eos miſſus quaſi Legatus, aut etiam ab eis captus, aut transfugerit, tutor manet, quia ſeruus non efficitur, ſed interim alius tutor à Præſidibus dabitur, vt ſubiicit Vlp. in *l. quis ſi tutor 15. eod. tit. De tutel.* Vbi tamen mirum illud eſt quod ait de transfuga, tutorem eum manere, cùm deſinat eſſe ciuis, *l. 5. §. 1. D. de capit. min.* atque ita & patrem & patriam ſimul amittat, vt nec ſi ab hoſtibus redeat, ius tamen poſtliminij habere poſſit: *l. item ei 14. D. ex quib. cauſ. maior. l. poſtliminium 19. § transfugæ, & §. filius quoque, D. de capt. & poſtlim.* Niſi dicamus tractare Vlpianum de tutore, qui non in ciuitate datus fuerat, ſed in prouincia, vt ex eo conſtat quod vult interim à Præſide prouinciæ alium tutorem dari. Nam ciues Romanos facilius eſt, amiſſa ciuitate, nihil omnino retinere ex eis iuribus, quæ habebant in ciuitate à iure ciuili. At prouinciales quemadmodum, vt tutores fierent, neceſſarium non erat eſſe etiam ciues Romanos (alioqui dicendum eſſet ante

Conſtitutionem Imp. Antonini quæ omnes in orbe Romano conſtitutos ciues Romanos fecit, *l.in orbe 17.D.de ſtat. homin.* non fuiſſe permiſſas in prouinciis tutelas, quod verè dici non poſſet.) Ita & quamuis ciues eſſe deſiiſſent, non ideo tutelam amittebant, ſi modò liberi remanerent. Sicut nec eo minùs tutorem habere pupillus debet, quod non ſit ciuis Romanus. Cùm ratio naturalis æquè pupillis omnibus quàm tutumuis peregrinis conſulendum eſſe ſuadeat, vel ob hoc ipſum quòd ſperandum eſt fore, vt aliquando euadant non ſolùm in viros, ſed etiam in ciues. Propter quam cauſam non definitur tutela vis & poteſtas in capite ciuis Romani, ſed in capite libero, vt intelligamus ad tutelam, ſiue inducendam, ſiue retinendam, ſufficere ius libertatis, licèt non concurrat ius ciuitatis, etiam in pupilli perſona. Quantò minùs igitur neceſſe erit, vt tutor ſit ciuis? Aut cur ob amiſſam ciuitatem deſinat eſſe tutor, ſi modò liber remaneat, cùm non propter tutores, ſed propter pupillos tutelæ ſint comparatæ? Quare nec aliud in ciue Romano tutore dato admittendum eſſe exiſtimo, vt ſcilicet quamuis deſinat eſſe ciuis, tamen quandiu liber manet, tutor eſſe non deſinat, tametſi in eius locum dari alium oporteat.

Dices, Cur ergo pupillo deportato deſinit eſſe tutor qui fuerat? præſertim cùm ſpes probabilis non deficiat, deportatum in ciuitatem reſtitui quandoque poſſe, *l.intercidit 59. De condit. & demonſtr.* Reſpondebo, quia nullo fauore dignus videri poteſt, qui paſſus eſt pœnam deportationis, quiſquis ille ſit; *l.Papinianus 20.l. auxilium 37.in fin. D.de minor.* Maximè verò cùm deportationis ferè perpetua comes ſit amiſſio & publicatio bonorum, niſi contrarium ſpecialiter ex indulgentia cautum ſit; *l.relegatus 14.§.1. & vlt. cum l. ſeq. D.de interd.& releg.* Itaque in pupillo deportato neque perſonæ, neque bonorum fauor vllus eſt, propter quem dicendum ſit poſt deportationem quoque tutelam durare.

Cur deportatus deſinat eſſe tutor.

ILLATIO XXII.

De tutore qui remotus eſt tanquam ſuſpectus.

Viceſimoſecundò ex eodem Principio fit, vt qui tanquam ſuſpectus remotus eſt, deſinat eſſe tutor, *d.l.ſi adrogati 14.§.præterea, De tut.* Cùm enim non ob aliam cauſam tutor factus eſſet, quàm vt pupilli perſonam & bona tueretur, qua fronte poterit ſe tutorem dicere, poſtquam conuictus fuerit de ſuſpecto, ex eáque cauſa remotus à tutela, in qua prætextu officij nihil aliud agebat niſi vt graſſaretur, rémque pupilli deprædaretur? Cætera quæ tractantur in *d.l.14.* de tutore ad tempus, aut ad certam conditionem dato, iam explicauimus *Illat.13.*

ILLATIO XXIII.

Tutelam eſſe officium virile.

Viceſimotertiò ex eodem Principio fit quod dici ſolet, tutelam virile officium eſſe; *l. tutela 16.eod.tit. De tute.* Abſurdum enim eſſet eam vim & poteſtatem in caput liberum dari mulieri, quæ ipſa propter ſexus ſui infirmitatem olim erat in perpetua tutela, & propter

L.tutela 16 hoc tit.

forenſium rerum ignorantiam: vt refert Vlp.in *fragm.tit.11 de tut.* Additur tamen in *d.l.tutela*, dictio *plerumque*, ad excipiendum cum caſum, quo mater filiorum ſuorum tutelam a Principe ſpecialiter impetrauerit. Nam & iam olim id aliquando fiebat, vt ex Neratio ſcriptum eſt in *l.vlt eod.tit.* Hodie ſpeciali impetratione nulla opus eſt, poſtquam placuit Iuſtiniano *Nouell. 118.de hære.ab inteſt.venient.cap.5 §.ex his autem*, vt non ſolùm mater, ſed etiam poſt matrem auia, ſi tutelam ſuſcipere velint, illa liberorum, hæc nepotum, cæteris agnatis cognatiſque præferantur, quamuis pupillorum debitrices ſint, aut creditrices; *Nouell 94.vt ſine prohibit. matr. debit. & credit.tut.ger.* ex quibus Nouellis ſumpta eſt *auth. matri & auia,cum duab.ſeqq. C.quand.mul.tute.offic.fung pot.* Nec tantùm legitimis tutoribus præferri matrem & auiam Iuſtinianus voluit, ſed etiam datiuis, nec niſi teſtamentarios excepit, cùm tamen olim non niſi ceſſantibus etiam, aut potiùs deficientibus legitimis mater tutrix dari poſſet; *l.2.C.eod.*

Auth.matri & auia,cum duabus ſeqq. eo tit.

Hoc tamen Iuſtinianus obſeruari voluit, vt mulier tutelam ſuſceptura iuret ſe ad alia vota non tranſituram, & prætereà tam Velleiani SCti, quàm alterius cuiuſlibet iuris auxilio renunciet: quod vtrumque tamen hodie in vſu eſſe deſiit. Primum quidē autoritate iuris Pontificij, ne huiuſmodi iureiurando mater, vel auia iterum in Domino nubere prohibeatur, ſi nubere malit, quàm vri, vel periurium incurrere cogatur nubendo. Alterum verò, quoniam omiſſa quoque iſta renunciatione, non eo minùs tamen Senatuſconſulti Velleiani exceptionem, & cæteras omnes amiſiſſe mater intelligitur, itémque auia, quæ vltrò tutelam ſuſcepit; cùm in eo diſſimilis ſit mater & auia à cæteris tutoribus, quod illi etiam inuiti tutores creantur, ſi nullam habeant excuſationem, mater verò & auia non niſi volentes: à quibus proinde pupillos eoſdémque liberos decipi eſſet inhumanum; præſertim verò cùm Velleianum deceptis tantum ſubueniat, non decipientibus: *l.2. §.ſed ita demum, l.ſi decipiendi 30.D.ad SC.Vell.*

Extra harum mulierum matris & auiæ perſonas, etiam hodie verum eſt quod ait *l.1.C. quand. mul.tute.offi.fungi pot.* Tutelam adminiſtrare virile munus eſſe, & vltra ſexum fœmineæ infirmitatis tale officium eſſe. Poſſes adiicere, alienum etiam id fore à ſexus verecundia, ſi tutelæ obtentu in contumeliam matronalis pudoris irreuerenter irruerent, & virorum conuentibus vel iudiciis intereſſe cogerentur, vt loquitur *l.maritus 21.C.de procur.* Propter quam cauſam non ſolùm iudices fieri non poſſunt, aut magiſtratum gerere, *l.2.De reg.iur.* ſed neque arbitrium ſuſcipere etiam inter libertos; *l.vlt. C.de recept. arbit.* neque procurationem, *l.5.l.alienam 18.C. de procur.* neque curationem, *l.ſcire oportet 21.D. de tutor. & curat. dat.*

ILLATIO XXIV.

De tutela numquam ad alium iure hæreditario transferenda.

Viceſimoquartò ex eodem Principio fit, quod ſequitur in *d.l.tutela*, nullam tutelam hæreditario iure ad alium transferri. Nec enim tutela tale quid eſt quod ſit in bonis & patrimonio tutoris; cùm nihil aliud ſit quàm vis & poteſtas

poteſtas in capite libero, quod caput liberum nemo vtique dixerit in alteriua bonis eſſe poſſe. Idque alij cuilibet poteſtati commune eſt, vt numquam iure hæreditatio ad aliuin tranſmittatur, excepta ea quæ dominis competirin ſeruos, quæ ſcilicet cum dominij iure ſic coniuncta eſt, vt ab eo ſeparari nnmquam poſſit Dominium portò in hæredem quemlibet tranſire, certo cettius eſt. Sed tamen ad liberos virilis ſexus, ſi modo perfectæ ætatis ſint, poſt parentum mortem legitimas tutelas deſcendere air Caius in *d. l. tutela*, quia non hæreditario iure id fir, ſed proprio, cùm liberi eius, qui legitimns tutor erar tanquam proximus agnatus, poſt patris mortem ideo fiant & ipſi tutores legirimi, quoniam & proximi agnati eſſe incipiunt, defunctn nimirum eo, qui vno gradu ipſos anteuertebar.

Cur legitima tutela deſcendat ad liberos poſt mortem parentum.

In quo eſt obſeruandum aliam tutelarum, aliam hæreditatum rationem fuiſſe: quandoquidem quod ad hæreditates non etat in agnatis ſucceſſio, *§. placebat. Inſtit. de leg. agnat. ſucceſſ.* ſicut nec in ſuis, *l. 1. §. ſciendum, D. de ſuis & legit.* Nempe qnod poteſtas legis 12. Tab. hæreditatem deferentis, vnica delatione conſumitur, cùm fieri nequeat vt delationis tempore proximus vnquam repeniatur, qui tum ab alio anteuerſua fuir. At quantum ad tutelas attiner, ſecua: *l. 3. §. pen. D. de legit. tut.* Ratio diuerſitatis eſt, quia tutela non ſemel tantùm defertnr, vr hæreditas, ſed toties quoties pupillus indiget tutore. Nec rurſus defertur agnato propter ipſius agnari vtilitatem, ſed pupilli, quæ omnino ſuadet vt non ideo ſine tutore legitimo manere debear, quod prior legirimus tutor deceſſerit, cùm non idcirco maneat ſine proximo agnato. Cæteræ tutelæ ad liberos tutoris non deſcendunt, qnia non alio quàm hæteditario iure id fieri poſſet.

ILLATIO XXV.

De tutela teſtamentaria.

Vicesimoquinto ex eodem Principio fit, vt lege 12. Tab. permiſſum ſit parentibus teſtamento tutorea dare liberis ſuis, ſiue fœminini ſiue maſculini ſexus, ſi modo in poteſtate ſint: *l. 1. in princip. D. de teſtam. tute.* Nam ſi vernm eſt vt eſt quod iam toties diximus, tutotiam poteſtatem imaginem qnandam eſſe & participationem patriæ poteſtatis, cuiuſnam erat potiùs quam patris tutores liberis date? Cuiuſnam verò patris, niſi qui liberos haberet in poteſtate? Quomodo enim alij poteſtatem dare poſſet, qui nullam ipſe haberet? Eadem igitur ratio facit vt non tantùm liberis iam natis, ſed etiam poſthumia ſiue filiis ſine nepotibus vel alterins gradus liberia, ſi modò in ea cauſa ſint, vr ſi viuo teſtatore nati fuetinr. in eius poteſtate futuri ſint, neque teſtamentum repturi, vt ſubiicit Caius in *d. l. 1. §. 1.* Eadem enim hac patte ratio eſt poſthumorum, dummodo quandocunque poſtea natotum, & eorum qui teſtamenti tempore iam nati reperiuntur: *l. ſi primo 8. in fin. D. de liber. & poſth. l. it cui 18. D. quand. dies legat. ced.* præſertim cùm generale ſit, vt qui in vtero ſunt quoties de ipſorum commodo agitur, pro natis habeantur: *l. qui in vtero 7. & l. 26. De ſtat. homin.* Quid verò vtilius poſthumo eſſe poteſt, quàm vr naſciturus eo tempore quo patrem amplius non habebit, ſaltem habeat tutorem, à quo petinde atque à patre regi poſſir. Ideo autem adiecit Caius *neque teſtamentum rupturi*, quia abſurdum eſſet adeóque implicaret contradictionem, valere tutelain iia poſthumis fauotabilem, qui naſcendo teſtamentum rupturi eſſent, cùm ex rupto teſtamento non poſſir aditi hæreditas, ex eo vero teſtamento ex quo hæreditatem nemo adierir, fieri nequeat vt valeant tutelæ, non magis quàm aliud quicquam ex cæteris eodem teſtamento relictis: *l. ſi nemo 9. D. de teſtam. tute.*

ILLATIO XXVI.

De tutore non dando per patrem niſi in teſtamento.

Vicesimo ſextò ex eodem Principio fit, vt ita demum patri liceat tutorem liberia ſuis date, ſi teſtamento id faciat: *d. l. 1. eod. tit. De teſtam. tute. l. 1. §. 1. D. de confirm. tutor.* Cùm enim is qui tutorem conſtituit, patriam poteſtatem, quàm in liberos ſuos haber, mandare tutoti intelligatur, patria verò poteſtas ſit ex legibua qnamuis non ſcriptis, hoc eſt ex moribus populi Romani, vt ſuprà ad *tit. De patr. poteſt.* Conſequens eſt, vt legem quodammodo facere debeat teſtator qui dat tutorem: Legem porrò ptiuatua facit tum demùm cùm teſtatur, non etiam ſi extra teſtamentum quis diſponat puta in codicillis, quia de teſtamento ſolo ſenſit lex duodecim Tabularum, non etiam de codicillis, qnorum nullus tum vſus erat, cùm ſic locuta eſt; *Paterfam. vti ſuper ſua re pecuniáve legaſſit, ita ius eſto.* Itaque nullius momenti erit tutela in codicillis data, niſi teſtamenro ſint confirmati: *d. l. 1. §. 1. De confir. tutor.* Hæc enim exceptio ſubiicienda eſt, quia codicillorum teſtamento confirmatorum ſingulare ius eſt, vr quæcunque in iis ſcribunrur, perinde habeantur ac ſi in teſtamento ſcripta eſſent: *l. 2. §. codicillorum, D. de iur. codicill.*

d. l. 1. D. de teſtam. tute. l. 1 §. 1. D. de confir. tutor.

Si tamen in codicillis teſtamento non confirmatis tutorem liberis pater adſcripſerit, aut in qua alia vltima, ſed miuus ſolemni voluntate; confirmandus eſt omnimodo à Prætore, qui hac in re, vt & in cæteris fere omnibus ſolet ac debet ſequi patris voluntatem: *d. l. 1. & tot. tit. De confirm. tutor.* Nec enim titulus ille pertinet ad turotes rite datos, quos vtique conſtat non egere confirmatione, ſed ad eos qoorum dationem ſummo iure aliquid nullam facir, quòd dati ſint vel quibus non oportet, vel quomodo non oportet, vel vbi non oporter, vt in *d. l. 1.* ſcriptum eſt: iuncta *l. 3. eod. l. 3. De teſt. tutel.*

ILLATIO XXVII.

De tutore dato per auum nepoti recaſuro in poteſtatem patris.

Vicesimoſeptimò ex eodem Principio fit, vt qui filium in poteſtate, & nepotem ex eo æquè in poteſtate habet, ſi nepoti turorem dederit, ita rectè dediſſe videatur, ſi poſt eius mortem nepos in patris ſui poteſtatem recaſurua non ſit: quod euenir ſi viuo teſtatore filius in patris poteſtate eſſe deſierit: *d. l. 1. §. vlt. De teſta. tut. §. 3. hoc. tit.* Nepos enim recidens in patris

ſui poteſtatem poſt mortem aui, fieri nequit vt habeat tutorem, ne alioqui eueniat vt in duorum poteſtate ſit, & fictitium patrem ei demus qui verum habet: in quo haud dubiè non ſolùm iuris ratio, ſed etiam ius veri patris læderetur.

Itaque ad rem non facit quòd auus teſtamenti tempore, nepotem hunc non minùs quàm proprium ſuum filium habuerit in poteſtate; Non tam enim tempus illud quo tutor datus eſt inſpici debet, quàm in quod datus fuit, cùm in futurum tutela conferatur, id eſt, in id tempus quo morte finita erit poteſtas illa patria dantis tutorem. Quæ licet iuris quadam interpretatione ad tempus vſque pubertatis porrigatur ad effectum hunc inducendum, vt pupillo qui alioquin pleno iure ſuæ poteſtatis futurus eſſet tutor dari poſſit; in propoſito tamen id euenire non poteſt, cum auo mortuo alius reperiatur, in cuius reuera poteſtate ſit, nimirum pater. Itaque veritas excludit fictionem, nec vllum ei locum relinquit. Eademque ratio facit, vt nec pupillariter ſubſtituere huic nepoti auus poſſit, *l. 2. in princ. De vulg. & pupill. ſubſtit.* Ad patrem enim qui nepotem hunc, eundemque filium ſuum in ſua poteſtate poſt aui mortem habiturus eſt, pertinet, vt ei det ſicut tutorem, ita & hæredem.

ILLATIO XXVIII.

De milite dante tutorem liberis ſuis in alterius poteſtatem recaſuris.

VIceſimooctauò ex eodem Principio fit, vt nec militi permiſſum ſit liberis ſuis in alterius poteſtatem eo mortuo recaſuris tutorem dare: *l. 2 eo tit. De teſta. tute.* Nec enim aliter conſtitui poſſet in fauorem aui eiuſdemque militis citra patris iniuriam, qui ea ratione patriæ ſuæ poteſtatis iure fraudaretur. At priuilegia militum ad alienam iniuriam porrigi non oportet, vt neque cæterorum; *l. impuberis 40. De admin. tut.* vbi aliam quoque rationem nec minus elegantem huius noſtræ illationis Papinianus reddit, quod non in aliis ſupremam voluntatem imperitiæ venia detur, quam in bonis militum; filij verò tutela, inquit, iure patriæ poteſtatis, non militiæ præmio mandatur. Itaque ſi ponas è contrario filiumfamilias militem deceſſiſſe filio impubere inſtituto, eique in aui poteſtate manenti non ſolum ſubſtituiſſe, ſed etiam tutores dediſſe, ſubſtitutio quidem valebit, ſcilicet tanquam militaris, non tanquam pupillaris, id eſt, perinde ac alij cuilibet facta, qui nec filius eſſet nec impubes; ſed tutoris datio non valebit, quia hæreditati ſuæ miles qualem vult ſubſtitutionem facere poteſt, veruntamen alienum ius minuere non poteſt, vt eleganter Vlp. reſpondit, & à Diuis Fratribus reſcriptum fuiſſe teſtatur in *l. cùm filiusfamilias 28. De teſtam. milit.*

L. 1 D. de teſtam. tutel.

ILLATIO XXIX.

De tutore dato per patrem filio exhæredato.

VIceſimononò ex eodem principio fit, vt pater filio non ſolum hæredi inſtituto, ſed etiam exhæredato tutorem dare poſſit, *l. pater 4. D. de teſtam. tut.* Nam cum exhæredatio non tollat filio ius ſuitatis, vt probauimus *lib. 9. Coniect. cap. vlt.* & multo minus ius patriæ poteſtatis, quod nihil habet commune cum iure ſuccedendi, ex quo tamen potiſſimum ius ſuitatis æſtimatur, *l. ſcripto. 7. De vnd. lib.* conſequens eſt vt non poſſit adimere patri ius quod habet dandi filio tutoris, ſicut non impedit quominus filio impuberi ſubſtituere poſſit pupillariter, perinde ac inſtituto, *l. 1. §. ſubſtituere, l. ſed ſi plures 10 § ad ſubſtitutos, D. vulg. & pupill ſubſtit.*

Præſertim verò cùm tam tutela, quàm pupillaris ſubſtitutio, non in patris, qui filium exhæredauit, ſed in ipſius filij vtilitatem, & commodum cedat; cui ob id ſolum quod exhæredatus fuerit, hoc quoque commodum adimi eſſet inhumanum, vt hoc ſaltem habeat à patre, quod pater citra patrimonij ſui diminutionem ei dare & voluit & potuit, *arg. l. dotem 6.* in postrema illis verbis, *vt hoc ſaltem habeat ex paternis, D. de collat. bonor.* Tanto magis quod multi non notæ cauſa exhæredant filios, nec vt eis obſint, ſed vt eis conſulant, maxime impuberibus, eiſque dant fideicommiſſariam hæreditatem, *l multi 18. De liber. & poſthum.* Quamquam vix erat vt hoc caſu pater filio exhæredato, cui fideicommiſſariam hæreditatem dediſſet, tutorem ei daret. Solebat enim id fieri ab iis qui lubrico tutelæ fideicommiſſi remedium præferebant, vt Papinian. loquitur in *l. 3. §. cum Polidius, De vſur.*

ILLATIO XXX.

De matre, vel auia dante tutorem filio, vel nepoti.

TRigeſimò ex eodem Principio fit quod ſubiicit Modeſtinus in *d. l. pater*, in eo differentem eſſe conditionem matris à patre, quod cum pater filio ſiue inſtituto, ſiue exhæredato tutorem dare poſſit, vt proximè diximus, mater tamen non niſi inſtituto filio tutorem dare poteſt, multo minus auia, quaſi in rem potius, quàm in perſonā tutorem dare videatur. Etſi enim perſonis principaliter tutores dantur, bonis verò non niſi in conſequentias, fieri tamen nequit vt filium in aliena poteſtate conſtituat mater, quæ illum non habet in ſua, ne alioqui plus iuris in alium tranſtuliſſe videatur, quam ipſa habuerit, quod eſſet contra vulgares regulas iuris. Certum enim eſt, neque matrem, neque auiam habere liberos in poteſtate, *§ fœmina 10. ſuprà. De adopt. l. mulierem 5. C. eod.* vnde & Patriam poteſtatem, non Matriam appellamus; cumque fieri non poſſet vt filius in patris matriſque ſimul poteſtate eſſet, nemo non videt fuiſſe multò cōuenientius vt in patris poteſtate liberi eſſent, quàm in matris; vt diſputauimus ad *tit. De patr. poteſt.* Tutor tamen à matre vel auia datus filio, quem ipſa hæredem inſtituerit, confirmabitur à Prætore, ne alioqui decipiatur mater, vel auia, quæ pupillum hunc fortaſſis inſtitutura non fuerat, niſi bonorum quæ ipſi relinqueret conſeruandorum gratia huic, vel illi adminiſtrationem dediſſet. Quidni enim ipſi licuerit bonorum, de quibus diſponebat, adminiſtrationem pro arbitrio ei cui vellet dare, quamuis tutoris nomen vſurpauerit, pro eo quem debuerat potius dicere adminiſtratorem? Nam & ſi patronus, vel quiuis extraneus impuberi, quem hæ-

d. l pater 4. D. de teſtam. tutel.

redem inſtituerit, tutorem dederit, & extra ea nihil in bonis habeat pupillus, placet iudicium eius ſequendum eſſe, qui & perſonam eius quem tutorem eſſe voluit nouerit, & impuberem ita dilexit vt hæredem eum inſtitueret: *l. ſi patronus 4. D. de confirm. tutor.* Vbi notandum eſt quod lex ait *& extra ea nihil in bonis habeat pupillus*, Vt intelligamus ſi alia bona pupillus habeat, non eſſe iudicium patroni, aut alterius extranei teſtatoris ſequendum, quia ſicut abſurdum eſſet velle illum dare legem adminiſtrationi bonorum, quæ aliunde quàm à ſe pupillus haberet, ita & illud abſurdius tutorem dari alicui pro bonorum parte duntaxat. In eoque melior conditio eſt matris, vel auiæ, quàm patroni vel extranei cuiuſlibet. Etſi enim non niſi inſtituto filio tutorem dare mater poteſt, vt diximus, poteſt tamen ei dare qui etiam aliud patrimonium habeat, dummodo non habuerit alium tutorem à patre. Alioquin tutor à matre datus non niſi materni patrimonij adminiſtrationem habebit, reliquorum omnium is, qui à patre datus fuerit. Ideo autem & qui habet tutorem à patre, accipere adhuc poteſt à matre, & qui à matre datus eſt alio exiſtente, maternorum duntaxat bonorum adminiſtrationem habet, quia in rem potius, quàm in perſonam datus intelligitur *d. l. pater.* Vt proinde ad rem pertinere non poſſit, ſi quis hoc caſu obiiciat quod toties diximus, tutelam ſui natura indiuiduam eſſe: Tunc enim id obtinet, cùm tutela datur perſonæ quæ ipſa indiuidua eſt.

Plus poteſt mater & auia quàm patronus vel extraneus in tutore dando impuberi inſtituto.

d. l. pater 4. D. de teſtam. tutel.

Tutela indiuidua.

Harmenop. lib. 5. tit. 11.

Quod cùm ita ſit, non abs re quis miretur, quod ſcribit Harmenop. *lib. 5. tit.* 11. etiam viuente viro matrem communi filio rectè tutorem relinquere, cùm viuente patre filius qui ab eo emancipatus non ſit, neque maternum, neque aliud patrimonium habere poſſit, niſi reſtringas eam ſententiam ad ius nouum à Conſtantino primùm inductum, quo factum eſt vt bonorum maternorum proprietas ad liberos, quamuis in poteſtate conſtitutos pertineat, ſolo vſufructu patri relicto: *l. 1. C. de bon. matern.* Sed tum quoque mirum eſt permitti matri, vt filio patrem habenti det tutorem ob materna bona, quorum adminiſtrationem pater ipſe habere debeat. Si non illud etiam ponas, vt mater quæ alioquin odio fortaſſis mariti alium hæredem inſtitutura fuerat, filium hæredem ſcripſerit hac lege, vt neque vſusfructus neque adminiſtratio bonorum maternorum ad patrem pertineret. Id enim cur non ſaltem hodie matri liceat, quod licet alij cuilibet filiumfamilias inſtituenti? *Nouell. 117. Vt lic. matr. & auiæ, cap. 1.* vnde ſumpta eſt *Auth excipitur, C. de bon. quæ liber.* Hoc verò ſaltem caſu nemo non videt neceſſarium eſſe dari filio tutorem, aut vt melius dicam, curatorem à Magiſtratu, ſi mater ipſa non dederit. Multò igitur magis matris, vt ipſa det, erit permittendum.

Sed & olim idipſum habere locum poterat, ſi mater filium ſuum hæredem inſtituiſſet, non quidem purè, ſed ſub illa conditione, quæ & vulgaris & frequens erat, *ſi pater filium emancipaſſet*, vt in *l. duos 70. l. ſi cui 92. cum l. ſeq. D. de condit. & demonſtr. l. quidam 46. D. de hær. inſtit.* Cùm enim non aliter aut prius hæres fieri poſſet filius quam impleta inſtitutionis conditione, conſequens erat vt patria poteſtas quæ tunc per emancipationem extincta reperiretur, non poſſet impedire quominùs eodem teſtamento tutorem filio dare mater potuiſſet. Plus autem iuris hac

Conditio emancipationis

iure matrem habere quàm patronum, aut alium quemlibet extraneum, minùs mirum eſt, quia licèt non magis quàm cæteri habeat filium in poteſtate, hoc ipſo tamen quod mater eſt, maiorem erga illum affectionem habuiſſe credenda eſt, vt melius quoque ipſi proſpectum eſſe voluerit.

An igitur ſimiliter dicemus tantundem iuris eam habere, quantum habeat pater in dando tutorem filio quem deſierit habere in poteſtate? Minimè. Pater enim matrem vincit, ſi non in ea, quæ per naturam vtrique parenti communis eſt, erga liberos affectione, ſanè in eo quod plus habet iudicij & conſilij ad bene filio proſpiciendum. Ob idque placet tutorem à patre non ritè datum, ſiue quòd non haberet filium in poteſtate, ſiue quòd neque in teſtamento, neque in codicillis teſtamento confirmatis tutorem dediſſet, omnimodo confirmandum eſſe. id eſt, ſine inquiſitione; *d. l. pater, l. ſi filio 6. D. de confir. tut.* nedum ſine ſatiſdatione, *l. qui à patre 3. eod. l. 2. C. eod.* cùm tamen in confirmando tutore quem mater dedit, inquiſitio prorſus neceſſaria ſit, licèt ſatiſdatio non item; *l. 1. & vlt. D. eo.* quia nec alij ab alio quolibet dati ſatiſdant, ſi ex inquiſitione vel dati vel confirmati ſint; *l. 8. D. de curat. furio. & tit. De ſatiſd. tut. in princ. infr.*

Quamquam inquirere ante omnia Prætor debet, non quidem an tutoris à patre dati perſona ſit apta & idonea, quaſi patris voluntatem emendaturus, ſed an durauerit patris voluntas, quod in facili quidem eſt, ſi proximo mortis tempore non iure tutores vel curatores ſcripſerit pater. Sed ſi ante aliquot annos, vt medio ſpatio potuerit fieri diminutio facultatum tutoris non iure dati, vel morum tutoris improbitas emerſerit, quæ antè celata fuerat, vel ignorata, aut inimicitiæ cum patre exarſerunt, vel medio tempore contractum aliquem damnoſum tutor cum fiſco miſcuerit, vtilitatē pupillorum ſequetur Prætor, non ſcripturam teſtamenti vel codicillorū. Nam patris voluntatem ita accipere Prætor debet, ſi non fuit ignarus ſcilicet eorum, quæ ipſe Prætor de tutore cōperta habet. Quid denique ſi poſteà de eo quem pater teſtamento vel codicillis non iure dedit, ſcripſerit tutorem eſſe nolle? Nempe non ſequetur Prætor primam voluntatem, à qua etiam pater ipſe receſſerit, *l. in confirmando 8. cum duab. ſeqq. D. de confir. tut.* At tutor à matre datus quamuis æquè confirmandus ſit à Prætore, adeóque ſine ſatiſdatione, *Rem pupilli ſaluam fore*, quomodo & is qui ab auia datus fuit, *l. vlt. eod.* non tamen ſine inquiſitione; *l. 2. eod. l. 1. C. eod.* quia matris conſilium ſuſpectum eſt Prætori, non quaſi minus habeat fidei & affectionis erga filium quàm pater, ſed quia minùs habet iudicij & prudentiæ, qua maxima opus eſt ad eligendum impuberi tutorem, qui vice patris eſſe debeat.

ILLATIO XXXI.

De curatore dato per patrem in teſtamento.

Trigeſimoprimò ex eodem Principio fit, vt curator teſtamento nec à patre rectè detur; *l. 1. §. vlt. D. de confirm. tuto. §. 1. infr. De curat. l. pen. C. de teſtam. tute l. curatorem 6 C. de negot. geſt.* Quamuis enim curator nullam poteſtatem habeat in perſonam, tamen habet adminiſtrationem

nem bonorum, quam vtique abſurdum ſit ab eo dari, qui nullum ius habuerit patriæ poteſtatis, autqni habuerit quidem, ſed deſierit habere, quomodo deſinit ille, qui moritur, & filium puberem relinquit; quoniam patria poteſtas quæ per mortem patris reuera extinguitur, nec per fictionem quidem vltra pubertatis aduenientis tempora extendi poteſt, cùm eo tempore non omnino patre egeat is, qui ſibi aliquo modo conſulere per ætatem poſſit.

Quid igitur ſi pater curatorem dederit filio ſed impuberi? Non valebit datio, quia licèt impuberi prouidere pater poſſit etiam poſt mortem ſuam, quaſi remanente quadam imagine patriæ poteſtatis, hactenus tamen ei prouidere poteſt vt tutorem det, non vt curatorem: nec ſi pater miles proponatur, aliud tamen iuris erit, quia nullum hac in re militis priuilegium eſt, *l. impuberi 40. D. de admi tut.* Confirmare tamen eum Prætor debebit citra inquiſitionem, ſicut & ſi puberi datus eſſet, *d. l. 2. §. vlt. l. ſi filio 6. De confir tut.* vbi non video cur Haloander pro *puberi*, maluerit reponere *impuberi*, & contra *impuberi*, pro *puberi.* Nam ſi quis ponat patrem filio impuberi dediſſe tutorem, puberi verò curatorē. Dicā curatorem quidē egere confirmatione, ſed non tutorem; niſi ponas datum eum inutiliter ex aliqua cauſa, putà in codicillis teſtamento non confirmatis, aut filio impuberi iam emancipato. Atqui Papin. in *d. l. 6.* tractat eum caſum quo tutor à patre datus, non minùs egeat confirmatione quam curator. Tutorem igitur puberi datum fuiſſe ponendum eſt, & impuberi curatorem. Quamquam inter hos caſus differentia illa eſt, quod cum tutor puberi datus eſt, non ſolum confirmanda eſt patris voluntas, ſed etiam ex parte vt confirmetur, immutanda: vt nimirum qui tutor fuit nominatus, curator fiat: deinde tanquam curatot confirmetur. Cùm verò curator impuberi datur, non eſt neceſſe fieri commutariunem voluntatis vt ex curatore tutor fiat, quia nihil vetat impuberi dari curatorem, vt euenit cùm datur iam habenti tutorem, quamuis pubes tutorem habere nunquam poſſit.

Neque tamen improbabile eſt, eum quem pater impuberi curatorem dederit, confirmandum eſſe, non tanquam curatorem, ſed tanquam tutorem: Ne alioqui euenire neceſſe eſſet, vt vel tutorem nullum haberet pupillus, cuius tamen intereſt tutorem habere potiùs quàm curatorem, vel alium ei adminiſtratorem dari oporteret, quàm quem pater ei elegiſſet. Tam facile autem eſt Magiſtratui errorem illum patris corrigere, confirmando tutorem eum, quem pater curatorem nominaſſet, quàm confirmare tutorem eum, quem pater vel in teſtamento minùs ſolenni, vel in codicillis teſtamento non confirmatis, vel impuberi emancipato tutorem dediſſet.

ILLATIO XXXII.

De confirmando tutore dato per patrem filio naturali.

TRigeſimoſecundò ex eodem Principio fit, vt naturali filio tutor fruſtra detur etiam à patre, adeò vt nec ſine inquiſitione confirmandus ſit, non magis quam ſi à matre datus fuiſſet; *l. naturali 7. D. de confirm. tutor.* Nam cùm naturales filij non ſolùm in poteſtate patris naturalis non ſint, ſed nec vnquam fuerint, in quo deterioris conditionis ſunt quàm emancipati (naturales enim hic appellamus, qui extra iuſtas nuptias in ſeruitute & contubernio ſuſcepti, deinde cum parentibus manumiſſi ſunt, ius autem patriæ poteſtatis non niſi ex iuſtis nuptiis proficiſcitur, vt diximus ad *tit. De patr. pot.*) apparet non plus iuris poſſe habere patrem naturalem, quàm matrem in hoc, vt filio naturali det tutorem, ſiquidem ius quoque dandi tutoris pendet, vt diximus, ex ea patria poteſtate.

L. naturali 7. D. de confirm. tutor.

Ex quo intelligimus id quod ſupra diximus tutorem à patre minus ritè datum, à Magiſtratu confirmandum eſſe ſine inquiſitione, non ex eo fieri quod de patris electione plurimum lex confidat, nullúſque affectus vincat paternum, quæ vulgaris Interpratum noſtrorum ratio eſt; Sed ex patriæ poteſtatis iure deſcēdere. Alioqui nulla ratio eſſet cur patrem naturalem à legitimo hac parte ſeparari oporteret, cùm in iis quæ ad naturalem illam adfectionem pertinent, nulla inter eos differentia ſit, nec minus pater ſit qui naturalis tantum eſt, quàm qui legitimus. Quinimo nec negari poteſt maiorem eſſe affectum illum naturalem in patre naturali, quàm in patre adoptiuo, qui patris ius & nomen habet à legibus duntaxat, non etiam à natura: *l. 1. D. de adopt.* Et tamen nemo dubitat quin tutor à patre adoptiuo datus inutiliter, perinde confirmandus ſit ſine inquiſitione, ac ſi à patre naturali & legitimo datus eſſet. Nihil ergo hìc eſt quod intueri debeamus præter patriam poteſtatem.

Obſeruandum tamen eſt in *d. l. naturali*, verba illa, *cui nihil relictum eſt*, Triboniani eſſe, reſpicientis ad *d. l. vl. C. eo tit. de confirm tutor.* vt ſcripſimus ad *Prin. 2. de nupt. illat.* 1. Nihil enim hac in re poteſt referre, an filio naturali nihil prorſus, an bona ſua omnia reliquerit pater naturalis, qui ei tutorem dedit; cùm non magis vno caſu quàm alio habeat filium in poteſtate.

At quoniam de tutore per inquiſitionem confirmando toties locuti ſumus, illud prætermittendum non eſt quod ſubiicitur in *d. l. naturali.* Si quæratur an ex inquiſitione tutor rectè datus ſit vel confirmatus (eadem enim dationis & confirmationis hac parte ratio eſt) quatuor hæc conſideranda eſſe; An is dederit, vel confirmauerit qui dare, vel confirmare potuit; An ille acceperit cui fuerat dandus, vel confirmandus; An is datus, vel confirmatus ſit, cuius dandi, vel confirmandi facultas erat; An denique pro tribunali interpoſitum fuerit decretum. Cùm enim nihil aliud ſonet ipſum Inquiſitionis nomen, niſi diligentem & exactam cauſæ cognitionem; conſequens eſt, vt pro tribunali tantùm, non etiam de plano expediri poſſit: *l. nec quicquam 9. § vbi decretum, de off. procon. l. 1. §. abolitio, D. ad SC. Turpil. l. omnia quacunque 71. l. vbicumque 105. De regul. iur.*

Sed & obſeruandum eſt, quoties tutor aliquis, vel curator confirmatur ſine inquiſitione, qui non niſi cum inquiſitione, qui non niſi cum inquiſitione confirmandus erat, onerandum eum ſatiſdatione, alioqui actionem eo nomine cōtra Magiſtratum, qui eum confirmauerit, dandam eſſe; ſi poſteà tutor ille, vel curator minùs idoneus probetur: *l. tutores 5. D. de confirm. tut.* vbi hoc ipſum Papinianus reſpondit eo quoque caſu, quo tutores à patruo datos iuſſerat Prætor con-

firmari

firmati à Magiſtratibus. Hi magiſtratus, inquit, cautionē accipere debuerunt, nec voluntas eius qui tutorem dare non potuit, eorum negligentiam excuſabit, quomodo excuſaret ſi tutorem dare teſtator potuiſſet. Nam nec Prætor decretum antè interponere poteſt, quàm tutoribus iſtis per inquiſitionem idoneis pronunciatis. Vnde ſequitur, inquit Papin. vt ſi tutelæ tempore ſoluendo non fuerunt in id quod de bonis eorum ſeruari non poſſit, actio contra Magiſtratus decernatur. Neceſſe enim eſt malè ab iis factam inquiſitionem, cum idoneos eſſe tutores pronunciauerunt eos, qui reuera idonei iam tunc non erant, & quibus tamen prætextu factæ inquiſitionis ſatiſdationem remitti oportuit, quoniam fides inquiſitionis pro vinculo cautionis cedit, vt idem. Pap. loquitur in *l. ſi impuberi 13 in fin. De tutor. & curat. dat.* quandoquidem non ſolùm abſurdum eſſet, verùm etiam iniquum, cautione onerari cum qui idoneus pronunciatus eſſet: *l. bonorum 6. D. de cur. furioſ. & tit. De ſatiſd. tutor. in princip.*

ILLATIO XXXIII.

De curatore per auiam dato nepotibus cum fideicommiſſo hac contemplatione relicto.

L. vlt. D. de confir. tut. TRigeſimotertiò ex eodem Principio fit quod Scæuola reſpondit in *l. vlt. D. de confir. tutor.* Si auia nepotibus curatorem dederit, fideicommiſſo, aut legato aliquo hac contemplatione, quod in dubio præſumendum eſt, ei relicto, non quidem poſſe compelli eum vt curam ſuſcipiat & adminiſtret, cùm reuera curator non ſit, quem ſuprà diximus nec à patre teſtamento dari poſſe, quantò minùs ergo ab auia? Sed tamen cùm ei teſtamento aliquid datum proponatur, quocunque tandem titulo datum id fuerit, ſiue legati, ſiue fideicommiſſi (quid enim referre poteſt?) teneri eum ex fideicommiſſo, vt idipſum qood à nepotibus accepiſſet, iis redderet ſi non curam ſuſciperet, niſi mallet ille vltro, vel quod ſibi datum eſſet necdum traditum non petere, vel quod ſibi iam ſolutum eſſet, reddere.

At cur ex fideicommiſſo cùm nulla fideicommiſſi verba in nepotum fauorem vſurpata fuiſſe ponamus? Nimirum, quia hoc ipſo quod tutor vel curator aliquis datur, fidei eius committitur, vt vel perſonæ, vel patrimonij, vel vtriuſque ſimul adminiſtrationem ille ſuſcipiat; quod ſi facere nolit, quia non cogitur, (ſoli enim legitimi coguntur, vel qui à Magiſtratu aliquo alio, quam agnationis, vel cognationis inte dantur) æquum eſt eam fieri interpretationem, vt fideicommiſſum illud ſuſcipiendæ tutelæ, vel curæ conuertatur in aliud fideicommiſſum reſtituendi totius commodi, quod ea contemplatione fuerat iam conſequutus; ne alioqui eueniturum ſit, vt teſtantis voluntas circumueniatur: *arg. l. ſi cui 92. De cond. & demonſt.*

Nec enim poſſumus hîc remedium illud adhibere, quod adhiberi ſolet cùm duo legata, vel fideicommiſſa relicta ſunt, quorum alterutrum habeat aliquod onus; quo caſu diximus non poſſe illud repudiari. ſi alterum quod onus nullum habet, agnoſcatur: *l. 5. de legat. 2. l. à filio 15. D. de alim. legat.* Nempe quia hîc vnum duntaxat fideicommiſſum fuit, idque curatori relictum non à curatore: in quo differt hæc ſpecies ab illa de qua in *d. l. à filio*.

Neque ruſum poſſumus dicere, fideicommiſſum curatori ſolutum, ei condicendum eſſe tanquam indebitum; cùm debitum fuiſſe negari non poſſit, quod & apertis & aptis verbis relictum eſt; cúmque in vltimis voluntatibus nunquam ſit locus condictioni ob cauſam dati cauſa non ſecuta, quia cauſa propter quam datur aliquid per hæredem ex vltima defuncti voluntate alia non eſt, quàm ipſa defuncti voluntas, quæ effectum & exitum habere omnino debet: Ob idque cautionibus expediri res ſolet, ſi quando is cui teſtator aliquid præſtari voluit, viciſſim ex parte ſua poſtmodum aliquid dare, vel facere debeat aliter quàm per ſpeciem conditionis, vt cernere eſt in cautione Muciana, & ſimilibus, quæ non niſi froſtra interponerentur, ſi poſſet locus eſſe condictioni, non ſecuto ex parte legatarij, aut fideicommiſſarij implemento, quod teſtator ſequi voluiſſet. Ergo poſtquam fideicommiſſum curatori ſolutum eſt, qood ei teſtator dederat contemplatione ſuſcipiendæ curæ, aliud nihil eſt quod poſſimus dicere, ne teſtantis voluntas circumueniatur, quàm vt illud ipſum quod accepit, ex fideicommiſſo reſtituere teneatur.

Sequens quæſtio apud Scæuolam tractata in *d. l. vlt.* illa eſt, An curator hic nepotibus ſatiſdare debeat. Reſpondet verò quaſi curatorem non debere, cùm neque curator ſit, neque ſine inquiſitione confirmetur; inquiſitio autem, vt iam diximus, vice ſatiſdationis cedat: Sed alia ratione cogendum eum ſatiſdare, Nempe quòd fideicōmiſſi nomine ſit obligatus ſub illa veluti conditione, ſi neque curam ſuſcipere volet, neque quod acceperit, reddere. Tritum enim eſt fideicommiſſorum & legatorum in diem, vel ſub conditione relictorum nomine ſatiſdari oportere Prætoris edicto; De quo in *tit. vt legat. ſeu fideic. ſeruan. cauſ. caueat. D.* nec tantum ab hærede, ſed à cæteris etiam omnibus qui fideicommiſſo onerari poſſunt, inter quos vtique & legatarius & fideicommiſſarius quilibet eſt, quamuis conſtet à legatario legati olim non potuiſſe *§. 1. infr. de ſingul. reb. per fideic. relict.* *Alia quæſtio d. l. vlt. D. de confir. tutor.* *Tit. vt legat. ſeu fideicom. ſeruand. cau. caueat.*

ILLATIO XXXIV.

De tutore vtiliter dato à Magiſtratu ei, cui pater inutiliter dederat.

TRigeſimoquartò ex eodem Principio fit, vt ſi pupillo pater teſtamento inutiliter tutores dederit, & priuſquam hi confirmarentur, alij ab eo cuius interfuit, id eſt qui ius dandi habuit, dati ſint, id quod iure geſtum eſt reuocari non oporteat, ſed manere debeant tutores qui fuerunt: *l. pen. C. de confir. tutor.* Illa enim tutoria poteſtas ſicuti patriæ poteſtatis portio quædam eſt, ita & eius exemplo, ſemel acquiſita, non niſi certis & legitimis modis amittitur. De quibus *infr. ti. quib. mo tut. finit.* Nec quod teſtamentaria tutela cæteris omnibus præferri & ſolet, & debet, ad rem facit: Non enim teſtamentaria tutela dici poteſt, quæ inutiliter, quamuis in teſtamento data eſt. Sed tamen an illi, qui iudicium patris habent, curatores eidem pupillo conſtitui debeant, aditus competens iudex perſpectis

ſpectis vtilitatibus pupilli æſtimabit: *d.l.penult.* Ea quo intelligimus tanto apertius vetum eſſe, quod ſuprà dicebamus, nihil vetare quominus a Magiſtratu confirmentur tanquam tutores ij, quos pater dederat, vt eſſent curatores; ſicut è contrario in propoſito euenit, vt confirmandi ſint tanquam curatores, qui tamen dati fuerant, vt tutores eſſent.

Dati à patre tutores confirmandi ſunt tanquam curatores.

ILLATIO XXXV.

De tutore dato per patrem naturalibus liberis ex concubina ſuſceptis.

TRigeſimoquintò ea eodem Principio fit, vt naturalibus liberis ſuſceptis, non in ſeruitute & ea contubernio, vt illi de quibus diximus *illat.* 32. ſed ea concubina, quibus *naturalium liberorum* nomen primus Conſtantinus dedit: vt Iuſtin. refert *Nouell.* 89 *quib. mod. natur. effic. ſui*, *in princip.* tutorem date pater non poſſit, niſi quatenus hæc ipſi licentia data eſt à Iuſtiniano in *l. vltim. C. de confir. tutor* id eſt quantum ad eas duntaxat res pertinet, quas pater ipſe quocunque modo ei dederit. vel reliquerit, ſcilicet intra eum modum qui eiuſdem Iuſtiniani legibus fuit præfinitus, & ſecundum eas diſtinctiones de quibus in *Auth licet. C. de natur. liber.* Sed & hoc ipſo caſu non fecit Iuſtinianus, vt ipſo iure tutor ſit ille, quem filio naturali pater dederit, at illud tantùm, vt à competenti iudice ante omnia confirmari debeat, & ita poſt confirmationem res gerere pupillares. Nimirum quia fieri nequit, vt ipſo iure tutor ſit ille, quem dederit pater qui non habeat filium in poteſtate, nec rurſum vt habeat quis in poteſtate ſua liberos ea concubina ſuſceptos, cùm non niſi per iuſtas nuptias, vt toties diximus, patriæ poteſtatia ios acquiratur.

Illud minùs mirum eſt, quod idem Iuſtin. conſtituit in *l. vlt. C. quand. mul. tut e. offic. fung. pot.* vt ſi pater liberis ſuis naturalibus tutorem non dederit, in iis ſcilicet quæ ab ipſo ad liberos peruenerunt, mater autem eorum tutelam ſubire velit, non minus id ei liceat, quàm ſi iuſti & legitimi eſſent liberi, eadem prorſus ſolennitate interueniente Nam ſi in liberis iuſtis, in quibus & teſtamentariæ & legitimæ ſunt tutelæ, matribus tamen conceditur ad prouidentiam filiorum ſuorum venire, ſcilicet aliis tutelis deficientibus tam legitimis, quam teſtamentariis, ſecundum ius Codicis de quo in *l. 1. eod. tit.* (nouiſſimo enim iure ſolis teſtamentariis tutoribus poſtponi matrem Iuſtinianus voluit *Auth. matri & auiæ, eo tit* multò magis vbi legitimę tutelæ deficiunt, ſaltem alias matribus dare humaniſſimum eſt; vt ratiocinatur idem Iuſtin. in *d. l. vlt.* Tantò magis quod & iam antea Imp. Zeno induxerat, vt naturalibus quoque iſtis liberis, ad ſimilitudinem eorum qui ex legitimis nuptiis procreati eſſent, matres petendorum tutorum neceſſitatem haberent; alioquin iis quandocunque poſtea decedentibus, ſuccedere ab inteſtato & ex Tertulliano non poſſent: *l. vlt. C. qui pet. tut. vel curat.*

ILLATIO XXXVI.

De tutore dato filiis, vt etiam poſthumis datus videatur.

TRigeſimoſextò ex eodem Princip. fit, vt ſi quis filiabus ſuis, vel filiis tutores dederit, etiam poſthumæ videatur dediſſe, quia filiæ appellatione etiam poſthuma continetur: *l. ſi quis filiabus* 5. *D. de teſt. tute.* Nempe quoniam hoc caſu poſthumi habentur pro natis, *§. cùm autem, hoc tit.* vt & aliàs quoties de ipſorum commodo agitur, *l qui in vtero* 7. *l.* 26. *de ſtat. homin.* Quid enim poſthumo vtilius eſſe poteſt, quàm vt cùm naſcetur reperiens ſe ſine patre, repetiat ſaltem aliquem qui patris loco eſſe queat? Quamquam ex ipſa etiam nominis proprietate verum eſt, filiæ nomen in poſthumam quoque cadere, tametſi non ſimiliter nomen poſthumæ cadat in eam, quæ in rebus humanis iam ſit: *l. nomen filiarum* 164 *de ver. ſign.*

L. ſi quis filiabus 5. *D. de teſt. tut. §. cùm autem hoc tit.*

Sed tamen aliquid ſpeciale eſſe ob fauorem tutelæ ea eo intelligimus, quod ſi de legato filiabus relicto ageretur, non aliter dicendum eſſet videri patrem in filiarum legato de poſthuma quoque ſenſiſſe, quam ſi aliqua parte teſtamenti mentionem poſthumæ feciſſet, *l. qui filiabus* 17. *in prin. de legat.* 1. At quamuis pater, qui filiabus tutores dedit, nulla teſtamenti parte fecerit mentionem poſthumæ, non eo minus tamen poſthumæ quoque tutorem dediſſe videbitur: ea nimirum ratione, quæ à nobis proximè allata eſt, quod poſthumorum omnium interſit ita ius conſtitui, vtque hac parte nulla differentia ſit inter poſthumos & filios iam natos.

Quid ſi nepotes ſint? An appellatione filiorum comprehendentur nepotes, vt iis quoque tutor datus eſſe videatur. Et magis eſt, vt ipſis quoque datus videatur, ſi modo *liberos* pater dixit: non etiam ſi *filios* Aliter enim filij, aliter nepotes appellantur: *l quid ſi nepotes* 6. *eo. ti. de teſt. tut.* quamuis nec nouum ſit, vt filiorum appellatione etiam nepotes contineantur, & generaliter omnes qui ea nobis deſcendunt, quia non dulciore quàm *filij* nomine poſſumus nepotes noſtros appellare, cùm idcirco filios filiáſve & concipiamus, & edamus, vt ex eorum earúmve prole diuturnitatis memoriam nobis in æuum relinquamus, vt eleganter tractat Calliſtratus in *l. liberorum* 220 *De ver. ſign.* quò etiam pertinet *l. filij* 84. *l. iuſta interpretatione* 201. *eod. tit.* vbi addit Iulianus ſimiliter *Patris* nomine Auum quoque interdum demonſtrari, vt & in *l. patri* 20. *D. ad leg. Iul. de adult* Patres dixit Pap. pro parentibus omnibus, qui ſunt ſuprà patrem. Sic & Senatuſc. Macedonianum quamuis de filiisfamilias duntaxat locutum, ad nepotes quoque extenditur: *l. ſi filius* 6. *C. ad SC. Mace.* ea rationis ſcilicet identitate: itemque Senatuſconſultum illud, quo cautum eſt ne tutor pupillam, vel filio ſuo, vel ſibi nuptam collocet, de quo in *l. ſenatuſ.* 59. *de rit. nup.* Sed & in teſtamentis eadem ratio voluntatis plerumque facit, vt qui de filiis tantum locutus eſt, de nepotibus quoque ſenſiſſe intelligatur, vt in *l. vxorem* 41. *§. concubinæ de leg.* 3. Cur ergo in tutela aliud reſpondemus, vt tutela filiis data ad nepotes non protrahatur? Præſertim cùm tutela fauorabiliſſima ſit, & qua vix aliud quicquam fauorabilius? Ratio alia quærenda non eſt, quàm quæ *ſuprà* iam à nobis allata fuit ea

Vlp.

Digitized by Google

Vlp. quod aliter *filij*, aliter *nepotes* appellentur. *Cur tutor filiis datus, non intelligatur etiam datus nepotibus.* Quare enim de filiis tantùm locutus eſſet pater, non de liberis, ſi de tutore nepotibus quoque dando cogitabat? Neque verò hæc ſententia impugnat vtilitatem nepotum, qui non eo minùs tutorem ſunt habituri a Magiſtratu, adeóque tutiorem qui ſcilicet non ſit dandus niſi cum inquiſitione, vel cum ſatiſdatione Nec rurſum tanta poteſtas quanta eſt tutoria, temerè concedi tanquam ex defuncti voluntate debet ei, qui pro ſe non habeat apertam defuncti voluntatem At non poteſt dici aperta voluntas teſtatoris de tutore nepotibus dando, cùm ille nec nepotes, nec liberos, ſed filios tantùm nominauit: fatendúmque eſt cùm appellatione *filij* nepotem quoque comprehendi dicimus, non ex dictionis proprietate id fieri, ſed per interpretationem; quæ licèt iuſta dicatur in *d. l. 102. de verb. ſignif.* eius tamen inducendæ, nec æquitas, nec neceſſitas vlla eſt, cùm de tutore nepotibus dando tractatur.

Planè ſi poſthumis generaliter tutores dati proponantur, tam filij poſthumi, quàm cæteri liberi, id eſt etiam nepotes, dummodo tamen poſthumi, continebuntur: *d. l. quid ſi nepotes, in fin.* Quid ergo ſi poſthumi quibus tutorem teſtator dederat nati ſint eo viuo? Dubitandi cauſa eſt, quia non ſunt iſti verè poſthumi, ſed tantùm poſthumorum loco: *l. 3 §. 1. l. poſthumor. 13. D. de inuſt. rupt.* Sed tamen magis eſt, vt vtilis ſit datio: *l. ſi quis ita 16. § vlt. D. de teſtam. tut.* Cur enim patiatur, vt tutela ritè ab initio data, ex cauſa felicioris euentus infirmetur?

Quid ſi quis ita tutores dederit, *Filiis meis tutorem do.* In ea conditione eſt, vt tam filiabus quàm filiis dediſſe videatur: *d. l. 16.* Filiorum ſiquidem appellatione etiam filiæ continentur, quamuis non ſimiliter è contrario filiarum nomine etiam maſculi comprehendantur. Id enim exemplo peſſimo eſſet fœminino vocabulo maſculos contineri: *l. ſi ita ſit ſcriptum 45. de leg. 2. l. ſeruus legatis 81 de legat 3.*

Illud magis mirum eſt, quod ſequitur in *d. l. 16.* Si quis filio tutorem dederit, & plures filios habeat, omnibus filiis dediſſe illum videri, ne alioqui nulli dediſſe videatur, quod eſſet multò abſurdius. Quamquam de hoc Pomponius dubitat. Quod ſi quis liberis tutores dederit, vel filiis, & habeat quoſdam apud hoſtes, etiam ipſis dediſſe videbitur, ſi non aliud apertè probetur
d. l. ſi quis ita 16. ſenſiſſe teſtatorem: *d. l. ſi quis ita 16. § vlt.* In eum nimirum caſum quo filius ille ab hoſtibus redierit. Alioqui cùm reuera ſeruus ſit, apud hoſtes manens, conſequens eſt, vt tutorem habere non poſſit, ſecundùm ea quæ diximus *illat. 15.*

Planè ſi quis cùm ignoraret ſe filium Titium habere, filiis, etiam addito, ſi vales, *omnibus* tutores dederit; magis eſt, vt iis tantùm dediſſe videatur, quos ſcit in poteſtate ſua ſe habere, non etiam huic quem ignorauit ſe habere. Licèt enim filiorum nomen ipſum quoque admittat, cùm tamen de ipſo teſtator non ſenſerit, abſurdum eſſet ad eum protrahi dationem: *d. l. 16. §. ſi quis cum ignoraret.* Nec enim voluntas cuiuſquam vlla eſſe creditur circa id, quod ignorat: *l. is qui vſumfructum 20. D. quib. mod. vſusfr. amitt.*

Quod tamen diximus de tutore dato poſthumis, ſic accipiendum eſt, vt non aliter poſſit videri datus tutor quam poſthumus natus fuerit, quia nec priùs vlla perſona eſſe intelligitur, cuius tutor eſſe poſſit, quandoquidem partus nondum editus, immo nondum eſt: *l. in lege 9. D. ad*

leg. falcid. ideóque ſi quid geſſerit quamuis tanquam datus tutor, nec poſtea naſcitur poſthumus, tutelæ actione teneri non poteſt, ſed tantùm negotiorum geſtorum, ſi credimus Calliſtrato in *l. cum pater 26. De neg. geſt.* & Vlp. *in l. ſi nemo 19. § vltim. De teſtam. tut.* potiùs quam Paulo qui neque hanc negotiorum geſtorum actionem ei dandam putauit, ſed tantùm vtilem & ſubſidiariam: *l. pen. De tute. & rat. diſtr.* vbi rationem reddit non inelegantem, quod non poſſit videri tutor adminiſtraſſe negotia eius qui numquam natus fuit: Priùs enim perſonam aliquam eſſe neceſſe eſt, quam vt illius negotia geſta dici poſſint. Ergo ſi partus editus fuerit, deinde hic tutor priuſquam aliquid gereret remotus fuerit, idem erit dicendum, vt ſcilicet de iis quæ geſſit ante natum poſthumum non teneatur tutelæ, ſed vel negotiorum geſtorum, ſecundum Vlp. & Caliſtr. vel vtili ſecundum Paulum, quia nihil refert, quod ad hoc an poſthumus nullus natus ſit, an eo nato nihil tutor geſſerit. Cæterùm ſi quid geſſit poſt editum partum, ſiue ſubinde remotus ſit, ſiue non ſit, de eo quoque quod ante geſſit, tutelæ iudicio tenebitur, & omnis adminiſtratio veniet in hanc actionem: *d. l. cum pater, & d. l. nemo 19. §. vlt. de teſt. tutel.*

ILLATIO XXXVII.

Tutores non ab hærede, ſed à teſtatore protinus & immediatè proficiſci.

Trigeſimoſeptimò ex eodem Principio fit quod Paulus ſcribit in *l. tutores 7 D. eod. tit. de teſtam. tut.* tutores non ab hærede, ſed à teſtatore protinus, id eſt non ſtatim quidem (expectanda enim eſt hæreditatis aditio, vt datio tutorum valeat) at immediatè proficiſci ſimulatque aliquis hæres extitiſſet. Cùm enim ex patriæ poteſtatis iure fiat, vt liberis ſuis tutorem dare pater poſſit, nec patriæ poteſtatis ius tale ſit, vt tranſeat ad hæredem, conſequens eſt, vt non ab hærede patris, ſed à patre ipſo tutelæ rectà & immediatè proficiſcantur; ſcilicet ad differentiam fideicommiſſorum quæ pendent ſi non ex hæredum fide, vt olim, ſaltem ex reſtitutione per hæredem facienda: Itémque legatorum per damnationem, quæ fideicommiſſis in eo ſimillima erant, quod ab hæredibus quoque præſtari ea oportebat: At non ſimiliter legatorum per vindicationem, quorum quippe propria illa natura & conditio erat, vt ex eis dominium rectà transferretur in legatarium à teſtatore, numquam factum hæredis: *l. legatum 80. de leg. 2. l. à Titio 64. D. de furt.* Sed tamen inter tutelas & legata etiam per vindicationem differentia illa eſt, quod omne legatum quantumuis per vindicationem relictum nihil aliud eſt, quàm hæreditatis delibatio, per quam teſtator ex eo quod vniuerſum hæredis foret, alicui quid collatum velit: *l. legatum 116. De leg. 1.* At tutela delibatio hæreditatis non eſt, ſed quædam potiùs prorogatio patriæ poteſtatis, quæ alioqui patris morte finem accepturа eſſet. Nam etſi pater tutorem liberis ſuis non dediſſet, non ideò tamen hæres tutor eſſet, aut locupletiorem haberet hæreditatem.
L. tutores 7. D. de teſtam. tut.

Et ex hac differentia naſcitur etiam illa, quod quamuis hæredi à ſemetipſo legatum dari non poſſit, *d. l. legatum §. 1. l. & quidem totum 18 l. planè 34. §. ſi duobus, de legat. 1.* ipſe tamen hæres

Digitized by Google

tutor dari poteſt, vt ſubiungit & inſert Paulus in *d. l. tutores*, quod vtique falſum eſſet, ſi ab ipſo hærede tutela proficiſceretur, aut ex hæreditate delibaretur. Id enim addendum eſt, vt eam ſemper differentiam retineamus, quam inter tutelas & legata vindicationis eſſe dicimus, quod non magis per vindicationem, quàm per damnationem hæredi legari à ſemetipſo poteſt, cùm tamen tutor ipſe dari poſſit, quamuis non magis legatum per vindicationem, quàm tutela, ab hærede proficiſcatur; quod non omnino ſatis bene videtur obſeruaſſe Cuiacius *lib. 17. obſer. cap. 38.*

Non tamen vſque adeò tutelæ abs teſtatore proficiſcuntur, non ab hærede, quin expectandus ſit hæres, id eſt aditio hæreditatis, vt tutelæ datio confirmetur. Si enim nemo hæreditatem adierit, nihil prorſus valet ex iis quæ teſtamento ſcripta ſunt, nec tutelæ, quantumuis fauorabiles ſunt, magis quam res cæteræ: *l. ſi nemo 9. eod.* quia tutelas conſtat dari non poſſe, niſi in teſtamento, teſtamentum verò ſine hæredis inſtitutione valere non poſſe: porrò hæredis inſtitutionem corruere quoties effectum nullum habet, quem vtique nullum habet non adita hæreditate: aditio namque hæreditatis illa eſt, quæ confirmat inſtitutionem.

l. ſi nemo 9. D. de teſtam. tutel.

Planè ſi vnus ex pluribus heredibus adierit, tutelæ ſtatim valent, nec expectandum eſt, vt omnes hæredes adeant, quia vnum adiiſſe ſufficit, vt teſtamentum totum confirmetur, totáque defuncti voluntas rata conſtituatur, *l. ſi patroni 55. §. qui fideicommiſſa D. ad SC. Treb.* cùm ex eo tempore certum ſit non poſſe amplius teſtatorem fieri inteſtatum: Siquidem aliis cohæredibus repudiantibus fiet neceſſariò, vt ei qui adiit adcreſcant omnes cæterorum portiones, eáque lege & conditione adire videtur qui primus adit pro ſua parte; *l. ſi duo 38. D. de acq. here.* Excepto caſu *l. cum hæreditate 55. eod. tit.* Ergo ſi à nullo ex hæredibus adhuc ſit adita hæreditas, ex cuius aditione tutor teſtamentarius ſperatur, alius tutor dandus erit, quaſi nõdum ſit, nec ſperetur. Idque verius eſſe ait Vlp. in *l. ſi hæreditas 10. ee. tit. De teſtam. tute.* Cur autem verius? Nempe quia dubitandi ratio illa erat, quod ab alio quam à patre tutor ad tempus dari non poteſt, vt diximus *Illat. 13.* hunc autem qui tempore iacentis hæreditatis tutor datus eſt, non niſi ad tempus datum intelligi neceſſe eſt, cùm adita quandocunque hæreditate futurum ſit, vt tutor eſſe deſinat qui interim datus fuit, ne alioqui tutor, ſiue legitimus, ſiue datiuus, teſtamẽtario præferatur; quod à iuris ratione & regula omnino abhorreret.

Sane legitimo tutori locum hic nullum eſſe, quandiu teſtamentarius ſperatur, conſtat ex *l. ſi quis ſub conditione 11. eod.* vbi ratio redditur, quia quandiu teſtamentariæ tutelæ locus eſſe aliquando poteſt, legitima ceſſat. Datiuæ igitur interim locus erit, quemadmodum ſi pater ſub conditione, vel ex die tutorem dediſſet: *d. l. ſi quis,* Idque ex legibus Attilia & Iulia & Titia induci neceſſe fuit, vt his caſibus & tutor pupillo dandus eſſet medio tempore, ne interim periclitaretur carens tutore, & qui datus eſſet, poſtea tutor eſſe deſineret adita tandem hæreditate, aut exiſtente die, vel conditione, in quam pater tutorem dediſſet, vt ſcribit Iuſtinianus in *princip. tit. De Attil. tutor.* Illa enim iuris ratio repugnabat, quod qui ſemel tutor factus eſſet, deſinere tutor eſſe poſtea numquam poſſet.

L. ſi quis ſub conditione 11 eo tit. de Attil. tutor.

ILLATIO XXXVIII.

De ſpectanda in tutelis teſtamentariis conditione non leuiſſima, ſed nouiſſima.

Trigeſimooctauò ex eodem Principio fit, vt in tutoris datione, ſi ſub variis conditionibus facta ſit, non leuiſſima conditio ſpectanda ſit, vt in libertatibus directis, ſed nouiſſima, vt in legatis; *l. tutor datus 8. §. in tutoris, D. eod. tit. De teſtam. tute.* iunct. *l. leuiſſima 35. l. quod traditum 87. cum duab. ſeqq. De cond. & demonſtr.* Cùm enim tutor teſtamentarius non alio iure vim iſtam & poteſtatem habeat in caput pupilli, quàm quòd habeat pro ſe voluntatem patris, qui cum patriæ ſuæ poteſtatis vicarium eligere voluerit, certum eſt defuncti voluntatem aliam nullam eſſe, quàm quæ ſit ſuprema, *l. cum hic ſtatus 32. §. pœnitẽtia. D. de donat. int. vir. & vxo. l. ſi mihi 12. §. vlt. de legat. 1. l. 4. D. de adim. legat.* Ideoque & in fideicommiſſariis libertatibus idem eſſe placuit, vt in iis non leuiſſima, ſed nouiſſima ſcriptura, conditióque ſpectetur, *l. per fideicommiſſum 90. D. condit. & demonſtr.* vbi ratio redditur, quia poſterior voluntas potior haberi debet. Solæ libertates directæ alio iure cenſentur, vt in iis non nouiſſimam, ſed leuiſſimam conditionem ſpectari oporteat: *l. in libertatibus 6. D. de manum. teſtam.* id eſt eam, quæ faciliùs perducenda ſit ad libertatem, *l. 1. eo. l. leuiſſima 35. De condit. & demonſt.* Idque non tantùm fauore libertatis (alioqui non aliud in fideicommiſſariis, quæ libertates æquè ſunt, obtineret) ſed etiam illa potiſſimum ratione, quòd libertates directæ à teſtatore ipſo rectà proficiſcantur, nec valde diſtent ab iis, quas dominus dat inter viuos, qui ſicut poterat viuus manumittere, ita & conditionem leuiſſimam adſcribendo, quam poſtea non ſuſtulerit, licèt aliam adſcripſerit, libertatem certa lege & conditione datam voluerit competere ſeruo.

Et inde nimirum dubitandi ratio naſcebatur, propter quam in tutelis quoque leuiſſimam conditionem ſpectandam eſſe videretur, non minùs quam in libertatibus directis, cùm non minùs quàm libertates directæ ab ipſo teſtatore rectà proficiſcãtur, vt *proxima illatione* dicebamus. Sed in libertatibus directis iunctus fauor libertatis facit, vt melioris conditionis eſſe debeant hac parte, quàm tutelæ, ne alioqui longior mora fiat libertati, quæ non fit longior tutelæ, ſiquidem medio tempore alius pupillo tutor datur, dum nouiſſima conditio expectatur, etiam quæ tardiùs extitura ſit.

Ratio differentia inter tutelas & directas libertates, itemque inter directas libertates & fideicommiſſarias.

Dices, Cur non ergo in libertatibus fideicommiſſariis fauor libertatis idem ius extorſit? Reſpondeo quia libertas fideicommiſſaria non aliter poteſt obtingere quàm ſi ab hærede præſtetur eo modo quo teſtator voluit; id autem ſolum teſtator voluiſſe intelligitur, quod nouiſſimum ſcripſit. At vt obtingat ex teſtamento directa libertas, ſufficit datam eſſe à teſtatore, ſiue purè, ſiue ſub ea conditione quæ extiterit, licèt alia poſterior conditio adſcripta ſit, quia poterat ipſe & purè & inter viuos libertatem dare? Pluribúſque adſcriptis conditionibus, videtur teſtator electionem ſeruo dediſſe, vt eligeret, quænam ſibi leuior videretur: *l. ſub diuerſis 51. De condit. & demonſtr.* Cur enim electionem hæredi datam diceremus, cuius nullo facto opus eſt,

eſt, vt competat directa libertas? At cur eam interpretationem capere debeamus, vt teſtatorem pœnituerit adſcriptæ leuioris conditionis? Quamquam non valde laborandum puto, vt iuris rationem aliquam inquiramus in iſtis quæ iure conſtituto inducta ſunt, vt & alia pleraque fauore libertatis vt in *l. cum ita datur 94. in princip. §. 1. eod. tit. De condit. & demonſt.* Quod ad tutelas verò pertinet, ſcilicet teſtamentarias, ſemper id ſequimur, quod nouiſſimum eſt, & ſi ſæpius tutor datus ſit, ſiue idem, ſiue alius; perpetuò id obſeruandum eſt, vt nouiſſimam ſcripturam intueamur, quod & idem Vlp. ſcribit in *d. l. ſi hereditas 10. §. 1. eod. tit. De teſt. tute.*

ILLATIO XXXIX.

De illo qui filium, & ex filio nepotem habens, nepoti tutorem dedit.

d. l. ſi heredi-tas, §. qui fi-lium.

TRigeſimononò ex eodem Principio pendet, quod idem Vlp. ſcribit in *d. l. ſi hereditas 10. §. qui filium*, vbi tractat de illo qui cùm & filium, & ex filio nepotem haberet, nepoti tutorem dedit, & quærit an aliquo caſu non ſit vtilis datio, vt putà ſi proponas filium viuo patre deceſſiſſe, & nepotem ex eo in locum eius ſucceſſiſſe viuo auo. Concludit autem ſicuti teſtamentum hoc, lege Iunia Vellea confirmatur, ne per nepotem ſuccedendo rumpatur, ſi modò nepos ille nominatim vel inſtitutus fuerit, vel exhæredatus, *l. Gallus 29. §. nunc de lege, & ſeqq. D. de liber. & poſth.* ita & conſequenter tutelam quoque confirmatam eſſe. Immò & fortius hoc dicendum eſſe; Non quod ex iuris ratione fieri vllo caſu poſſit vt valeant tutelæ teſtamento datæ ſi non valeat teſtamentum: Sed quia quemadmodum corruente teſtamento tutelæ corruunt, cæteráque omnia teſtamento relicta; Ita è contrario ac multo fauorabilius dicendum eſt, confirmato teſtamento, ſicut cætera omnia, quæ teſtamento continentur, ita & tutelas confirmari: nempe quod ex eiuſdem legis poteſtate & autoritate vtrumque fiat, vt paterfamilias & bonorum ſuorum ſucceſſorem eligere poſſit, & vicarium ſuæ poteſtatis: Ex lege nimirum duodecim Tab. quæ ita locuta eſt; *vti legaſſit ſuæ rei, ita ius eſto*: *l. verbis legis 120. De verbor. ſignif.* aut vt alij referunt, *vti ſuper ſua re pecuniave legaſſit.* Rei

l. verbis legis 120. de verb. ſignif.

nomen generalius eſt, quàm pecuniæ, vt non tantum bona comprehendat, ſed etiam patriam poteſtatem, quæ nihil cum bonis commune habet, *d. l. impuberi, 40. De admin. & peric. tut.* Neque verò dici poſſet, leg. 12. Tab. confirmatas fuiſſe tutelas, ſi ea lex de bonis tantum patrisfamilias locuta eſſet, non etiam generaliter de re ipſius, id eſt de iis omnibus quæ ad patremfamilias pertinerent, & quibus legem dare ipſe voluiſſet. Quid verò lege illa Iunia Vellea factum ſit, & quomodo confirmata teſtamenta, ne per eum qui in ſui hæredis locum ſuccederet, rumperentur, ad alium tractatum pertinet, fuitque à nobis fuſiſſimè diſputatum, *lib. 10. Coniect.* Itaque hîc non repetimus.

ILLATIO XL.

De furioſo tutore dato purè in teſtamento.

QVadrageſimò ex eodem Principio noſtro inferebat olim Proculus, ſi furioſus teſtamento tutor purè datus eſſet, non poſſe valere dationem. Quomodo enim tueri alium poſſit is qui ſeipſum nequeat, quique ideò indigeat ipſe curatore? Planè ſi poneres furioſum tutorem datum eſſe ſub ea conditione, *ſi furere deſiiſſet*, aut quod effectu idem eſt, *cùm furere deſiiſſet*, non negabat Proculus valere dationem, quippe cuius effectus iuſta & neceſſaria conditione ſuſpenderetur, *d. l. ſi hereditas 10. §. ſi furioſus, De teſtam. tut.* Idque & nos ſcripſimus *Illat. 20. ſupr.* Vlp. tamen in *d. §. ſi furioſus*, Proculi ſententiam improbat, & verius eſſe ait quod

d. l. ſi heredi-tas §. ſi furio-ſus. de teſt. tutel.

Pomponio placuit, furioſum rectè tutorem dari etiam purè, non vt ſtatim tutor ſit, ſed tum demùm cum furere deſierit ac ſapere cœperit. Nec enim nouum eſt vt tacitè ſubintelligatur conditio, quàm ex neceſſitate ineſſe oportet, vt valeat actus qui alioquin non valeret: *l. 2. §. qui ita, D. de eo quod cert. loc. l. continuus 137. §. cum ita, D. de verb. oblig.* Idem verò in teſtamentariis tutelis obſeruari tanto conuenientius eſt, quanto ſunt illæ aliis pleriſque rebus fauorabiliores, vt ſuprà diximus.

ILLATIO XLI.

De ſeruo altero tutore dato purè.

QVadrageſimaprima Illatio eſt finitima ſuperiori ex *ead. l. ſi hereditas, §. vlt. eo. tit. De teſta. tute.* vbi ſcribit Vlpia. ſeruum alienum non modò tutorem dari poſſe ſub ea conditione, *ſi liber erit*, ſed etiamſi purè datus fuerit, videri datum ſub tacita ea conditione, *cum liber erit.* Certum quippe eſt, ſeruum, quandiu ſeruus manet, non magis poſſe capacem eſſe tutelæ, quàm cæterorum omnium quæ ſunt iuris ciuilis. Immo tanto minùs, quod cùm tutela ſit vis & poteſtas in caput liberum, eſſet perabſurdum eam vim & poteſtatem in liberum hominem, & ciuem Romanum dari ſeruo.

Illud tamen difficile eſt, quod *ibidem* ſequitur apud Vlpianum, poſſe & extraneo ſeruo tutori dato defendi ex hac cauſa fideicommiſſariam libertatem, ſi teſtatoris voluntas non apertiſſimè refragetur. Difficultas autem ex eo naſcitur, quod ait Vlp. nihil intereſſe an ſuum quis ſeruum, an alienum tutorem ſcripſerit, cùm, inquit, & pupilli, & publicæ vtilitatis fauore adſumpta ſit libertas in perſona eius qui tutor ſcriptus eſt. Atqui conſtat libertatem, quæ ex tutelæ datione inducitur ex perſona eius ſerui qui fuit proprius teſtatoris, non eſſe fideicommiſſariam, ſed directam, vt conſtat ex *§. 1. infr. Qui teſt. tut. l. pen. C. de neceſſ. hered. inſtit.* Et nos pluribus ſcripſimus *lib. 6. Coniect. cap. 16.* vbi etiam diximus de ſententia & emendatione *l. etſi non adſcripta 9. C. de fideicomm. libert.* qua niti ſolent qui in contrarium non niſi fideicommiſſariam libertatem dant ſeruo Sed de eo dicendum nobis erit paullò fuſius *Illat. ſeq.* Nunc monuiſſe ſufficiat ratiocinationem Vlpiani in *d. §. vlt.* eò

Digitized by Google

tantùm pertinere,vt ſiue proprium,ſiue alienum ſeruum quis tutorem dederit, hoc ipſo libertatem ei dediſſe videatur: ſed eam nimirum quam dare potuit, directam ſcilicet ſeruo proprio, fideicommiſſariam autem alieno: non autem vtroque caſu vel directam vel fideicommiſſariam.

ILLATIO XLII.

De ſeruo proprio tutore dato ſine libertate.

QVadrageſima ſecunda illatio eſt, Eum qui liberis ſuis tutorem dat ſeruum proprium, hoc ipſo libertatem quoque ei adſcripſiſſe videri, licèt de libertate nihil dixerit, vt *proxima illatione* dicebamus, quia cùm fieri nequeat vt ſeruus tutor ſit ſeruus manens, alterutrum ſanè admittendum neceſſariò eſt, vt vel tutela non valeat, vel competat libertas, §.1 *infr. De teſtam tutel.* vbi quod magis eſt libertatem hanc directam eſſe interpretatur Iuſtin. & in *l.pen.verſ. cùm igitur, C. de neceſſ.her.inſtit.* Nec inuita Iuriſprudentia, vt parum prudenter criminatus eſt Iacob. Cuiac. ſed ex vera meráque iuris ratione. Nam & iam olim id ipſum Paulus ſcripſerat in *l. quaro* 32. §. *vlt D. de teſtam.tut.* vbi cùm proponeretur Lucius Titius hæredes inſtituiſſe filios ſuos pupillaris ætatis, eiſque tutorem dediſſe inter cæteros Lucium Erotem ſeruum ſuum, cui non dederat libertatem, quique eo tempore nondum annos vigintiquinque compleuerat, quærebatur an poſſet hic Eros libertatem ſibi vindicare. Quam quæſtionem palam eſt non poſſe incidere in aliam ſpeciem libertatis; quàm eius quæ ſit directa. Sola enim illa eſt quæ vindicatur, non etiam fideicommiſſaria, quam & peti neceſſe eſt apud Prætorem fideicommiſſarium, & præſtari ab hærede. Quæſtioni autem locum faciebat apud Paulum, Non quod dubitari poſſet an ex datione tutelæ datio etiam libertatis adeóque directæ inferenda eſſet, quod vtique certiſſimi iuris erat, ſed quia ſeruus non poterat in ea ſpecie ſtatim tutor eſſe cùm adhuc eſſet minor. Et conſequenter nec ſtatim libertas ei competere videbatur, cùm neque data eſſet, neque per voluntatis interpretationem niſi ex cauſa tutelæ induceretur: Reſpondet tamen Paulus quoniam placet eum, qui à domino tutor datus eſt, hoc ipſo libertatem quoque meruiſſe videri, hunc quoque de quo quæritur in eadem cauſa habendum eſſe, & liberum quidem ab adita hæreditate eſſe (nec enim ante aditam hæreditatem cedit dies libertatum, quamuis directarum: *l. nam cùm libertas* 8. innct. §. *vlt l. praced. D. quand. dies legat. ced. l. vnic.* § *libertatibus, C. de caduc. tollend.*) at non niſi poſt legitimam ætatem fieri tutorem, eáque onerari, quia libertas non tanquam neceſſarium conſequens debetur ob tutelam, ſed tanquam neceſſarium antecedens, cùm priùs liberum eum eſſe neceſſe ſit, quàm tutor eſſe poſſit. Et ideo nihil abſurdi eſt dicere liberum eum ſtatim eſſe & directò, quamuis tutor eſſe propter ætatis impedimentum nondum poſſit.

Dies libertatis etiam directa non cedit niſi ab adita hæreditate.

Suaris verò hic fuit vir doctiſſimus, cùm ſcripſit non alia ratione motum fuiſſe Paulum vt ita reſponderet, quàm quod teſtator ſeruum ſuum Erotem ſub nomine liberi hominis Lucium appellaſſet: quaſi hoc ipſo cum liberi hominis nomine libertatem quoque ei dediſſe intelligatur. Nec malè pereruditus & ſubtilis I. C. Hermannus Vulteius *in ſuis ad Inſtitutiones commentariis*, & ad ſupradictum Iuſtiniani locum hanc coniecturam ex ipſis Pauli verbis refellit, quæ expreſſim habent huic ſeruo libertatem verbis teſtamenti datam non fuiſſe.

Nec ſubtilius eſt quod idem Cuiacius in ſecundis cogitationibus, quæ & ſubtiliores & prudentiores eſſe debuerant, docuit, *lib. 18. obſeru. cap.* 5. ſeruum tutorem à domino ſuo datum, electionem habere vtrum directam libertatem ſibi vindicare velit, an fideicommiſſariam petere. Nam ſi directa competit, quomodo fieri obſecro poteſt vt fideicommiſſaria debeatur? Implicat hoc manifeſtam contradictionem, vt pluribus tractauimus *lib. 6. Coniect. cap.* 16. vnde & alia pleraque peti poſſunt ad hunc tractatum pertinentia. Addemus tamen quantum neceſſe erit, vt Vultcio qui non minùs noſtram, quàm Cuiacij coniecturam improbat, ſatisfaciamus Non enim poteſt ille probare quod nos primi docuimus *dict. cap. 16. in l. etſi non adſcripta 9. C. de fideic. libert.* tollenda eſſe ea verba *per fideicommiſſum*, quæ ſola quæſtionem hanc inuexerunt, & imperito alieni gloſſographo adſcribenda. Monetur autem ex eo primùm, quod non niſi per diuinationem vanámque coniecturam videatur dici poſſe quod nos volumus, Imperatores in ea lege non minùs quàm Iuſtinianum directam libertatem dediſſe ſeruo proprio tutori ſcripto. At nos idipſum probamus ex ipſis verbis Imperatorum *in eadem lege*. Sic enim ſcribunt, *receptum eſt tamen & libertatis & pupillorum fauore vt manumiſiſſe eum videatur.* Quibus enim verbis apertioribus poterant exprimere de libertate directa ſe ſentire, non de fideicommiſſaria? An enim manumittere teſtator ipſe dicitur, qui non dat niſi fideicommiſſariam libertatem? An non hæres ipſe eſt, qui hoc caſu manumittit, quamuis ita faciat ex iuſſu & præcepto teſtatoris? *l. qui ex cauſa 29. D. de bon. libert.*

L. etſi non adſcripta 9. Co de fideic. libert.

At inquies, non ita ſimpliciter Imperatores reſcripſerunt, teſtatorem hoc caſu ſeruum manumiſiſſe videri, ſed additis iis verbis *per fideicommiſſum*, quæ nos tollimus. Et ob id nimirum inquam nos ea tollimus, quia implicat contradictionem vt teſtator & manumiſiſſe videatur, & per fideicommiſſum. Qui enim à teſtatore ipſo manumiſſus eſt, is, neque indiget vt ab hærede manumittatur, nec, etiamſi velit ab eo beneficium hoc conſequi, tamen id fieri poteſt, non magis quàm vt is qui iam liber eſt, magis liber fiat. Etſi namque is cui teſtator directam libertatem dat, non vſque adeò ab ipſo teſtatore manumittitur vt ſtatim & viuo adhuc teſtatore libertatem conſequatur, at nec vt eo mortuo priuſquàm adita ſit hæreditas ab hærede. Tamen ex ipſo inſtanti aditæ hæreditatis, id eſt, ex quo hæres inſtitutus fit hæres, quod contingit per aditionem, ſeruus hic fit liber, ac proinde talis qui ab ipſo hærede manumitti amplius nunquam poteſt. Non enim manumittere poſſet niſi factus iam hæres, ne alioqui manumiſſio à non domino facta videretur. Tam citò autem ſeruus cui directa libertas data eſt fit liber, quàm ille hæres. Quod verò interpretem fefellerit, vt adderet ea verba *per fideicommiſſum*, explicauimus & coniecimus non inſubtiliter ex eo quod *in ſecunda legis parte* ſcriptum eſt *æquè fideicommiſſariam libertatem datam.* Putauit enim malus interpres eum legis ſenſum eſſe, vt vtroque caſu, ſiue proprium, ſi alienum ſeruum quis tutorem ſcripſerit, æquè

Digitized by Google

libertas fideicommiſſaria data eſſe videatur;Cũ tamen id duntaxat Impp. ſibi velint,vt vtroque caſu ex datione tutelæ perinde inferatur datio libertatis,ſed cum hac tamen differentia quod in ſeruo proprio libertas directa eſt,in alieno fideicommiſſaria. Perinde ac ſi ſcriptum eſſet, quod procul dubio fuiſſet aptius & apertius, ſi non ſuum proprium, ſed alienum ſeruum quis conditionem eius ſciens tutorem adſcripſerit, æquè libertatem ei datam,ſed tamen non niſi fideicommiſſariam. Eodem prorſus ſenſu quo Vlp. in *d. l. ſi hæreditas §. vlt.* ſcribit nihil referre an proprio ſeruo an alieno tutelam quis dederit,nimirum quod ad hoc vt libertatem quoque ipſi datam interpretemur, ſed non vt eiuſdem generis libertatem. Vno enim caſu directa eſt, altero fideicommiſſaria.

d. l. ſi hæreditas § vlt. D. de teſt. tutel.

Quod verò præterea Vulteius obiicit,ſententiam noſtram à ſententia Imperatorum alienam eſſe ex eo,quod ſecundum nos directa libertas ea ſit,quæ competit ipſo iure,Imperatores verò ſcribant receptum eſſe fauore libertatis & pupillorum vt etiam qui proprium ſeruum tutorem liberis ſuis dedit eum manumiſiſſe videatur: facillimè dilui poteſt,Etſi video hanc vnam rationem eſſe quæ doctiſſimum virum mouit,& ni fallor, fefellit. Ita enim locuti ſunt Impp. & loqui debuerunt vt ſignificarent ius hoc non ex mera iuris ratione proficiſci, quæ potiùs ſuadebat vt tutela quæ data eſſet ſine libertate nullius eſſet momenti ſicut & facta inſtitutio ſerui proprij ſine libertate, *d. l. penul. C. de neceſſ. hæred. inſtit.* ſed Prudentum autoritate receptum eſſe fauore libertatis & pupillorum: Libertatis verò, non vti ne prorſus impediretur, vt vult ille (quid enim attinet tractare de impedienda vel non impedienda libertate, quæ nullo modo fuerit adſcripta?) ſed vt competeret, perinde ac ſi tutor eſſe iuſſus, liber quoque iuſſus eſſe fuiſſet: Pupillorum autem, non vt amiſſo iure dominij retineant ſaltem ius patronatus,vt idem ille ſibi fingit ad commutandam directam libertatem in fideicommiſſariã, ſed vt teſtamentarium tutorem habeant,quem pater eis dederit, & elegerit potiùs quam legitimum, vel datiuum. Idque Iuſtinianus ipſe non obſcurè innuit in *d. l. pen.* cùm ait patrem ex ipſa tutelæ datione præſumi etiam libertatem ei fauore pupillorum impoſuiſſe: vt intelligamus fauorem pupillorum in eo eſſe,non vt fideicommiſſaria libertas data videatur,potius quam directa,ſed vt libertas quæ teſtamenti verbis omiſſa fuit pro adſcripta habeatur,quã tamẽ, ſi cum tutela eſſet adſcripta,nemo directam eſſe negaret,nec enim credibile eſt patrem, qui directis verbis tutelam adſcripſit, quique iiſdem directis verbis vti potuit ad dandam libertatem, precariis in eam rem vſurum fuiſſe.

Cæterum quamuis & libertatis & pupillorum fauor ius hoc ab ipſa Iuriſprudentia pene inuita extorſerit, non eo tamen minùs verum eſt libertatem hanc ipſo iure competere & conſequenter directam. Hoc enim ipſum eſt quod & libertatis & pupillorum fauor extorſit, vt libertas hæc competat ipſo iure. Sicut & hodie fatentur omnes, poſt ſupradictam Iuſtiniani Conſtitutionem in *d. l. pen.* directam libertatem competere & ipſo iure ſeruo hæredi ſcripto etiam ſine libertate: Nec tamen quiſquam dixerit fieri hoc ex ratione iuris,cùm ante Iuſtinianum nemo ex Prudentibus id vnquam admiſerit,& Iuſtinianus apertè profiteatur ita ſe conſtituere fauore libertatis.

Sanè quod Vulteius concludit, veteres illos Prudentes in hac quæſtione diſſenſiſſe, nullo modo probabile eſt, vt ex ſupradictis locis conſtat,præſertim ex poſtremis verbis *d. l etſi*, non adſcripta *prudentibus placuit*. Sed illud multominùs,quod idem addit Iuſtinianum in *d. §. 1. De teſtam. tutel.* non tam adfirmare, quam tentare vt directa detur, quod ei ſententia iſta magis arrideret,ideóque referre eam voluiſſe in Inſtitutionum libros, in quibus inquit ſummæ tantùm regulæ iuris ponuntur,ſed reipſa tamen ſenſiſſe contrariam ſententiam Impp. Quaſi verò quod ſcriptum eſt in *d. §. 1.* idipſum ab eodem Iuſtiniano ſcriptum etiam non ſit in *d. l. pen. C. de neceſſ. hæred. inſtit.* ad quem locum miror Vulteium non aduertiſſe: præſertim cùm ſcripta noſtra refelleret, in quibus non fuit ea lex prætermiſſa. Atqui,inquit,non dicit Iuſtinianus ſeruum proprium tutorem ſcriptum directam libertatem accepiſſe, ſed tantum accepiſſe videri: Nimirum quia verum eſt, non fuiſſe adſcriptam libertatem, ſed tantùm per interpretationem & iuris & voluntatis haberi pro adſcripta. Sed non erit bona conſecutio ſi ex eo inferas intelligi adſcriptam per fideicommiſſum, cum inducatur ex interpretatione verborum directorum, quibus tutela data fuerit, cúmque nec fieri poſſit vt pupillus præſtet fideicommiſſariam libertatem, propter impedimentum ſcilicet legis Æliæ Sentiæ, vt & Vulteius fatetur Verùm de his iam ſatis. Quamquam non potuimus breuiùs, ne coniecturam noſtram in re nondum à quoquam bene explicata, vltrò & ſine ratione improbari pateremur. Illud tantùm addendum eſt quod ſuperioribus fit conſequens, ſi quis tutorem dederit filio ſuo ſeruum quem putabat liberum eſſe, eum ſeruum neque tutorem,neque liberum fore, *l. ſi quis tutorem 22. De teſtam. tute.* Ceſſat enim hoc caſu ratio illa voluntatis,ex qua fieri diximus, vt qui tutelam ſeruo adſcripſit, eidem libertatem quoque adſcripſiſſe præſumatur.

§. 1. infr. De teſt. tutel.

ILLATIO XLIII

De tutore incerto.

QVadrageſimotertiò ex eodem Principio infertur, tutorem incertum dari non poſſe: *l tutor incertus 20. eod. tit. De teſt. tute.* Quomodo enim poteſt videri certum iudicium patris & prudens,in re tanti momenti, quanti & poteſtatis ſuæ vicarium conſtituere,& homini priuato vim & poteſtatem dare in caput liberum ciuis Romani,ſi tutorem incertum dederit pater? Sed & in cæteris omnibus quæ ad cauſam teſtamentorum & vltimarum voluntatum pertinet, certum debet eſſe iudicium & conſilium teſtantis, vel ob hoc ipſum quod quiſquis teſtatur,facit legem, ita permittente lege duodecim Tabularum. Legem autem aliquam ſine certo iudicio & conſilio fieri numquam oportet. Indéque erat olim quod in perſonam incertam neque inſtitutio hæredis,neque legatum conferri poterat, *§. incertis 24. infr. de legat.* & apud Vlp. *in Inſtit.* Sed nec ſufficit certum fuiſſe iudicium teſtantis, ſi quale illud fuerit omnino neſciatur, vel ſit incertum. Vtputa ſi cùm duo eſſent Titij, pater & filius, teſtator dederit Titium tutorem. Quamuis enim teſtator ipſe non ignorauerit de quo ſenſerit, ſi tamen id non appareat, neuter erit

l. tutor incertus 20. eod. tit.

tutor,non quia ius deficiat, quomodo deficeret ſi tutorem incertum pater dediſſet, puta eum qui primus Capitolium aſcenderet,vel, qui anno ſequenti Conſul factus eſſet; ſed quia deficit probatio, nec certò ſciri poteſt quænam ſit certa illa perſona,de qua ſenſit teſtator; *l.duo ſunt Tity 30. De teſt.tut.* Idémq; eſt,ſi quis hæredem ita inſtituerit, vt non appareat quis inſtitutus ſit, Inſtitutio enim non valet, vtputa ſi teſtator complures amicos eodem nomine habens, ad deſignationem hominis ſingulari nomine* vtatur;*l.in tempus 62.§.1. D. de hæred.inſtit.* vbi lego *hominis*,non *nominis*.

Tribonianiſmus. Exceptio tamen ſubiicienda eſt quæ *ibidem* ponitur; Niſi ex aliis apertiſſimis probationibus fuerit reuelatum pro qua perſona teſtator ſenſerit. Hæc enim ſunt legis verba,quamuis tam parum elegantia, vt quod alio loco monuimus, Tribonianum magis, quàm Modeſtinum ſapere videantur.

Diuerſus tractatus eſt apud Africanum in *l. tutor ita 23.eod.tit. De teſt.tut.* de tutore ita dato, *Illi aut filiis meis vtri eorum volet Titius tutor eſto*, quam tutoris dandi formam valere negat *ibi* Africanus, Ratione illa, quod ſi conſtituere Titius nolit vtri ex filiis tutor eſſe velit, futurum ſit vt non poſſit dici cui tutor datus fuerit. Quamuis ſubiiciat ita rectè tutorem dari, *Titius ſi volet*; nempe quia hoc poſteriore caſu.etiamſi Titius voluntatem ſuam non declaret, ideóque nec tutor ſit quaſi ſub ea conditione datus;certum tamen eſt,& quem,& cui pater tutorem dederit. Itaque nullum in ea re vitium eſt patris, aut dationis tutelæ. Sed ſuperiore caſu,nolente Titio conſtituere vtri tutor eſſe velit,non ſolùm deficit conditio tutelæ, quæ res ſola non faceret vt ab initio malè ac perperam tutela data videretur, ſed etiam dici non poteſt cui pater tutorem dederit. Ergo nec poteſt datio valere, quia licèt poſſit in tutoris dati poteſtate eſſe, an tutor eſſe velit,in eius tamen arbitrio illud ipſum eſſe non debet, an datus ſit. An quòd ea voluntas patris tutorem dantis captatoria ſit, vt pote quæ conferatur in ſecretum alienæ voluntatis:*l.captatorias 70.D.de hæred.inſtit.* Ita vulgò putant,ſed malè,vt ſcribemus *in Chiliade,De error.pragm.* At quia non minùs tutelis, quàm cæteris vltimis voluntatibus omnibus commune illud eſt,vt earum iura,præſertim verò teſtamentorum, ipſa per ſe firma eſſe oporteat, non ex alieno arbitrio pendere, *l.illa inſtitutio 3.in princip.eod.tit.de hæred.inſtit.*

ILLATIO XLIV.

De Prætore,vel Conſule tutore dato.

D. l.tutor incertus 20 §.1. de teſt. tut.

QVadrageſimoquartò ex eodem Principio infertur,teſtamento quemlibet tutorem dari poſſe,ſiue is Prætor, ſiue Conſul ſit, quia lex duodecim Tabularum id confirmat: *d.l.tutor incertus 20.§.1. D.de teſtam.tut.* Cùm enim per tutelæ dationem nihil aliud agatur,niſi vt patris vice ſit qui tutor fiet, apparet non magis in ea re Magiſtratum obeſſe, quàm vt qui Prætor vel Conſul eſt,ſit etiam pater;cùm vel ob hoc ipſum quod Magiſtratus eſt,tantò plus authoritatis habiturus ſit ad pupillum tuendum. Adde quòd nec minùs tutela publici iuris eſt,quàm ſint ipſi Magiſtratus,cùm & ex legibus ſit, & ad publicam autoritatem comparata.

ILLATIO XLV.

De tutore non alio dando, quàm cum quo teſtamenti factio eſt.

QVadrageſimoquintò ex eodem Principio fit, vt teſtamento tutores ij demum dari poſſint, cum quibus teſtamenti factio eſt; *l. teſtamento 21.eod.tit.* Illa namque vis & poteſtas in caput liberum quæ per tutelam confertur, non ab homine priuato dari poteſt, ſed à iure ciuili duntaxat,vt Principium noſtrum habet. Ius autem ciuile non aliter patitur dari eam à priuato quàm ſi teſtamento detur, quoniam ſola teſtamenta legis 12. Tab. poteſtate vim legis obtineot. Conſequens igitur eſt vt inter cætera teſtamenti factionem paſſiuam habere debeat, quiſquis teſtamento tutor datur.Nec aliud eſt in legitimis tutoribus & datiuis, cùm hi quoque non tantùm in ſubſidium, ſed etiam ad exemplum teſtamentariorum dentur, lege ſcilicet, ac Magiſtratu boni patris vicem & officium exequente, ſupplendo defuncti nomine quod ille facere debuit, nec tamen facere amplius poſſit. Itaque non poterit à lege, vel à Magiſtratu dari tutor is,qui à patre non potuiſſet.

ILLATIO XLVI.

De pupillo plures habente tutores, quorum alicui litigandum ſit cum pupillo.

QVadrageſimoſextò ex eodem Principio fit, vt ſi plures ſint tutores,& cum aliquo ex iis litem à pupillo inſtitui vel ſuſcipi ſit neceſſe, ſuperuacuum futurum ſit poſci à Prætore curatorem in litem, quandoquidem altero etiam autore cum altero agi poteſt, *l. ſi plures 24. eod tit. de teſt.tut.* Tutela enim ſicut iuris,ita & indiuidua eſt,vt *ſuprà* diximus, quamuis tutelæ adminiſtratio quæ non iuris ſed iuriſdictionis eſt, diuidi poſſit, *l. inter tutores 36. D. de adm. tutor.* Tantúmque prodeſt authoritas vnius tutoris ad litem pupilli nomine tractandam,quantum omnium ſimul, dummodo habeat ille adminiſtrationem tutelæ,*l.4.D.de autor. & conſenſ.tutor.l.ſi tutor.9.§.& generaliter,D.de tut.& ration.diſtr.l.1. C.de in lit.dand tutor.vel curat.* Atque nihil fruſtrà Prætor facere debet, ſicut nec quicquam fruſtrà lex facit, cuius ille viua vox & miniſter eſt, quemadmodum & lex miniſtra eſt naturæ, natura etiam Dei,cuius illud primum eſt, vt nihil vnquam fruſtra faciat, vel Ariſtotele ipſo teſte.

ILLATIO XLVII.

De vno tutore duobus pupillis dato.

QVadrageſimoſeptimò ex eodem Principio fit, quod Modeſtinus ſcribit in *l. duobus 25. D.de teſt. tut.* duobus pupillis tutorem datum, etiamſi alterius tutela ſe excuſare poſſit,alterius tamen tutorem manere, cùm ſint res ſeparatæ, id eſt,tutelæ diuerſæ. Nam ſi tutela nihil aliud eſt quàm vis & poteſtas in capite libero,conſequens neceſſariò eſt vt vbi plura ſunt capita pupillorum, nó etiam ſi plura ſint capita tutorum, *L.duobus 25. D.de teſtam. tutel.*

plures

Digitized by Google

plures ſint totelæ. Et ideo ab vna ad aliam inferri non poteſt, niſi proponas eandem excuſandi tutoris rationem ad vtramque tutelam pertinere. Tunc enim connexa ratio excuſationis faceret, vt vna ſpecies tutelæ alteri cohærere videretur, quæ res ſeparationem impediret: *arg. l. etiamſi 19 §. 1. D. de minor.*

ILLATIO XLVIII.

De tutela per teſtamentum patris mandata matri, & à Magiſtratu confirmata.

QVadrageſimooctauò ex eodem Principio fit, vt ſi communium liberorum tutelam, quam teſtamento ſuo pater matri contra iuris rationem inutiliter mandauerat, Præſes prouinciæ impetitia lapſus confirmauerit, patriſque voluntatem ſequendam eſſe decreuerit, non eo magis valitura ſit illa ſiue datio, ſiue confirmatio tutelæ, nec eius Præſidis ſucceſſor deceſſoris ſui ſententiam ſequi debeat, quam leges noſtræ non admittunt: *l. iure noſtro 26. eod. tit. De teſt. tute.* Neque enim fieri poteſt vt quis hanc vim & poteſtatem in caput liberum habeat, niſi cui ius ciuile eam dederit; Ius autem ciuile non magis patitur vt matri, quàm vt alij vlli fœminæ poteſtas ea detur, quæ patriæ & conſequenter virilis poteſtatis imago & portio quædam eſt. Nec Magiſtratus autoritas contra leges præſtita vllius momenti & ponderis eſſe debet in ea re, quæ tota ex legibus pendet. Planè quin aliud hodie in propoſita ſpecie reſpondendum ſit, nemo dubitat, poſtquam placuit Impp. vt matres non ſolùm à patribus tutores dati poſſint, ſed etiam à Magiſtratibus, *l. 2. & vlt. C. quand. mul. tut. offic. fung. pot.* de quo diximus *Illat. 23. ſupr.*

L. iure noſtro 26. eod. tit.

ILLATIO XLIX.

De tutore honorario.

QVadrageſimononò ex eodem Principio fit, vt ſi quis ita tutor datus fuerit, ſiue à patre, ſiue à Magiſtratu (à lege enim talis nullus datur) vt tamen bonorum adminiſtrationem non habeat, is non ſatis verè, propriè & abſolutè tutor dici poſſit, ſed cum ea adiectione, vt honorarius appelletur. Adeò vt non defuerint etiam olim qui dicerent ad iſtos periculum tutelæ non pertinere. Cur enim tutores dicantur, vel eſſe videantur ij, qui adminiſtrare res pupilli non poſſunt, nec conſequenter pupillum tueri? Præſertim verò ſi addas interdictam ijs adminiſtrationem. Nam huc interdum fit: *l. quod ſi fortè 14. §. 1. D. de ſolut.* Sed tamen placuit ad honorarios quoque, non minùs quàm ad cæteros tutelæ periculum pertinere; Vt nimirum conueniri poſſint, excuſſis priùs facultatibus eorum qui geſſerunt. Dantur enim honorarij quaſi obſeruatores & cuſtodes actus eius tutoris qui totelam gerit, imputabitúrque eis quandoque, cur ſi eum malè verſari videbant, quamprimùm ſuſpectum non fecerint: *l. 3. §. cæteri, D. de admin. & peric. tutor.* vbi additur, aſſiduè igitur & rationem ab eo exigere illos oportere: quod tamen de facti ratione intelligi debet, id eſt cur ita vel ita faciat, non de ratione tutelæ. Abſurdum enim eſſet tutorem honorarium qui nihil gerere ipſe poſſit, rationem tutelæ à contutoribus ſuis exigere, ſi non ei teſtator mandauerit: quo tamen caſu vix eſt vt hic, cui teſtator hoc mandauit, honorarius tutor dici poſſit, ſi Papiniano credimus in *d. l. iure noſtro 26. § honoris cauſa, D. de teſt. tut.* Plus quam honorem enim à teſtarore habuit is, qui hanc quoque curam & hoc onus exigendarum rationum à teſtatore ipſo accepit. Nam nec aliam ob cauſam Honorarij appellantur, quàm quòd honorem habeant, non onus. Honor eſt habere vim & poteſtatem in caput liberum, ſed onus tutelam adminiſtrare. Et ideò non eſt dubitandum quin tutores honotarij verè tutores ſint, hoc ipſo quod honotarij ſunt; nec conſequenter mirandum, quod diximus, ad eos cùm verè tutores ſint periculum pertinere.

L. quòd ſi fortè 14. §. 1. D. de ſolut.

ILLATIO L.

De confirmando tutore dato in teſtamento, quod inofficioſum eſſe dicitur.

QVinquageſimò ex eodem Principio fit, vt quamuis teſtamentum patris, in quo tutorem dedit filio, ſiue exhæredato, ſiue ex minore quàm legitima portione inſtituto, inofficioſum eſſe dicatur per querelam, quam proponere filius in eam rem velit, eum ipſum tutorem confirmare Prætor debeat quem pater dedit. Quandiu enim teſtamentum reſciſſum non eſt, ſicut pro ipſo præſumi etiam in dubio oportet, *l. ſi pars 10. D. de inoff. teſta.* ita nihil cauſæ eſt, cur à patris iudicio recedi debeat, cúrve in liberum caput filij danda ſit vis & poteſtas per Prætorem filij, quàm cui pater ipſe dedit: *d. l. iure noſtro 26. §. vlt. De teſt. tute.* Quid ergo ſi poſtea teſtamentum illud patris inofficioſum pronunciabitur? Vtique non magis poterit valere tutela, quam aliud quicquam ex iis quæ in eo teſtamento relicta fuerint, quia cùm defuncti iudicia per querelam reſcindatur, tanquam hominis dementis & inſani, nihil ex eo deberi poteſt, ne quidem ex iis, quæ alioquin relinqui poſſent ab inteſtato, *l. 2. l. Titia 13 in fin. De inoff. teſtam.* Multò minus ea quæ non niſi in teſtamento iuſto & ſolenni relinqui poſſunt, cuiuſmodi ſunt tutelæ. Itaque euentus rei iudicatæ declarabit vtrum ex teſtamento patris, an ex decreto Prætoris tutor hic autoritatem acceperit, vt ait Pap. in *d. §. vlt.* Nam ſi iudicabitur pro teſtamento, ex eo teſtamento quoque tutor fuiſſe videbitur; ſi verò pro filio, apparebit ex Prætoris tantùm decreto tutorem fuiſſe, qui ex teſtamento eſſe non potuit. Nec omnino diſſimile eſt quod idem Pap. reſpõdit in *l. dominus 57. de vſufr* circa vſumfructum legati iure præſtitum, per acquiſitionem proprietatis ex eo teſtamento, quod tandem inofficioſum eſſe apparuit.

L. ſi pars 10. D. de inoff. teſtam.

Seqoitur ex Tryphonino in *l. idem fiet 27. De teſt. tut.* idem fore, ſi inteſtatum deceſſiſſe patrem pupilli nomine defendatur, falſúmve teſtamentum eiuſdem pupilli nomine dicatur, id eſt tutorem qui pupillo in eam rem dandus eſt, non alium quærendum eſſe, quam qui à patre datus eſt eo ipſo teſtamento: etiamſi patruus exter, qui legitimus hæres futurus ſit ab inteſtato. Nec enim tutorem habenti tutor dari

poteſt: Hic verò pupillus iam habet tutorem, eum ſcilicet quem pater dedit quandiu pronunciatum non eſt, falſum eſſe teſtamentum, aut patrem alia ratione inteſtatum deceſſiſſe. Quæ ratio cùm ſit iuris, non video quid neceſſe fuerit, aut conueniens addere clauſulam illam quæ ſequitur, *Nā commodius ipſe qui ſcriptura continetur à Prætore dabitur, vt ſine vllo litis præiudicio iuſtus tutor auctor pupillo ad eam litē fiat.* Quaſi verò non ſit hic tutor niſi ad eā litem, aut ea finita deſinat eſſe tutor, ac non potiùs ſemper maneat tutor, ſed eum hac tantùm diſtinctione, vt ſi pro teſtamento iudicabitur, ſit tutor teſtamentarius, ſi verò contra teſtamentum, ſit datiuus. Quo caſu eueniturum eſt, vt contra iuris regulam tutor datiuus legitimo præferatur. Proinde auſim dicere totam illam clauſulam Triboniani eſſe potiùs quàm Tryphonini, cuius elegantiam ſanè parum ſapit.

Tribonianiſmus apud Tryphonin.

At finge teſtamentarium tutorem nullum eſſe, patruum verò quem ſibi tutorem legitimum eſſe pupillus contendebat, criminari ſubiectum eſſe filium, atque ita legitimam defuncti hæreditatem ad ſe pertinere. Alius tutor petendus erit quam patruus, qui alioquin tanquam legitimus pupilli hæres futurus, legitimus quoque tutor ei eſſet. Non enim poteſt pupillum defendere, qui vult patris hæreditatem ei auferre; nec vnquam ſerendum eſt; vt tutor, ſiue pro ſe, ſiue contra ſe autoritatem pupillo præſtare poſſit. Idque eſt meo iudicio quod ſequitur in *d. l. idem fiet.* Huc etiam referri debet, quod reſcriptum eſt in *l. ſi pater 31. eod. tit.* Si exhæredatæ filiæ tutores pater dederit, & teſtamentum eius ruptum dicatur, nato poſthumo, eoſdem tamen tutores pupillæ dari ad petendam inteſtati hæreditatem. Etſi enim ex teſtamento quod ruptum fuit tutela ſalua eſſe non poteſt, non ideò tamen negligenda eſt voluntas patris, quatenus filiæ ſuæ bene proſpexit, præſertim cùm teſtamentum quod rumpitur agnatione poſthumi prætetiti, non tam rumpatur defectu voluntatis quomodo rumpitur teſtamentum quod dicitur inofficioſum, quam defectu ſolennitatis.

ILLATIO LI.

De honore Tutelæ.

Qvinquageſimoprimò ex hoc eodem Principio fit, vt qui tutor à teſtatore electus eſt, ſummo honore affectus videri debeat, vtpote qui ea ratione ſubſtituitur ſit velut vicarius in magnum illud ius pátriæ poteſtatis, quod viuus pater habuit, atque ita nactus vim & poteſtatem in caput liberum ciuis Romani; qua re nihil maius & honorificentius in ciuitate Romana dici poteſt. Vnde & honorarios tutores appellatos eſſe ſuprà diximus *Illat. 49* tanquam qui honoris tantùm, non etiam oneris gratia nominati fuerint. Indéque eſt, quod ſi legato quoque prætereà honorarius quis proponatur, nam & legatum honor eſt, & tutelam ſibi teſtamento mandatam excuſationis iure ſuſcipere noluerit, à legatis quoque omnibus, quæ ei relicta fuerint ſummouendus eſt, ne ſcilicet minorem honorē retineat, qui maiorem ſibi delatum aſpernatus eſt. *arg. l. eui pacto 5. De ſeru. export. l. 4 D. de Senat.* Quin etiam ſi qua legata eius filiis relicta ſunt, ab iis quoque ſummoueri debet, ſi modò ea legata filij non affectione propria, ſed in honorem patris meruerunt, vt Papin. reſpondit in *l. qui tutelam 28. de teſt. tut.* Perpetuum enim eſt, vt legatum etiam alij relictum ei datum videatur, cuius contemplatione relictum fuit, *l. ſi ſerui 21. & ſeq. D. de vſufr. l. ſed ſi plures 10. § in adrogato, in fin. D. de vulg. & pupill. ſubſt. l. fideicommiſſa 11. §. plerumque, & §. interdum, de legat. 3. l. filiofamilias 42. De condit. & demonſtr. l. facta 63. §. ſi heres ante, D. ad SC. Treb.*

ILLATIO LII.

De tutore dato eo qui non niſi verbis fideicommiſſi manumiſſus ſit.

Qvinquageſimoſecundò ex eodem Principio fit, quod ſequitur apud Papin. in *l. qui tutelam 28. § 1. eod.*, qui non niſi verbis fideicommiſſi manumiſſus ſit, non iure tutorem teſtamento dari. Nempe quia ſeruus manet quouſque libertatem conſecutus fuerit per manumiſſionem. Quandiu autem ſeruus eſt, hanc vim & poteſtatem in caput liberum, quam tutelam appellamus, habere non poteſt. Cum igitur tutela teſtamento data non ab hærede proficiſcatur, ſed protinus, id eſt immediatè à teſtatore, *l. tutores 7. eo. tit.* in propoſito autem caſu libertas præſtanda ſit ab hærede, apparet tutelam iure datam videri non poſſe, tanquam quę data fuerit, ſi non prorſus ſine libertate, ſaltem ante libertatē. Sed tamen non facit ea res quin ſaltem poſt libertatem ab hærede redditam vocetur hic ad tutelam ex voluntate teſtatoris. Confirmandus ſc. per Prætorem, vt & alij omnes qui minùs ritè rectéve teſtamento tutores dati proponuntur

d. l. qui tutelam 28. §. 1.

ILLATIO LIII.

De tutore dato per patronum impuberi liberto.

Qvinquageſimotertiò ex eodem Principio fit, vt impuberi liberto tutorē dare patronus non poſſit, *d. l. qui tutelam, §. vlt.* Quomodo enim alij mandare poſſet vim hanc & poteſtatem in caput liberum, quam ipſe nunquam habuiſſet? At libertus reuera liber eſt & extra patroni poteſtatem, quamuis obſequium debeat patrono & reuerentiam. Tutorem ergo ei dare non poteſt. Sed tamen is quem dederit, confirmandus erit à Prætore ſi fides inquiſitionis congruat, vt. Papin. loquitur, id eſt, ſi facta inquiſitione appareat nihil eſſe cauſæ, cur à patroni voluntate recedi oporteat: Inquiſitio enim hoc caſu neceſſaria eſt, ſicut & ſi à matre tutor datus eſſet. Nec omnimodo cogitur Prætor ſequi iudicium patroni, præterquàm eo caſu quo patronus hæredem inſtituerit libertum impuberem, qui alia bona nulla habeat, quàm quæ habuit à patrono, vt ſuprà diximus *Illat. 50. ex l. ſi patronus 4. D. de confirm. tutor.*

d. l. qui tutelam §. vlt.

ILLA

Digitized by Google

ILLATIO LIV.

De eo qui ſeipſum in alterius teſtamento tutorem ſcripſit.

QVinquageſimoquartò ex eodem Principio fit, vt qui ſeipſum in alterius teſtamento tutorem pupillo ſcripſit, hoc ipſo ſuſpectus videatur, neque ex eo teſtamento tutor eſſe poſſit; Obſtante ſcilicet ſententia SCti Liboniani, quamuis verba Senatuſconſulti non niſi de legatis & libertatibus locuta eſſe videantur, *l. ex ſententia 29. D. de teſtam. tutel.* iunct. *l. ſi quis legatum 6. l. Diuus Claudius, D. ad leg. Cornel. de falſ.* Nec enim cuiquam permittendum fuit, vt talem tantámque poteſtatem in caput liberum ciuis Romani ſibi adrogaret quanta eſt tutoris in pupillum, quam nec adfectare licet ſine ſuſpicione perfidiæ & improbitatis, *l. vxori 18. §. 1. eo. tit. De falſ.* Vbi tamen additur, hunc ipſum, de quo agimus, qui ſe tutorem ſcripſit, ſi idoneus eſſe adprobetur, ex decreto tutorem dandum eſſe, adeò vt neque ipſi os excuſatio admittenda ſit, ſi quam alioquin habeat iure publico, quia teſtatoris voluntati conſenſiſſe, eique promiſiſſe videatur. Quod & Papi. ſcribit in *d. l. ex ſententia*, Vbi hoc amplius dicit Papin. Si patris voluntas hoc ipſum manu ſua declarantis ambigua non eſſet, non ſolùm dandum fore hunc tutorem, ſi alius tutor non eſſet, ſed etiam ſi alij tutores eſſent dandum curatorem, nec remoueri debere tanquam ſuſpectum. In quo obſeruandũ eſt temperamentum illud quod lex adhibet, ne vel SCti Liboniani autoritas, vel teſtatoris voluntas offendatur. Cùm enim ex ſententia SCti tutor hic ex teſtamento eſſe prohibeatur, fieri nequit ſalua SCti autoritate, vt tutor ſit teſtamentarius, aut vt tanquam talis à Prætore confirmetur, Nec rurſus, vt ex Prætoris decreto tutor detur, vt in *d. l. vxori 18. §. 1. De falſ.* cùm alij ſunt tutores teſtamẽtarij, quia teſtamentaria tutela & legitimam excludit, & multò magis datiuam: Illud igitur vnum ſupereſt, vt à Prætore curator dari debeat, & tutoribus adiici, ne alioqui voluntas teſtatoris negligatur, cuius præcipua ratio habenda eſt, cùm in cæteris omnibus, quę ad cauſam vltimarum voluntatum pertinẽt, tum maximè cùm agitur de tutela. Itaque ſi apud Papinianum teſtator manu propria voluntatem ſuam non declaraſſet, neque tutor ex decreto Prætoris dandus eſſet aliis tutoribus teſtamentariis exiſtentibus, neque curator adiiciendus, quia nec voluntatis, nec neceſſitatis ratio eam ſententiam vrgeret.

L. vxori 18. §. 1. eod. tit. d. l. ex ſententia.

ILLATIO LV.

De tutoribus qui propter rerum notitiam dantur.

QVinquageſimoquintò ex eodem Principio fit, vt tutor æſtimandus ſit non tam ex iure & facultate adminiſtrandi res pupillares, quàm ex vi illa & poteſtate iure ciuili data in caput liberum pupilli, ad eum tuendum qui propter ætatem ſeipſum tueri non poteſt. Cui enim conuenit definitio, eidem, vt Philoſophi dicunt, etiam definitum conuenire neceſſe eſt. Itaque illos etiam tutores, qui propter rerum notitiam dantur, id eſt, non tam vt ipſi tutelam adminiſtrent, quàm vt tutores adminiſtrantes inſtruãt, certum eſt verè tutores eſſe, ideóque & eis ſolui poſſe, & adminiſtrationis periculum non minùs ad eos, quàm ad alios qui adminiſtrant, pertinere: *d. l. quæro 32. §. 1. D. de teſta. tut. l. quod ſi fortè 14. §. 1. & §. et qui notitia, D. de ſolut.* Siue ea quæ ſciunt, aut ſcire debent ex vtilitate pupillorum diſſimulauerint, ſiue fraudem aliquam adhibuerint, vel cum aliis participauerint. aut cùm ſuſpectos facere deberent, vel in officio muneris, vel in debito obſequio ceſſauerint: quomodo loquitur *l. 1. C. de peric. tutor.*

ILLATIO LVI.

De ponderandis verbis quibus teſtator vſus eſt in dando tutore.

QVinquageſimoſextò ex eodem Principio infertur, cùm de hac vi & poteſtate alieni ex teſtatoris voluntate danda quæritur, diligenter animaduertendum eſſe, quibus verbis pater tutorem dederit, ne tantam vim & poteſtatem ei demus, cui neque teſtator, neque lex date voluerit, néve contra voluntatem fiat quod proficiſcitur ex voluntate. Exempli gratia, ſi pater ita tutores dederit, *Lucium Titium tutorem do, ſi is nõ viuit, tum Caium Plautium tutorem do.* Titio verò vixerit, & tutelam geſſerit, deinde mortuus ſit, dicendum eſt cum Trebatio & Iauoleno, tutelã ad Plautium non pertinere, quia illa verba, *ſi is non viuit*, ad præſens tempus non quidem teſtamenti, ſed mortis referuntur, quo ſc. tempore inſpici oportet, an viuat qui à teſtatore tutor datus fuit, vt tutor eſſe poſſit: quamuis Labeo & Proculus ea verba tanquam tractum aliquem temporis habentia, ad id quoque tempus extendi poſſe putarent, quo Titius poſt geſtam à ſe tutelam deceſſiſſet, vt Iauolenus refert in *l. pen. D. de teſt. tut.* Quorum ſententia non improbabilis mihi videretur, niſi articulus ille *tum*, iunctus cum verbo præſentis temporis, præciſum inſtans demonſtraret; *l. 4. §. vlt. D. de cond. & demonſt.*

L. pen. D. de teſtam. tut. L. 4. §. vltim. De condit. & demonſtr.

Rurſus è contrario aliquando accidit, vt ex teſtamenti verbis appareat aliquos tutores datos eſſe, nec tamen ij tutores eſſe poſſint, repugnante ipſa teſtatoris voluntate, vtputa ſi quis cum teſtamento tutores dediſſet, poſtea codicillis eodem teſtamento confirmatis alios tutores dederit, idque ſe ideò facere ſignificauerit, quoniam teſtamento datos aut defunctos eſſe, aut excuſationem habere poſſe comperiſſet. Nihilominùs enim tutores remanebunt qui ex prioribus viuent, nec erunt excuſati, quia ex ipſis teſtamentariorum codicillorum verbis apparet eos retinuiſſe defuncti voluntatem: *l. vlt. eod. tit. De teſt. tut.* Ergo alij in codicillis dati non erunt tutores, tanquam qui non habeant pro ſe voluntatem. Etſi enim nihil vetat & in teſtamẽto & in codicillis tutores dari, eodémque inſtanti mortis teſtatoris tutelas omnes confirmari, niſi priorum reuocandorum animo poſteriores ſcriptos fuiſſe appareat, *l. 2. C. eo.* In propoſito tamen id dici non poteſt, cùm ex ea ratione, quæ teſtatorem mouit, vt poſteriores in codicillis tutores daret, appareat noluiſſe illum eos cõcurrere cum iis qui teſtamento dati eſſent.

Nec valde diſſimile eſt, quod Paulus refert in *l. cùm mater 28. De inoff. teſtam.* Cùm mater,

filium

Digitized by Google

filium militem falsò audiſſet deceſſiſſe, atque ob eam cauſam teſtamento alios hæredes inſtituiſſet, Diuum Hadrianum decreuiſſe hæreditatem ad filium pertinere, ſcilicet velut ex teſtamento, ob idque & libertates & legata eo teſtamento relicta deberi. Quaſi nec pro præterito, nec pro exhæredato ex matris voluntate haberi debeat filius, quem mater crediderat deceſſiſſe: mortuus enim nec præteriri poteſt, nec exhæredari Conſequens igitur eſt, vt debeat haberi pro inſtituto. Fateor poſſe eum ſi velit haberi pro præterito, & per conſequentias pro exhæredato (præteritio enim materna pro exhæredatione eſt, *§. vlt. Inſt. de exhared. liber.*) ob idque dandam ei querelam inofficioſi teſtamenti, ſi iudicij centumuiralis exitum euentúmque incertum ſubire malit. *I. ſi i ſtituta 27. §. vlt. D. de in off. teſtam.* eóque caſu nulla eum legata, nullas etiam libertates debiturum, nec ex teſtamento, nec ab inteſtato: *l. Papinianus 8. §. ſi non ult. l. Titia 13. in fin. eod.*

Sed ſi matris honori parcere malit, quam ipſius quaſi dementis & inſanæ iudicia per querelam inofficioſi teſtamenti reſcindere, non ſolùm honeſtiùs faciet, verùm etiam tutius, ſi contendat ſe neque præteritum fuiſſe, neque exhæredatum à matre, quæ putabat eum deceſſiſſe; atque ita quaſi ex tacita ipſius voluntate velit admitti ad teſtamentariam eius hæreditatem. Sicut enim mater liberos ſuos nominatim exhæredare non cogitur, ſed tacita exhæredatio ſufficit, quæ ex præteritione colligatur. Ita & viſum eſt Imperatori Hadriano, poſſe multò magis ſufficere filio tacitam inſtitutionem, quæ induci poſſit ex eo quod mater eum neque præterire voluerit, neque exhæredare. Nec recuſare probus & prudens filius debet, vt pro eo honore quem ſentit ex tacita illa inſtitutione, & pro commodo quod habet ne iudicij centumuiralis periculum experiri compellatur, illud quoque incommodum ſubeat præſtandorum legatorum, quamuis non fuerit ea debiturus, ſi de inofficioſo teſtamento egiſſet, vt idem Paulus ait in *d. l. cùm mater*, vbi quod ait adnotatum eſſe quod de libertatibus & legatis præſtandis adiecit Hadrianus, non ſic accipi debet, quomodo à nonnullis accipitur, quaſi fuerit reprehenſum, ſed ita vt intelligamus eſſe, id obſeruatione dignum, & tale ſola Prudentum autoritate citra Imperatoris conſtitutionem induci nunquam potuiſſet: Sicut nec illud quod eodem Hadriani decreto princ. aliter factum eſt, vt in ea ſpecie filius, qui à matre neque inſtitutus fuerit, neque exhæredatus citra querelam inofficioſi teſtamenti ad matris hæreditatem admittatur tanquam ex teſtamento.

d. l. cùm mater.

Quod iam ante nos, quamquam paulominùs apertè docuit Iacob. Cuiac. *lib. 10. obſer. cap. 21.* Stephanum Græcum interpretem ſecutus.

Extátque aliud perſimile exemplum tacitæ inſtitutionis, & ad illationem noſtram accommodatiſſimum in *l. vlt. D. de hered. inſtit.* Pactumeius Androſthenes Pactumeiam Magnã filiam Pactumei Magni ex aſſe hæredem inſtituerat, eique patrem eius ſubſtituerat Pactumeiu Magno occiſo & rumore perlato quaſi filia quoque eius mortua mutauit teſtamentum, Nonúmque Ruffum hæredem inſtituit hac præfatione, *Quia hæredes quos volui habere mihi continere non potui: Nonius Rufus hæres eſto.* Pactumeia Magna, inquit Paulus, ſupplicauit Imperatores noſtros, & cognitione ſuſcepta licèt modus inſtitutione contineretur, qui falſus non obeſſe ſolet, tamen ex voluntate teſtantis putauit Imperator ei ſubueniendum, cùm ex mera iuris ratione dubitari non poſſet, quin prius teſtamentum per poſterius ſublatum eſſet, poſteriore ſubſiſtente, cui nihil obeſſe poterat, niſi quod falſam cauſam habuiſſet, quæ tamen non magis quàm falſa demonſtratio vltimas voluntates corrumpit: *l. demonſtratio 17. §. quod autem, D. de condit. & demonſtr.* Ratio enim ita vel ita teſtandi teſtamento non cohæret, quemadmodum rationem legandi legato non cohærere Papin. ait in *l. cùm tale 72. §. falſam, eod. tit.* quamuis poſſit ea res plerumque doli exceptionem inducere, ſi probetur teſtator aliàs legaturus non fuiſſe. Fuit ergo neceſſaria Imperatoris autoritas, vt pronunciari poſſet, hæreditatem ad Magnam pertinere: Idem tamen Imperator non dubitauit quin legata ex poſteriore teſtamento præſtare ea deberet, perinde, inquit Paulus, ac ſi in poſterioribus tabulis fuiſſet ipſa hæres ſcripta. Vt intelligamus eam ſuccedere non tam ex ea inſtitutione expreſſa, quæ priore teſtamento continebatur, quàm ex tacita quæ poſteriore contineri intelligatur, hoc ipſo quod apparet teſtatorem non fuiſſe conditurum aliud teſtamentum ad alios hæredes inſtituendos, ſi Magnam priore teſtamento inſtitutam adhuc viuere crediddiſſet.

l. vlt. D. de hæred. inſtit.

L. cùm tale 72. § falſa, de cond. & demonſtr.

Itaque Imperatorij decreti neceſſitas & autoritas non in eo eſt, quod legata poſteriore teſtamento relicta debentur (quidni enim debeantur cùm poſterius teſtamentum valeat,) ſed quòd hæres priore teſtamento inſtituta non in poſteriore, ſuccedit tamen ex tacita defuncti voluntate, quaſi in eo ipſo poſteriore teſtamento, adeóque quod magis eſt, ſola & ſine Nonio Ruſo inſtituta. Nec enim cohæres ei datus videri poteſt Nonius Rufus, non magis quàm vtrumque teſtamentum valere, aut ex variis teſtamentis ius coniunctionis induci, *l. ſi ſub conditione 16. quibus modis vſusfruct. amitt.* Legata ergo non debebuntur, quæ priore teſtamento relicta fuerant, tanquam quod per poſterius ipſo iure ſit ſublatum, *l. ſi quis 29. ad SC. Trebell. §. poſteriore, Inſtit. quibus modis teſtam. infirm.* Eáque diuerſitas, & diuerſitatis ratio eſt inter caſum illum, & eum quem nunc tractamus de tutoribus datis in teſtamento eius, qui codicillis poſtea factis alios tutores nominaſſet, putans priores, vel defunctos eſſe, vel excuſari poſſe. Nec enim codicilli poſt teſtamentum facti, & ex eo confirmati, infirmant teſtamentum à quo ipſi vires accipiunt; ac proinde non poſſunt facere quominùs valeant & tutelæ priore illo teſtamento datæ, & legata in eo relicta. Illud tantum facere poſſent, vt tutores codicillis dati cum teſtamentariis concurrerent, ſi voluntas teſtatoris concurſum illum pateretur, quem tamen ideò non patitur, quia illi qui teſtamento dati fuerant, non ſolùm retinent defuncti voluntatem, ſed etiam ita retinent, vt impediant, ne qui codicillis dati ſunt eandem voluntatem pro ſe habere videri poſſint, quippe quos non fuerat daturus pater, niſi alios, vel defunctos eſſe, vel excuſationem aliquam habere poſſe credidiſſet.

Digitized by Google

ILLATIO LVII.

De tutore non niſi verbis Latinis & legitimis dando.

QVinquageſimoſeptimò ex eodem Principio fit, vt neceſſaria fuerit conſtitutio Impeta- *l. vlt. C. de teſtam. tut.* torum Theodoſ. & Valentiniani in *l. vlt. C. eo. tit. de teſt. tut.* quæ fecit, vt tutores etiam Græcis verbis liceat in teſtamento relinquere, vt ita tutores dati videantur, ac ſi legitimis verbis eos teſtator dediſſet. Nam cùm tutela ſit vis & poteſtas in caput liberum iure ciuili data & permiſſa, conueniens eſt vt non niſi ciuilibus & legitimis verbis dari poſſit, cuiuſmodi non ſunt verba græca, cùm leges Romanorum quamuis maiore ex parte à Græcis ſumptæ, Latinis, non Græcis verbis ſint conſcriptæ. Vnde & legitima verba appellantur, id eſt, quæ legum ſunt, quæ & ciuilia dixit Pap. in *l. verbis ciuilibus 7. De vulg. & pupill. ſubſtit.*

ILLATIO LVIII.

De legitimis & quaſi legitimis tutelis.

QVinquageſimooctauò ex eodem Principio fluxerunt legitimæ tutelæ, quæ agnatis deferuntur; item quaſi legitimæ, vt quæ patronis exemplo hæreditatum & quaſi per conſequen- *L. 1. & 3. D. de legit. tut.* tias dantur; *l. 1. & 3.* & paſſ. *D. de legit. tut.* Cuius enim alterius fuit, quàm legis eam vim & poteſtatem in caput liberum dare, quæ iure ciuili dicitur data & permiſſa? Datur quidem etiam à patre, ſed ex legis permiſſione, *§ permiſſum, hoc tit.* Datur etiam à Magiſtratu, ſed tanquam ab eo qui ſit viua vox iuris ciuilis & legis, *l. nam & ipſum 8. De iuſtit. & iur.* Ideóque & à lege datam eſſe oportet Magiſtratui eam poteſtatem dandi tutores, aut ab eo qui ſit ſupra leges, id eſt à Principe, *l. ius dandi 3. D. de tut. & curat. dat.* Vnde etiam fit, vt Prætor ſeipſum tutorem dare non poſſit, *l. 4. eod. tit.* quia non ideò miniſter legis eſt, vt ſibi ipſi ius dicat, ſed vt aliis.

ILLATIO LIX.

De tutore dando etiam ei qui de ſtatu ſuo litigat.

QVinquageſimononò ex eodem Principio fit, vt ei qui de ſtatu ſuo litigat tutor dati poſſit, vt ſcilicet ita demum teneat datio ſi poſtea liber repetiatur: *l. ei qui 17. D. de tut. & curat. dat.* Interim tamen litis ordinandæ gratia curator ei dandus erit, non tutor, per quem defendi poſſit, quia interim pro libero habetur; *l. 1. C. qui dar. tutor. vel curat.* niſi eam legem intelligas de caſu illo quo tutor nondum huic fuerit datus, vt dicam *ad Princ. 4. Illat. 15.*

ILLATIO LX.

De tutore dato puberi ex Decreto Præſidis, & ex inquiſitione.

SExageſimò ex eodem Principio fit, vt ſi cui egreſſo annos pupillares decreto Præſidis ex inquiſitione tutor datus ſit, quaſi minori annis pupillaritatis, vſque adeò inutilis datio ſit, vt neque neceſſaria ei ſit excuſatio, neque obligetur ex eo, quod tutelam non gerat; *l. Seia 26. eod. tit. De tutor. & curat. dat.* Quod ita accipiendum *L. Seia 26. D. de tutor. & curat. dat.* eſt, vt neque prouocare hoc caſu ſit neceſſe. Iis enim demum tutoribus datis prouocandi neceſſitas iniungitur, qui ſi neque prouocarent, neque tutelam gererent, hoc ipſo ex cauſa tutelæ obligari & conueniri poſſent, *l. 3. l. 6. l. tutores 58. C. de excuſ. tutor. l. ſcire 23. in princip. D. eod. l. 1. §. 1. D. quand. appell. ſit.* Atqui hic etiamſi neque ſe excuſauerit, neque tutelam geſſerit, nullomodo tamen obligatur. Ergo nec prouocare habet neceſſe.

Nec eſt quod cum Interpretibus dicamus hoc fieri, quoniam tale decretum factum ſit à Prætore ſciente, ac vltrò errante, vt illi colligunt ex eo quod in *d. l. Seia*, ponit Scæuola tutorem datum eſſe ex inquiſitione. Quaſi verò cùm inquiſitio fit à Prætore ad tutorem pupillo dandum, ſoleat inquiri in ætatem pupilli, ac non priùs ſupponi pro certo & indubitato impuberem eſſe illum, cui tutorem Prætor ex inquiſitione dare velit. Inquiritur ſiquidem in perſonam tutoris non pupilli. Poteſtque facile fieri, vt verum certúmque ſit, impuberem eum eſſe de cuius tutela tractatur, & tamen poſt factam inquiſitionem & eo tempore quo tutor à Prætore datur, iam pubes effectus reperiatur. Computantur enim hoc caſu tempora de momento in momentum, *l. 3. §. minorem, D. de minor. l. à qua ætate 5. D. qui teſta. facer. poſſ.* Et verò quis tam inſanus Prętor futurus ſit, qui tutorem dare velit tanquam impuberi, quem puberem eſſe comperierit?

Neque rurſus ad rem facit, ſi quis obiiciat publicè intereſſe, vt Prætoris decreto pareatur, etiamſi per ſordes, vel per ambitionem aut imperitiam quid decreuerit, propter rerum iudicatarum autoritatem, *l. ſerno 65. §. cùm Prætor, D. ad SC. Treb.* Id enim tunc obtinet, cùm per ipſam rem non fit, quominùs decretum Prætoris effectum habere poſſit; Alioqui non magis Prætor quàm alius quilibet facere poteſt, vt rerum natura immutetur, *l. 2. D. de vſufr. ear. rer. quæ vſu conſum.* Nec igitur vt impubes ſit, qui iam reuera pubes eſt. Et conſequenter fieri nequit, vt tutor ſit qui puberi datus fuit, ſiue à ſciente Prætore, ſiue ab ignorante, ac ſiue in facto ille errauerit, ſiue in iure. Cùm enim tutor eſſe nemo poſſit, quin hoc ipſo habeat vim & poteſtatem in caput liberum ciuis Romani, ea verò poteſtas, nec data ſit à lege, nec dari debeat, niſi ad tuendum eum qui per ætatem pupillarem ſeipſum tueri nequeat, vt Principium noſtrum habet. Omnino conſequens eſt, vt non magis valere poſſit decretum Prætoris quo dat tutorem puberi, quàm quo pronunciet impuberem adhuc eum eſſe, qui re vera ſit pubes. In his ſiquidem quæ facti ſunt, non iuris, veritas rei ſemper & neceſſariò ſpectanda eſt; nec quod dici ſolet rem iudicatam pro veritate haberi? *l.*

res

Digitized by Google

res indicata 207. de reg. iur ad iſta pertinet, quæ certam & immutabilem à natura legem acceperunt, ſed ad ea quæ ſunt iuris, vt eùm pronunciatur ingenuus eſſe is, qui re vera vel ſeruus eſt, vel libertinus, vt in *l. ingenuum 25. D. ſtat. homi.* aut hæreditatem eſſe fideicommiſſariam, quæ tamen non fuerit per fideicommiſſum ſaltem vtiliter relicta, vt in *d. § cùm prætor.*

PRINCIPIVM II.

De tutelis tam teſtamentariis, quàm legitimis, exemplo hæreditatum deferendis.

TVtelæ tam teſtamentariæ, quàm legitimæ, exemplo hæreditatum deferuntur, hoc eſt, teſtamentariæ quidem ei cum quo teſtator habuerit teſtamenti factionem: id eſt, qui etiam hæres à teſtatore inſtitui potuiſſet; *l. teſtamento 21. D. de teſtam. tut.* legitimæ verò ei, cui eadem lex delatura eſſet hæreditatem pupilli, ſi vel in ea ætate, vel quo alio tempore inteſtatus decederet, puta proximis agnatis & conſanguineis, itémque patronis. Hi enim omnes ex lege 12. Tabul. ad hæreditatem legitimam admitti poſſunt; *l. 1. D. de legit. tutor.* vbi addit Vlp. hoc ſumma prouidentia factum eſſe, vt qui ſperarent pupilli ſucceſſionem, iidem bona eius tuerentur, ne dilapidarentur.

l. teſtamento 21. D. de teſtam. tutel.

Sunt autem agnati, qui per virilis ſexus perſonas cognatione iuncti ſunt, quaſi à patre cognati, veluti frater eodem patre natus, fratris filius, nepóſve ex eo, item patruus & patrui filius, nepóſve ex eo, *l. ſunt autem 7. D. de legit. tutor. l. Iuriſconſultus 10. §. 1. De gradib. & adfin.*

Neque tamen hoc ita accipiendum eſt, vt tutorem dare poſſint teſtamento ij omnes qui teſtamentariam hæreditatem dare poſſunt: Nemo enim poteſt cuiquam dare niſi ei quem in ſuis hæredibus habuit cùm moritur, habiturúſve eſſet ſi vixiſſet, *l. quò tutelam 73. §. 1. D. de teſtu. tute. & §. vlt. hoc tit.* propter eas rationes, quas diximus *ad Princip. preceden.* Itaque nec mater, nec extraneus, nec alius quiſquam extra patrem vel auum qui filium vel nepotem impuberem ſic habeat in poteſtate, vt non ſit ille in alienam poteſtatem recaſurus, tutorem teſtamento dare poterit, quamuis dare poſſint hæreditatem, quia ſuos hæredes non habent. Sed hoc ſignificare volumus, Nec patri permittendum eſſe vt ſuo hæredi tutorem det niſi eum, cum quo habeat teſtamenti factionem.

Nec rurſus quod de legitima tutela dicimus, hunc ſenſum habet, vt quiſquis legitimus hæres futurus eſt, idem legitimus quoque tutor ſit. Interdum enim alibi eſt hæreditas, alibi eſt tutela, vtputà ſi qua ſit conſanguinea pupillo. Nam hæreditas quidem ad agnatam pertinet, tutela verò ad agnatum. Item in libertinis ſi ſit patrona & patroni filius, Tutelam enim filius patroni, hæreditatem patrona obtinebit. E contrario ſi ſit patroni filia & nepos, hic tutor erit illa hæres: *d. l. 1. §. 1. De legit. tut.* Idque eſt quod ait, *d. l quò tutela, in pr.* quò tutela rediit, eò legitimam quoque hæreditatem peruenire, niſi cùm fœminæ hæredes intercedunt.

Quem locum neſcio cur Franciſcus Hotomanus emendare voluerit, & ſic potiùs legere, *Eò tutela redit quò hæreditas peruenit.* Sic enim ille *lib. 5. Obſer. cap. 26.* Quaſi verò prius ſit vt hæreditas, quàm vt tutela deferatur, cùm in contrarium tutela non ſit niſi viuentis impuberis, hæreditas verò iam defuncti. Debuerat ſic potiùs dicere ſic locũ emendandũ, *Quò tutela peruenit, eò hæreditas redit.* Duriuſculum enim ſanè illud eſt, tutelam redire dici, quæ nunc primùm defertur, nec vnquam penes alium fuit, aut eſſe potuit: Et illud durius quod idem Hotomanus addit, redire dici etiã ea, quæ lege deſtinata ſunt, ex *l. ſi quis ſub conditione 11. §. 1. & §. quod ſi tutori, D. de teſta. tute.* Ibi enim dicitur tutela redire ad legitimum tutorem, non propter præcedentem legis deſtinationem, ſed quia tutela teſtamento fuerat alij delata, quam legitimo tutori, vt proinde legitimæ tutelæ ſpes extincta videretur. Certum namque eſt, quandiu tutela teſtamentaria ſperatur, legitimam ceſſare, adeò vt ſi ſemel ad teſtamentarium tutorem fuerit deuoluta, quamuis deinde ſit excuſatus tutor teſtamentarius, non eo magis tamen tutela redeat ad legitimum, ſed in locum excuſati, alium à Magiſtratu dari oportere, vt ſcriptum eſt in *d. l. ſi quis 11 in princ. & §. 1.* Nempe quia id agatur principaliter à Magiſtratu qui tutorem remouet, vt alium dare poſſit, quemadmodum vult, Bartol. ex *l. 3 §. quæri poteſt, eo. tit. De legit. tuto* vt ad eundem inſtitutio pertineat, ad quem deſtitutio ſpectat, & eius ſit conferre, cuius eſt priuare, vt ad Bartol. addit Baldus. At non ideò quòd in remoto ſuperſint reliquiæ quædam tutelæ teſtamentariæ, ſiue ob dolum, ſiue ex qua alia cauſa remotus proponatur, vt idem Bald. tentauit, nec rurſus vt alij volunt, quia legis tutelam legitimam deferentis poteſtas in ſuſpenſo manere non poſſit, ideoque rota extinguatur ex quo inſtanti teſtamentaria tutela delata fuit, & ad tutorem deuoluta: etſi enim eadem lex 12. Tabul eſt, quæ teſtamentarias quoque tutelas non minùs quàm hæreditates & confirmat, & defert, *l. lege obuenire 130 de verb. ſigni.* hoc ipſo tamen quod lex teſtamentariam defert, non ideirco legitimæ ſpem abiicit, niſi teſtamentaria durante, tametſi tam in teſtamentariis, quàm in legitimis, ſiue hæreditatibus ſiue tutelis, delatio fiat à lege, inſpecto præciſè inſtanti illo quod immediatè ſequitur mortem patrisfamilias, ſi nihil ſit quod in longius tempus differat delationem, *l 2. § interdum, & ſeq. De ſuis & legit. l. 4. D. vnd. legit.* Nam inde quidem eſt, quòd ſi legem 12. Tabul. inſpicias, quantum ad hæreditates neque in ſuis, neque in agnatis ſucceſſio eſt, *l. 2. §. ſciendum, De ſuis & legit §. placebat, Inſt. de leg. agn. ſucc.* quia ſcilicet, vt ſæpius alibi monuimus, tota legis poteſtas vnica delatione conſummitur. At non idem in tutelis quoque ſit, vt ſi teſtamentariam tutelam lex voluntatem teſtatoris ſecuta ſemel confirmauerit, & detulerit, legitimam poſtea deferre nunquam poſſit, lex quidem nõ poteſt, quandiu teſtamentarius tutor viuit, ſiue remotus fuerit, ſiue excuſatus, ſi modò tutelam non ſolùm delatam ex teſtamento, ſed etiam ſuſceptam eſſe proponas. Hoc enim neceſſe eſt, vt legitimus tutor excludatur. Sicut nec ad legitimum hæredem excludendum, ſufficit delatam eſſe ex teſtamento

L. lege obuenire 130. de ver ſign.

teſtamento hæreditatem, ſi non ,etiam agnita proponatur. Ar in tutela amplius eſt quam in hæreditate,quod poſt aguitam quoque & ſuſceptam tutelam teſtamentatiam, legirimæ locus relinquitur,ſi fortè tutor teſtamentarius deceſſerit,*d.l.ſi quis ſub conditione,§ quod ſi tutor, l.inteſtato 7.in fin. De legit.tut.*quia & ſi proximus agnatus à lege tutor factus deceſſiſſet, aut etiam capite diminutus fuiſſet, qui poſt eum qui proximus agnatus reperiretur,legitimus quoque tutor eſſe poſſet, cùm in agnatis quod ad tutelas ſit ſucceſſio, *l.3.§.pen. de legit.tut.* propter eam diuerſitatis rationem,quam attulimus *ad Princip.præcedent Illat.* 24.

Et ideò benè ac propriè ſcriptum eſt *in d. l. ſi quis,& in d.l. inteſtato 6. in fin.* redire his caſibus, vel non redire tutelam ad legitimum tutorem, quæ ſcilicet fuerit aliquando non ſolùm delata tutori teſtamentario, ſed etiam acquiſita.

Cur autem defuncto teſtamentario tutore ad legitimum tutela redeat. Rationem reddit Vlp. in *d §.quod ſi tutor*,quia hîc SCtum ceſſat, illud nimitum quo factum eſt vt in locum tutoris teſtamentarij ſiue excuſati, ſiue remoti,alius dari debeat.Compluta enim SCta in hanc rem & in hunc ſenſum facta eſſe ob pupillorum vtilitatem conſtat,ex *l pen. D. de tut.* At SCtum nullum factum eſt, vt in locum demortui tutoris teſtamentarij alius tutor dandus eſſet tanquam ſufficiente in id lege 12. Tabul. quæ legitimos tutores dat iis qui teſtamentarium nullum habent. Et hoc proculdubio ſenſu ſcripſit Scæuola in *d.l.quo tutela*,eò hæreditatem peruenite, quò tutela rediit, vt eum quoque caſum comprehenderet quo tutela legitima non ſtatim poſt mortem teſtatoris, ſed poſt teſtamentariam obueniſſet, itémque caſum illum quo legitima tutela per multorum perſonas ambulauerit.Is enim ad quem vltimo loco rediit(quamuis hoc caſu perueniſſe rectiùs quàm rediiſſe dicenda eſſet, progreditur enim, non redit ab agnato proximiore ad remotiorem) quia mortis pupilli tempore qui proximus agnatus reperitur,hæres quoque eſt.Itaque nihil apud Scæuolam eſt immutandum.

L.pen.D.de tutel.

ILLATIO I.

De agnato remotiore non dando tutore cum agnatus proximior eſt apud hoſtes.

EX huc Principio illud primùm fit,quod ſcriptum eſt in *d.l.1.§. ſi apud hoſtes.D. de legit. tuto.* Si apud hoſtes ſit frater, inferioris gradus agnato tutelam non defetri, ſicut nec patroni filio ſi pàtronus ſit ipſe apud hoſtes, ſed interim alium tutorem à Prætore dari, dum expectatur an poſtliminio locus aliquando ſit futurus. Nam nec interim legitimam hæreditatem lex 12.Tabul deferret, aut infetioris gradus agnato aut filio patroni propter fictionem poſtliminij, quæ in ſuſpenſo retinet omnia captiui iura,*l.illa inſtitutio 32.§.1.D.de hæred. inſtit. l pen.D.de captiu.& poſtlim.* Aliud erit ſi vel frater vel patronus fuerit deportatus,& confiſcatus, vt loquitur Vlp.in *l.ſi tutor.9.§.penult. D. de tutel.& ration. diſtr.*Etſi enim fieri poteſt vt in ciuitatem reſtituatur, *l intercidit 59. De condit. & demonſtr.* quia tamen id non ex beneficio iuris, ſed ex Principis voluntate futurum eſt, non eo minùs pro mortuo habetur deportatus. Ideóque non alia ratio ſiue hæreditatis, ſiue tutelæ conſtituenda eſt, quàm ſi reuera mortuus proponeretur; *l.1.§.penult. D.de bonor.poſſ.contr.tabul l.4. §.ſi deportatus, de bon. libert. & d l. ſi tutor,§.pen. de tute. & ration. diſtr.*

ILLATIO II.

De legitima patronorum tutela.

SEcundò ex eodem Principio fit,vt patronorum tutela legitima dicatur, non quòd lege 12. tab. expreſsè introducta ſit, & ſpecialiter ac nominatim, ſed per interpretationem Prudentũ ad legem illam,quæ libertorum hæreditates patronis defert, vt Iuſtin.ſcribit in *tit. De legit. patron. tute.* aut vt loquitur Vlp. in *l. 3. in princip. De legit.tutor.* per conſequentias hæreditatum.

Tit.de legit. patr.tutel.

Itaque non diſtinguemus an patronus ſponte manumiſerit,an coactus, puta ex cauſa fideicommiſſi.Quiſquis enim manumiſſor eſt, idem ſicut patronus ita & tutor eſt,*d.l.* 3.§.1. quia ſic ad hæreditatem admittitur, cum æquè habeat iura patroni.

Idem eſt ſi quis emerit hac lege ſeruum vt manumitteret, & ex conſtitutione Diui Marci ad Aufidium Victorinum peruenerit ſeruus ad libertatem,*d.l 3.§ ſed etſi* Quamuis enim hoc caſu competat ſeruo libertas ſola conſtitutionis poteſtate citra manumiſſionem, non alia tamen ratione competit,quàm quia conſtitutio factum emptoris quod debuerat intercedere repræſentat:*l.2.& vlt.C.ſi mancip.ita fuer. alien.* Quemadmodum ergo ſi emptor ipſe manumiſiſſet libertum hodie haberet,ita & cùm non manumiſit, quia manumiſiſſe intelligitur, vt & in ſpecie *l.Paulus reſpondit 38.§.1. De liber.cauſ.*

Planè ſi eo qui fideicommiſſariam libertatem præſtare debuit latitante, libertas ſeruo obtigerit ex Senatuſconſulto Rubriano,cuius verba extant in *l.cùm verò 26.§.ſubuentum, D.de fideic. libert.* non habebit tutorem eum qui fuit rogatus, quia nec patronũ eum habet,cùm efficiatur Orcinus libertus; & ad familiam teſtatoris pertineat,non hæredis:*d.l.3. planè*, Perindo ac ſi directò manumiſſus eſſet, vt verba Senatuſconſulti habent, à teſtatore ſcilicet non ab hærede. Itaque in hac ſpecie incipit tutela ad liberos patroni primos pertinere,quæ ad patronum ipſum non pertinuit: Sicut & in omnibus aliis libertis euenit,qui teſtamento fuerunt manumiſſi:*d.§. planè.*

Quod cùm ita ſit non abs te quis miretur quamobrem Vlp. adiecerit ea verba *in hac ſpecie*, cùm tot ſint ſpecies in quibus idem contingit. Sed dicendum eſt ad id reſpexiſſe Vlpianum, quod regulariter tutelæ legitimæ, non liberis primum, ſed parentibus deferantur; cùm non niſi proximis agnatis deferantur; proximus autem agnatus non ſit filius qui ſemper anteuertitur à patre, per quem & agnatus eſt. Verùm id tunc obtinet, cum agitur de tutela viuo patre. At nos hîc tractamus de tutela illius, qui non niſi poſt domini ſui mortem ſit conſecutus libertatem, ac proinde qui dominum ſuum eundémque patrem legitimi tutoris, tutorem habere numquam potuit, cùm prius eſſe debuerit,vt libertatem, quàm vt tutorem haberet. Conſequenter tractat Vlpian.

in *dict.l.3 §.ſi duo*, Si duo pluréſve manumittant, omnes tutores eſſe, præterquam ſi mulier aliqua ſit inter manumiſſores, cùm ſexus ſui conditione, vt iam ſæpius diximus, tutrix eſſe impediatur.

Quod ſi aliquis ex patronis deceſſerit, relicto filio, tutela penes cæteros patronos tantum eſt, nec ad eius communionem filius defuncti compatroni admittitur. Idémque eſt, ſi huius filij pater non mortuus, ſed ab hoſtibus captus fuerit, aut alia ratione in ſeruitutem redactus. Soli enim compatroni quandiu viuent, tutores erunt, nec cum iis concurret filius captiui aut ſerui effecti. Sed ſi omnes patroni deceſſerint, tunc demum tutela ad eorum liberos incipiet pertinere.

Proinde, inquit Vlp. ſi alter ex patronis filium, alter nepotem reliquerit, vtrum ad ſolum filium, an verò & ad nepotem tutela pertinebit? Dubitationem facit, quia & nepos hic in familia patris ſui proximus eſt: Sed tamen verius eſt legitimam tutelam ad filium ſolum, non etiam ad nepotem pertinere, quoniam & in hæreditate idem contingeret, vt ſoli filio primùm deferretur, poſt filium verò tunc deſcenderet ad nepotem: quia proculdubio eſt proximior qui filius etiam alterius patroni eſt, quam qui nepos. Idque adeò verum eſt, vt licèt patroni filius ſit remotus vel excuſatus, non eo magis tamen nepoti tutela deferatur, vt ſequitur apud Vlp. in *d.l. 3. §. quæri poteſt*. vbi hanc fuiſſe Marcelli ſententiam ſcribit, vt in tutela ſuccedere filio nepos hoc caſu non poſſit. Idcirco enim abiit filius à tutela, inquit, vt alius in locum eius daretur, non vt ſucceſſio admitteretur. *§. quæri poteſt d.l.3.*

Planè in legitimis tutelis ſucceſſionem admittendam eſſe conſtat, quamuis non ſimiliter in hæreditatibus admittatur, ſiue mortuus fuerit, ſiue capite diminutus is, qui proximior fuit, vt ſuprà docuimus & ad Princip. præcedens *illat. 24. ex d.l.3.§ pen.* Summa profectò legis prouidentia, quæ cùm ideò pupillis tutores det vt iis conſulat, non ſatis bene conſulere videretur, niſi tandiu conſuleret, quandiu indigent illi auxilio & conſilio tutoris, id eſt, quandiu verum eſt eos & impuberes eſſe & tutorem non habere, quamuis aliquando habuerint eum, qui poſtea vel defunctus ſit, vel ſeruus effectus, vel capite diminutus. Igitur hac in re ius tutelæ non ſequitur ius hæreditatis. Sicut nec in caſu *d.l.3.§.interdum.eod.tit.tutor.* vbi idem Vlp. monet interdum etiam ſine hæreditate tutelam deferri, & è contrario quoque interdum hæreditatem ſine tutela. Vt putà in eo qui latitauit, cùm ſeruum ſuum rogatus eſſet manumittere. Nam generaliter Diuus Pius Aurelio Baſſo reſcripſit, ius patroni eum non habere. Reſcripti verba hæc fuiſſe refert Vlp. in *d.§.interdum, Planè tergiuerſatio eorum qui ſubuertere fideicommiſſariam libertatem velint, eo modo puniatur, ne ius patroni acquirant in eo quem liberum eſſe nolint.* Quod reſcriptum palam eſt ad Senatuſconſulti Rubriani verba, ſenſúmque accommodatum eſſe. Factum enim eſt Senatuſconſultum illud, vt ſubueniretur fideicommiſſariis libertatibus contra latitantes, qui libertatem præſtare deberent, ſicuti *ſupra* diximus ex *d.l.cùm verò 26.§. ſubuentum, De fideic. libert.* Ergo hoc caſu non habebit hæres ius patroni quoad hoc, vt poſſit habere hæreditatem; ſed tamen non eo minus tutor eſſe cogetur, quia onus illud eſt magis quàm honor, licet etiam admixtum habeat honorem, *l.vlt.§.pen. C. de legit. hæred. l. ne lucrum 5. C. de curat. furioſ.* *Ius tutelæ non ſemper ſequitur ius hæreditatis.*

Alioqui non video quomodo verum eſſe poſſit quod in *d §.interdum*, ſcriptum eſt, deferri hoc caſu tutelam ſine hæreditate, & hæreditatem ſine tutela.

Quod ſi is qui libertatem fideicommiſſariam præſtare debuit, abſit quidem, ſed ex iuſta cauſa, id eſt, ſine dolo malo, libertas æquè obtinget ſeruo, ac ſi eſſet manumiſſus, ſed ita tamen vt eum patronum habeat quem haberet ſi manumiſſus ab eo fuiſſet. idque ex alio Senatuſconſulto, de quo in *l.ſi eum 28. §. vlt.* iunct. *§. eorum. D.eo.tit. De fideic. libert.* Ille apertior caſus eſt qui ſequitur apud Vlpianum in *d.§.vlt.l.1. De legit. tut.* Si pater filiæ ſuum libertum adſignauerit. Tutela enim nihilominus apud fratres remanebit quæ ſcilicet cùm virile ſit officium, non poteſt eſſe apud ſororem, & tamen legitima hæreditas ad ſororem pertinebit, vt & cætera omnia commoda iuris patronatus; *l. 1. & tot. tit. D. de adſign. libert.*

ILLATIO III.

De legitimis tutelis per capitis diminutionem amittendis.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt legitima tutela non minùs capitis diminutione quàm morte finiatur, Nec tantùm morte, aut capitis diminutione pupilli, etiam ea quæ ſalua ciuitate contingat, *l.2. De legit.tuto.* verum etiam tutoris, *d.l.3 §.pen.l.5.§.vlt.eo.tit.l.tutelas 7. D.de capit.min.* *L. 2. D. de legit. tutor.* Cùm enim legitimas tutelas lex duodecim Tab. deferat eodem ipſo modo, quo & hæreditates, id eſt, agnatis proximis. Agnati autem eſſe deſinant per minimam quoque capitis diminutionem, quoniam Agnationis nomen non naturale eſt, vt Cognationis, ſed ciuile, ad cauſam familiæ pertinens, qua proinde mutata (quæ mutatio per minimam capitis diminutionem ſemper contingit) agnationem quoque finitam, ſublatámque eſſe neceſſe eſt, & conſequenter finitam etiam tutelam, quæ non niſi agnationis iure deferebatur.

In quo differunt legitimæ tutelæ & à teſtamentariis & à datiuis. Si enim filiusfamilias à teſtatore, vel à magiſtratu tutor datus, poſtea emancipatus fuerit, non eò minùs remanet tutor, ſicut & ſi cùm paterfamilias eſſet, factus tutor dederit ſe adrogandum, quia ſiue teſtator, ſiue magiſtratus perſonam ipſius elegerit, non tanquam filijfamilias aut patrisfamilias elegit, ſed tanquam probi & prudentis viri, qualis ſi erat ante minimam capitis diminutionem, talis vtique erit & poſtea. At lex cùm tutelam defert agnato proximo, non ipſius perſonam aut probitatem eligit, ſed agnationis ius duntaxat reſpicit, quod ſine dubio nullum ſupereſt, familia per capitis diminutionem mutata, *l. qui in adoptionem 23. D.de adopt. l. qui etiam 53. in fin. D.de rit.nupt. & d.l.tutelas*, vbi hac ratione Paulus ſcribit, legitimas tutelas quæ ex 12. Tabulis deferuntur, eodem modo interuerti, quo & hæreditates, quæ ex eadem lege dicuntur legitimæ, interuertuntur: quia ſcilicet agnatis, inquit, deferuntur, qui agnati eſſe deſinunt, familia mutata.

Quod cùm ita ſit, fatendum planè eſt non poſſe explicari quod *in pr.d.l.tutelas*, ſcriptum eſt, Tutelas non amittere capitis diminutionem, exceptis iis quæ in alieno iure poſitis perſonis

deferuntur

Digitized by Google

deferuntut. Inde enim ſequitur prorſus contra quàm ratio iuris patiatui, vt ſolæ tutelæ legitimæ per capitis diminutionem non amittantur; cæteræ omnes amittantur. Legitimæ enim eæ ſunt, quæ in alieno iure poſitis perſonis non deferuntur. Siquidem agnatis tantùm proximis deferuntur, fieri autem non poteſt vt agnatus proximus ille ſit, qui in patris poteſtate eſt, cum neceſſe ſit à patre antecuerti eum, qui non niſi per mediam patris perſonam agnatus eſt, vt *proximat. Illat.* dicebamus. Ergo cùm & ex ratione iuris. & ex iis ipſis quæ ſequuntur apud Paulum in *d.l.tartias*, appareat tutelas legitimas quæ ex 12. Tabul. lege deferuntur, ſolas amitti capitis diminutione; cæteras verò non amitti. Non dubito quin locus ſit corruptus, & ita emẽdandus, vt addatur negatio ante verbum *deferuntur*. Eſt enim hoc multò probabilius, quàm quod Cuiac. tentat ad *tit. 11. & 12.* Notar. Vlpiani, erratum fuiſſe à Triboniano non verſato in legendis notis Veterum; quaſi notis illis ſcriptum hîc eſſet, *qua i.a.p.p.* hac ſignificatione, *qua iure agnationis proximis periſſimum*; quod vtrumque planè commentitium, & tanti Viri acumine prorſus indignum ſemper mihi viſuo eſt.

Ab ea tamen propoſitione noſtra generali, quæ habet, legitimas tutelas capitis diminutione amitti, excipienda eſt tutela patronorum, quã nominatim excipit Vlp. *dict. cap. 11. verſic. excepta.* Et ratio diuerſitatis eſt, quia per minimam capitis diminutionem licèt familia mutetur, ius tamen patronatus non amittitur, vtpote quod contrahatur ex beneficio manumiſſionis, cuius memoriam per capitis diminutionem extingui, nimis ingratum & impium, nedum iniurioſum eſſet. Identitas enim, vt ita dicam, perſonæ, non familiæ hîc ſpectanda eſt, cùm libertus beneficiũ acceperit non a familia, ſed à perſona, quæ naturaliter & reuera manet eadem etiam poſt capitis diminutionem, quæ antea fuit, Quòd ſi generaliter verum eſt, vt eſt, quod Caius ait in *l. eas 8 De capit. minut.* eas obligationes capitis diminutione non perire, quæ naturalem præſtationem habere intelliguntur, quia ciuilis ratio naturalia iura corrumpere non poteſt, quænam obligatio eſſe poteſt, quæ habeat magis naturalem præſtationem, aut quæ magis ex bono & æquo ſit quàm quæ ex patronatus iure conſtituitur inter patronum & libertum? *l. ſi non ſortem 26. §. libertus D. de cond. indeb.* Cur ergo pereat ius patronatus per minimam capitis diminutionem? Conſequenter igitur nec legitima tutela patronorum per captis diminutionem perire poteſt, cùm nõ deferatur patrono, niſi tãquã patrono, ſicut & legitima hæreditas liberti.

L. ſi non ſortem 26 §. libertus de cond. indeb.

Sed & obſeruandum eſt cæteras legitimas tutelas, quæ agnationis iure deferuntur, ſicuti ab aliis tutelæ ſpeciebus in hoc differunt, quod per capitis diminutionem non amittuntur, ita &, quod magis mirum eſt, à legitimis quoque hæreditatibus differre. Qui enim agnationis iure ſemel hæres fuit, is tametſi poſtea capite minuatur, hæres tamen eſſe non deſinit, ſi fortè dederit ſe adrogandum, ſed in adrogatorem ſuum transfert vt cætera bona ſua omnia, ita & hæreditatem hanc ſibi antea iure agnationis quæſitam: quippe quæ deſierit eſſe hæreditas, propriúmque ipſius patrimonium eſſe cœperit: nec enim ad ſequentis gradus agnatam ex lege 12. tab. deuolui poteſt, cũ in agnatis non ſit ſucceſſio, ne quidem ante acquiſitam hæreditatem.

At is qui tanquam proximus agnatus non ſolùm tutor eſſe potuit, ſed etiàm reuera tutor fuit, ſi capite minuatur, tutor eſſe deſinit, hoc ipſo quod deſinit eſſe agnatus, incipitq; deuolui tutela ad eum qui incipit fieri proximus agnatus quia placuit in tutelis non modò delatis à lege, ſed etiam acquiſitis, eſſe ſucceſſionem, vt diximus in præcedentibus, ex *d.l.3. §. pen. D. de legit. tutor.*

Differentiæ ratio eſt, quia licèt hæreditas legitima non minùs quam tutela iure agnationis deferatur, non tamen vſque adeò ei adhæret, vt amiſſo iure agnationis amittatur, vel ob id maximè quod per aditionem deſinit eſſe hæreditas eo inſtanti quo incipit eſſe hæres, cum hæreditatis nomen & fictionem lex non aliam ob cauſam induxerit, quam vt faceret hæredem. Qui porrò ſemel hæres fuit, nunquam deſinit eſſe hæres, ne quidem per mortem; *l. ex qui ſoluendo, 88. De hæred. inſtit.* Vnde dicimus hæredem hæredis, hæredem eſſe teſtatoris: *l. vlt. C. de hæred. inſt.* Hæres namque fit per aditionem, quæ facti eſt, nec proinde haberi pro infecta vnquam poteſt. Aut vt dicam melius (nec enim ratio hæc quamuis communiter probata locum haberet in ſuis hæredibus, quos conſtat aditione non indigere, *l. 12 ſuus 14. D. de ſuis & legit.* nec eò minùs tamen hæredes remanere etiam poſt abſtentionem: *l. cùm quaſi 30. § ſed etſi ſuus, D. de fid. libert.*) quia quiſquis hæres eſt, ſiue ſuus, ſiue neceſſarius, ita repræſentat perſonam defuncti, vt eadem cũ ipſo perſona eſſe exiſtimetur, ſicut & hæreditas eandem defuncti perſonam repræſentabat: *l. hæres 22. De vſuc.* quã autem perſonam quis ſemel induit, exuere nunquam poteſt, non magis quã facere vt diuerſus ſit à ſua perſona. At in tutela prorſus aliud eſt, quia nõ deſinit eſſe tutela, cùm tutor fit, ſed potius tunc demum incipit. Lex enim non ſolùm tutelam vt hæreditatem defert, ſed etiam hoc ipſo tutorem facit: *l. legit. 5. in pr. D. de legit. tut.* cum tamen hæredem etiam legitimum non lex faciat, ſed aditio hæreditatis per legem delatæ. Rurſus non ſicut hæres perſonam defuncti repræſentat, ita tutor perſonam pupilli, ſaltem vt eam induiſſe ac ſuſcepiſſe videatur, cùm pupilli perſona aliqua naturaliter & reuera ſit, implicet verò contradictionem vt vnius perſonæ duæ ſint perſonæ. Denique ſicut eodẽ tempore & tutela & tutor incipit, ita eodem quoque tempore finitur, nec tamen ſimiliter legis prouidentiam finiri oportet; quod contingeret ſi pupillus ſine tutore remaueret, cùm mors tutoris non faciat, quin reuera ſuperſtes ſit pupillus, faciat verò vt conſilio & auxilio tantò magis indigeat pupillus, qui adhuc pupillus eſt.

Differentia tutela & hæreditatis.

At illud obſeruatione dignum eſt, quod Iuſtin. ſcribit in *§ vlt. De legit. agnat. tute.* agnationis ius capitis diminutione qualibet plerumque perimi. Quaſi verò non ſemper ius familiæ perimatur minima capitis diminutione. Atque ita ſentit Cuiacius *in prioribus ſuis commentariis ad eum locum.* Adferens tres Conſtitutiones, duas Anaſtaſij, tertiam Iuſtiniani, per quas factum eſt, vt poſt emancipationem quoque agnationis ius ſupereſſe videatur. Anaſtaſius enim primùm conſtituit vt fratres emancipati ad fratrum legitimam ſucceſſionem, tutelam, & curationem vocentur, *§. 1. infr. De ſucc. cognat. §. vlt. infr. De gradib. cogn.* Extátque ea conſtitutio partim in *l. frater 4. C. de legit. tute.* partim in *l. ne lucrum 5. C. de curat. furioſ.* Deinde alia conſtitutione fecit etiam, vt ſi quis emancipetur ex ſacro reſcripto, ſecundum formam præſcriptam

Digitized by Google

in *l. iubemus* 5. *C. de emanc. lib.* poſſit impetrare ab Imperatore vt reſcripto comprehendatur, ne familiæ iura amittat: *l. ſi ab eo 11. C. de legit. hæred.* Iuſtinianus verò emancipatorum quoque filiis idem ius conceſſit, vt ad legitimas & hæreditates & tutelas vocentur: *l. vlt. §. cùm autem, & ſeq. C. eod. tit. de leg. hæred.* Sed ex omnibus his conſtitutionibus vna tantùm eſt quæ mihi videtur ad rem pertinere; nimirum Anaſtaſiana, quæ à nobis ſecundo loco relata fuit. Ex cæteris enim probare non poſſis ius familiæ non perimi per minimam capitis diminutionem. Neque verò id fecerunt aut facere potuerunt Imperatores, ſed vt perinde poſt emancipationem ſalua ſint iura hæreditatis & tutelæ ac ſi iura familiæ amiſſa non eſſent. Quemadmodum ab eodem Iuſtiniano poſtea factum eſt, vt cognati ſuccedant cum agnatis: *Nouell. 118. de hæred. ab inteſt. venient.* non quaſi ſint illi etiam agnati, quod Iuſtinianus facere non potuit, ſed ſublato iure agnationis, quòd facilè tolli potuit ab Imperatore cùm eſſet nomen & inuentum iuris ciuilis: *d. §. de legit. agnat. tut.*

ILLATIO IV.

De quaſi legitima tutela parentis qui liberos ſuos manumiſsit.

QVartò ex hoc eodem Principio fit, vt ſi parens filium vel filiam, vel nepotem vel neptem & deinceps impuberes, quos in poteſtate habebat, manumiſerit, aut quod hic idem eſt, emancipauerit, vicem legitimi tutoris ſuſtineat; *d. l. 3. §. vlt. De leg. tut.* Immò & legitimus tutor appellatur à Iuſtin. in *tit. De leg. par. tut.* Exemplo legitimæ tutelæ patronorum, de qua diximus *illat. 2.* Cùm enim fieri non ſoleret olim emancipatio, niſi per manumiſſionem deducto in ſeruitute imaginariam eo qui emancipabatur, *l. 3. §. vl. D. de cap. min. d. vl. C. de emanc. lib.* conſequens erat, vt parens qui emancipauerat, etiam manumiſiſſet, ac proinde vt manumiſſoris, ita & patroni iure cenſeretur: *l. 1. & tot. tit. D. ſi à patr. quis man.* Quia tamen patroni & manumiſſoris nomen non aſſumit, ſed retinet nomen patris, quod multò dulcius eſt, non ſic abſolutè legitimus tutor dicitur ille vt patronus, ſed legitimi tutoris vicem ſuſtinere, quia nec reuera patronus eſſe poteſt, cùm ſeruitus filij emancipati non fuerit vera, ſed imaginaria, ſed tantùm dicitur eadem habere iura in bonis filij emancipati, quæ habet patronus in bonis liberti, *§. præterea, ſup. quib. mod. ius patr. poteſt. ſoluit.*

d. l. 3. §. vlt. de legi. tut. De legit. parent. tutel.

Ex hoc nimirum illa etiam proficiſcitur differentia inter legitimam hanc parentum tutelam, & cæteras legitimas, quòd cum cæteræ aut ad patroni liberos, aut ad ſequentium graduum agnatos ex ordine deuoluantur, vt *ſuprà* diximus, hæc tamen ad parentis eiuſdémque manumiſſoris liberos non transfertur, ſed fiunt illi tutores fiduciarij eius, cuius fuerat ipſorum pater tutor legitimus, vt ſubiicitur ex Modeſtino in *l. quo defuncto 4. D. de legit. tutor.* & latius explicat Iuſtinianus in *tit. De fiduciar. tut.* vbi ait Patrono legitimo tutore mortuo, ipſius quoque liberos, tutores legitimos eſſe quoniam libertus ſi ſeruus manſiſſet, vtique eodem iure apud liberos domini poſt mortem eius futurus eſſet. At filius defuncti à viuo patre emancipatus, ſi non eſſet emancipatus, ſui iuris per mortem patris efficeretur, nec recideret in fratrum poteſtatem. Ergo nec in tutelam.

Ex qua ratione ſi vera eſt, intelligimus, ſi auus qui habebat in poteſtate ſua filium, & ex filio nepotem, emancipauerit nepotem impuberem, atque ita legitimus ipſius tutor factus poſtea deceſſerit ſuperſtite filio, eodémque patre emancipati, legitimam illam tutelam quæ apud auum fuerat ad patrem deuolui, quoniam ſi non eſſet emancipatus, recideret in patris ſui poteſtatem, nihilque vetat legitima parentum tutela hanc contineri, cùm pater etiamſi manumiſſor non ſit, parens tamen ſit.

Dubitationem nihilominus hîc facit, quod nullibi mentio fit legitimæ parentum tutelæ, niſi cùm agitur de tutela quæ ſit penes ipſum manumiſſorem. Item quia in *l. 1. §. penult. D. ſi à parent. quis manum.* generaliter ſcriptum eſt, liberos manumiſſoris non venire ad bonorum poſſeſſionem contra tabulas filij, quamuis patroni veniant; Niſi velimus hoc intelligi de iis liberis, qui aliud ius nullum habeant, niſi quod ſint liberi manumiſſoris: aliud verò eſſe in iis, qui non tantùm liberi ſunt manumiſſoris, ſed etiam parentes manumiſſi. Quod ſanè non fuerit improbabile. Quænam enim videri poteſt fieri iniuria nepoti, qui ab auo fuit manumiſſus cùm ſi manumiſſus non eſſet, recideret nunc in poteſtatem patris?

Sanè quod in *d. l. 1. §. nepos,* ſcriptum eſt, auum ſolum admitti ad nepotis ſucceſſionem, huic ſententiæ non obſtat. Procedit enim id cùm auus idémque manumiſſor ſuperſtes eſt nepoti, nos eum caſum tractamus, quo deceſſerit auus viuo nepote, qui in patris ſui reciderit poteſtatem.

Itaque nihil neceſſe eſt, vt cum Iacobo Cuiacio dicamus rationem illam, qua Iuſtinianus vſus eſt in *dict. tit. De fiduc. tut.* aut falſam eſſe in auo & patre, aut nimis ſubtilem. Nec rurſus, vt cum eodem Iacobo Cuiacio melioris rationis loco dicamus, non vt liberis patroni, ita liberis emancipatori lege deberi hæreditatem, ex *d. §. liberos.* Iam enim diximus poſſe id & debere intelligi de iis liberis, qui non ſint etiam parentes eius qui manumiſſus fuit. Cur non enim horum diuerſa ratio conſtituatur, cum in eorum poteſtatem fuerit recaſurus is quis manumiſſus eſt, ſi manumiſſus non fuiſſet?

At neque video cur cum Cuiacio dicendum ſit parente emancipatorem fiduciarium tutorem eſſe, non legitimum: cùm legitimam parentum tutelam dixerit Iuſtinianus *in illo tit. De leg. parent. tut.* Fateor ſi magis propriè loqui velimus non tam legitimum tutorem dici debere, quàm legitimi tutoris loco eſſe, vt loquitur Vlp. in *d. l. §. vlt. De leg. tut.* Sed nego eſſe fiduciarium propriè, cùm id fiduciarij tutoris nomen ei demum conueniat, qui neque legitimus tutor, neque quaſi legitimus videri poſſit, vt ſunt inter ſe liberi manumiſſoris Seio Vlpianum, *tit. 11. §. 4.* ita ſcribere, vt dicat tutorem fiduciarium appellari eum, qui liberum caput mancipatū ſibi vel à parente, vel à coemptore manumiſit, perque ſimilitudinem patroni tutorem eum effici. Sed poteſt id de coemptore manumittente intelligi potius quàm de parente. Coemptor enim ſicut non niſi fiduciarius pater eſt, vt *ibidem* rectè Cuiac. interpretatur ita non niſi fiduciarius tutor eſſe poteſt. At parens ſicut non minus legitimus quàm naturalis pater eſt ante emancipationem, ita & poſt emancipationem remanet legitimus tutor, non fiduciarius. Tãto magis quod ſit tutor ad exemplum

Vlp. in fragm. tit. 11. § 4.

plum patroni, qui verè legitimus eſt. Nec alia inter eos differentia eſt, niſi quod per legem 12. tab. defertur nominatim patrono hæreditas liberti, non etiam patris hæreditas filij emancipati. Eſt enim ex Prætoris edicto, vt emancipatus filius exitum faciat liberti, *d. l. 1. & tot. tit. D. ſi quis à par. man. ſit* Et ideò Vlp. in *d. l. 3. §. vl* non ait legitimum tutorem eſſe, ſed legitimi tutoris vicem obtinere, quod longè aliud eſt, quàm fiduciarium tutorem eſſe. Qui enim tantùm fiduciarius tutor eſt, is neque legitimus eſt, neque legitimi vicem obtinet; vt colligitur non obſcurè ex coniunctione, *l. 4. eo tit.* licèt Cuiacius diſſentiat, nullam agnoſcens differentiam inter tutelam, quæ defertur patri manumiſſori, & eam quæ ipſius liberis, niſi quod ea quæ patri defertur non tantùm fiduciaria dicatur, ſed etiam legitima, quæ verò ipſius liberis non niſi fiduciaria: Cuius tamen differentiæ quænam eſſe ratio poſſit, non video, ſi putemus cum Cuiacio vicé legitimi tutoris ſuſtinere, hoc caſu nihil aliud eſſe, quàm fiduciariam tutelam habere.

Legitimi tutoris vicem obtinere, & fiduciarium tutorem eſſe, differentia ſunt.

Illud multò minùs ferre poſſum quod idem Cuiacius ad Iuſt. ſcribit verba illa, *d. l. 4 ſi liberi perfectæ ætatis exiſtant.* Triboniani eſſe, non Modeſtini. Cùm Iuſtinianus ipſe teſtetur. *in fine dicti tit. De fiduc. tutel.* eam fuiſſe iam olim conditionem fiduciariæ tutelæ, vt non aliis deferretur, quàm qui perfectæ eſſent ætatis, quod in legitimis tutelis diuerſum erat. Quippe cùm legitimæ deferrentur, vt diximus, agnatis proximis, exemplo hæreditatũ; nemo autem eo minùs ſit agnatus proximus quòd ſit etiam pupillus, aut minor annis vigintiquinque. At fiduciariæ iis demum, quorum fides in tuendo pupillo certiſſima videretur, ita vt ceſſante legitima tutela, non eſſet alia perſona, cui tutiùs tutela committi poſſet. Quis verò tantam fidem adhibeat impuberi, aut minori 25. ann. qui ſibi ipſi, nec cõſulere poſſit, nec fidere debeat? Neque verò hac parte, quod ad fiduciariam tutelam attinet, Iuſtinianus quicquam innouauit, ſed quod in fiduciaria tantùm obtinebat, vt tutorem ætatis perfectæ eſſe oporteret, id ille generali conſtitutione ad alias quoque protraxit, id eſt etiam ad legitimas, & datiuas, non tamen ad teſtamentarias; *l. vlt. C. de legit. tutel.* vbi rationem reddit quod ferendum non ſit, vt idem & tutor ſit, & ſub tutela conſtitutus, idem & curator ſit & ſub alterius cura agat, ne & nominum & rerum fœda confuſio inducatur.

Non æquè illud reprobo, quod idem Cuiacius notat aliis pleriſque locis, in quibus ſcilicet de fiduciaria tutela non agitur, eam conditionem, *ſi perfectæ ætatis ſint*, additam eſſe à Triboniano reſpiciente ad ſupradictam Iuſtiniani conſtitutionem, vt in *l. tutela 16 §. 1. De tutel. l. ſi reliquero 8. D. de legit. tutor. l. 1. D. de fideiuſſ. tutor.* vbi valde ineptè meo iudicio ad Pomponium tractantem non de tutore, ſed de tutoris hærede, quem lex ait explicare debere omnia quæ fuerunt per defunctum inchoata, ſubiecit Tribonianus conditionem, *ſi legitimæ ætatis & maſculus ſit.* Quaſi verò tutelæ obligatio à defuncto contracta ex perſona ipſius hæredis, ſiue pupillus, ſiue fœmina reperiatur, vel imminui debeat, vel immutari: contra regulam *l. 2. § ex his, D. de verbor. obligat.* ac non potiùs per ipſius hæredis eiuſdémque impuberis tutorem prouideri, vt ea omnia ipſius nomine fiant, quæ ille per ſeipſum, ſi perfectæ ætatis eſſet facere cogeretur. Alioqui cur pupilli pubertatem expectare debeat is, qui neque cum pupillo, neque cum ipſius deceſſore contraxit, aut ex eius ætate damnum aliquod ſubiret? *l. 3. D. quib. ex cauſ. in poſſeſſ. eat. l. Æmilius 41. De minor. l. ſub prætextu 4. C. de hæredit. action. l. ſi intra 8. in fin. C. de non numer. pecun. l. ſi tibi 8. C. mandat. l. ſed cùm ab hærede 12. D. ad SC. Trebell.* Nec ſanè Iuſtiniani conſtitutio de tutoribus tantùm lata ad hunc caſum pertinet, vt proinde tantò minùs ignoſcendum ſit Triboniano, qui Pomponij ſententiam & conſequenter ipſam iuris rationem, quantum in ipſo fuit, corruperit.

Quod autem monuimus eam conſtitutionem ad teſtamentarios tutores non pertinere, non ſic accipi volumus, quaſi exiſtimemus minorem annis vigintiquinque teſtamento tutorem datum, ante legitimam ætatem tutela onerari poſſe: ſed hoc ſenſu, vt nil neceſſe fuerit hac parte quicquam immutari ex iure vetere, ex quo iam obtinebat, vt ſi quis minor annis tutor datus eſſet, is non prius tutor eſſe inciperet, quàm ætatem legitimam compleuiſſet: *§. furioſus qui teſtam. tutor dar. poſſ. l. quæro 32. §. vlt. D. de teſtam. tutel.* benigna ſcilicet interpretatione voluntatis defuncti, quem credendum eſt, cùm filio tutorem dedit, ei quam optimè facere potuit proſpicere voluiſſe: quod vtique non poſſet videri feciſſe, dando tutorem eum, qui ipſe tutore, vel curatore indigeret. Vnde etiam eſt, quod furioſus teſtamento tutor datus ſub ea conditione datus intelligitur, Cùm mentis compos erit: *d. §. furioſus. & l. furioſus 11. D. de tutel.*

ILLATIO V.

De ſatiſdatione à legitimis quoque tutoribus præſtanda.

QVintò ex eodem Principio fit, vt legitimi tutores non minùs quam qui à magiſtratu dantur, ſatiſdare compellantur, Rem pupilli ſaluam fore: *l. legitimos 5. §. 1. D. de legit. tutor.* Cùm enim lex 12. tab. ſicut hæreditatem, ita & tutelam deferat proximo agnato ſine delectu ætatis, aut iudicij, aut fidei & probitatis, atque ita plerumque eueniat pertinere tutelam ad eum qui rem pupilli malè profligaturus eſſet, ſi non pupillo proſpiceretur, conueniens fuit præ cæteris omnibus tutoribus hos potiſſimum ſatiſdatione onerari, quibus lex tutelam daret. Nam in his qui à Magiſtratu dantur, poteſt interdum non eſſe neceſſaria cautio, ſi fortè, quod plerumque fit, dati ſint ex inquiſitione. Fides namque inquiſitionis pro vinculo cautionis cedit, *l. ſi impuberi 13. in fin. D. de tutor. & cura. dat. l. bonorum 8. D de curat. furio.* At nulla inquiſitio fit in tutores datos à lege.

L. legitimos 5 §. 1. D. de legit. tutor.

Adeò autem verum eſt legitimos tutores ſatiſdare compelli, vt nec patroni ipſi excipiantur, eorum verò liberi multò minus, *d. l. 5. §. 1. De leg. tut*, vbi tamen ſubiicitur melius eſſe, vt Prętor nõ niſi cauſa cognita hoc ſtatuere debeat, vtrũ ſc. debeat ſatiſdare patronus, liberique eius an non; Vt ſi perſona patroni honeſta ſit, remittatur ei ſatiſdatio, & maximè ſi liberti ſubſtãtia modica ſit. Si autem patroni perſona vulgaris, vel minùs honeſta ſit, ibi dicendum ſit locum habere ſatiſdationem, vt denique aut modus tutelę aut perſona, aut cauſa admittat ſatiſdationẽ.

Quamquam tota hęc diſtinctio mihi nõ parũ ſuſpecta eſt. Et ſi enim ab æquitate non abhorret,

ſi eam ſpectes reuerentiam, quæ patrono patronique liberis à liberto debetur, tamen à iuris ratione pupillorumque vtilitate, quæ ſpectari potiſſimum debet, aliena eſſe videtur. Tunc enim maximè legitima tutela ſatiſdationem exigit cùm patrono defertur, ne alioquin eueniat, vt quantumuis malè fuerint administrata, miſer tamen libertus non facile contra patronum agere audeat, multò faciliùs & vtilius contra patroni fideiuſſorem acturus, ſi quis eſſet. Fatendum tamen eſt cum Papin. in *d. l. ſi impuberi 13. §. 1. D. de tutor. & curat. dat.* non facilè cautionem hanc exigi à patrono, propter ipſius nimirum reuerentiam, quæ & alia pleraque contra iuris rationem extorſit.

ILLATIO VI.

De tutela vni ex pluribus etiam legitimis tutoribus decernenda.

SExtò ex eodem Principio fit, vt in legitimis tutoribus ſicut & in his qui à magiſtratu dantur, tutela vni decerni poſſit, *d. l. 5. § an legitimis D. de legi. tut.* Quid enim ſi quidam ex agnatis proximis, vel furioſi ſint, vel abſentes? Non eo minus erunt tutores, quia nec furor, nec abſentia tollit ſpem legitimæ ſucceſſionis, ſicut ius agnationis, nec gradus proximitatem. Sed tamen quia nec abſens, nec furioſus tutelam adminiſtrare poteſt, vtilitas pupilli exigit, vt vni ex iis qui in eodem gradu agnationis ſunt, qui & præſens & prudens ſit, adminiſtratio mandetur. Separanda igitur hic eſt, vt alibi ſæpè tutelæ adminiſtratio à tutela. Nam & hoc caſu tutela penes omnes erit, Tutelæ autem adminiſtratio penes eum ſolum cui fuerit à Magiſtratu decreta & mandata. Tutela ipſa datur à lege: Tutores enim legitimos nemo dat, ſed lex duodecim Tabularum facit tutores, & conſequenter ipſo iure tutores ſunt, quamuis abſentes & furioſi, *dicta lege 5. in princip.* At tutelæ adminiſtratio mandatur à Magiſtratu, prout exigit vtilitas pupilli. Ideóque dicimus tutelam eſſe iuris, tutelæ verò adminiſtrationem iuriſdictionis, *l. inter tutores 39. De adminiſtr. tutor.*

Alia cauſa adminiſtrationis, alia tutela.

Subinde quærit Vlp. in *d. l. 5. verſ. an ergo.* An cùm plures ſunt eiuſdem gradus tutores legitimi, poſſint ſe inuicem prouocare, ſi qui eorum ambiant adminiſtrationem, eámque ſibi ſolis deferri velint, vt ſcilicet offerendo ſatiſdationem præferantur cæteris qui ſatiſdare vel nolint, vel nõ poſſint, nõ vt ſoli ſint tutores quod fieri nequit, ſed vt ſoli habeant adminiſtrationem. Et ait magis eſſe, vt ſi nõ omnes ſatiſdederint, vel ſi finita ſit ſatiſdatio (nonnunquam enim ſatiſdatio ab eis non perierit, aut ſatis cautum eſſe deſinit, inopibus factis fideiuſſoribus, aut ſi magiſtratus municipales ab his quos dederint, aut nõ potuerunt, aut noluerunt ſatis exigere, dicendum ſit in his caſibus in quibus cautum non eſt, admittendam eſſe prouocationem; Nimirum propter vtilitatem pupillorum, quorum ſanè intereſt, vt cæteris paribus, eos habeant ſi non tutores, ſaltem adminiſtratores, per quos magis cautum eis ſit.

Vnde etiam fit vt in tutoribus teſtamento datis, tametſi non cogantur ſatiſdare rem ſaluam fore, ſi quis tamen ex eis cùm plures à teſtatore nominati ſunt, offerat ſatiſdationem, vt ſolus adminiſtret, audiendus ſit, & aliis omnibus præferendus, ſi modò reliqua ſint paria, nec illi etiam ſatiſdare parati ſint, alioqui non debent excludi alterius oblatione, vt idem Vlpianus tractat in *l. teſtamento 17. D. de teſt. tutel.* Sed hic eadem exceptio adhibenda eſt, quæ *in præcedenti illatione* ratione tutelæ patronorum: Nec enim admittenda eſt in patronis prouocatio maximè in illis caſibus in quibus neceſſaria ſatiſdatio non eſt, Niſi ex magna cauſa, Ne ſpes ſucceſſionis quam patroni omnes æqualem habent, aliis per alios diminuatur: Nam ſi non omnibus patronis tutela committatur, periculum eſt, ne is cui commiſſa non eſt, damno afficiatur per compatronum, qui ſolus rẽ pupilli malè adminiſtret, *d. l. 5. § pen. De legit. tutor.* Quæ tamen ratio qualis ſit, ego vt verum fatear non intelligo. Quomodo enim per compatronum qui ſolus malè adminiſtret damno afficietur alius patronus, cui fuerit bene cautum per ſatiſdationem? An non ſecurus eſt omni caſu is quis ſatis accipere maluit, quàm adminiſtrare, *dict. l. teſtamento 17. in fine principij, De teſta. tutel.* At ratio hæc bona eſt in patronis, cur ergo aliud reſpondetur in agnatis? An non & illis æquè iuſtam ac probabilem ſucceſſionis ſpem habent à lege ſi agnati tantùm ſint, adeóque à natura ſi ſint etiam cognati? propter quod nimirum etiam tutores à lege fiunt. Itaque vel ex hoc maximè loco apparet verum eſſe quod *præcedente illatione* monuimus, non ſibi temperaſſe Tribonianum, quin totam hanc Vlpiani diſputationem corrumperet. Nihil enim ei familiarius eſt quàm vt id faciat, & quidem rationibus, vt plurimùm abſurdis & ineptis, itémque additis illis verbis, *niſi ex magna cauſa* vt & in *l. 1. in fi. D. de vſufr. legat.* quod & oſtendunt verba illa tam inſulsè repetita Triboniano more. *An ergo &c.*

Tribonianiſmus apud Vlpianum.

ILATIO VII.

De tutela legitima etiam illo caſu quo teſtamentum factum ſit.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt ſi pater teſtamentum quidem fecerit, ſed in eo tutorem nullum filio dederit, perinde legitimæ tutelæ locus fiat, ac ſi teſtamentum nullum factum eſſet, quia ſcilicet quod ad tutelam pertinet, verum eſt patremfamilias inteſtatum deceſſiſſe, *l. inteſtato 6. de legit. tutor.* Cùm enim lex 12. tabu. permiſerit patrifamilias, vt non tantum de familia pecuniáque ſua, ſed etiam de tutela legem, quam velit, dicere poſſit, qui de pecunia & familia tantum teſtatur non etiam de tutela, non equidem dicitur pro parte teſtatus & pro parte inteſtatus, cùm habeat hæredem qui perſonam ipſius in ſolidum repræſentet, ſed tamen non eò magis poteſt dici teſtatus quantum ad tutelam, quæ ſcilicet nihil commune habet cum iure familiæ & hæreditatis. Ex quo intelligimus legitimas tutelas dici, non quæ iis deferantur qui ab inteſtato ſucceſſuri ſint (quid enim ſi pater filio impuberi pupillariter ſubſtituerit extraneos) ſed qui omnimodo ſucceſſuri eſſent ab inteſtato, ſi teſtamẽtum pater filio non feciſſet, quique etiam citra voluntatem patris ſucceſſuri ſunt impuberi, ſi quãdo ille poſt annos pupillares ſine liberis moriatur: cùm pupillare teſtamentum, quod pater filio fecerit, pubertate finiatur, aut potiùs extinguatur & irritum fiat; *l. in pupillari 14. & paſſ. De vulg. & pup.*

l. inteſtato 6. D. de legit. tutor.

Legitima tutela quæ dicantur.

Digitized by Google

pup.ſubſt. Sed etſi pater teſtamento tutorem filio dederit, non tamen omnino legitimus tutor excludetur, quia ſi tutor ille teſtamento datus adhuc filio impubere manente deceſſerit, legitima ad proximum agnatum qui tum fuerit reuertetur, *d. l. inteſtato in fin.* De quo ſcripſimus *illat. 3. ſupr.*

ILLATIO VIII.

De tutela legitima pluribus eiuſdem gradus agnatis deferenda.

OCtauò ex eodem Principio fit, vt quemadmodum ſi plures ſint gradus agnatorum, qui proximus gradu eſt, tutelam ſolus nanciſcitur, ita & ſi plures eodem gradu ſint, omnes ſimul & æqualiter tutelam nanciſcantur; *l. ſi plures 9. D. de legi. tut.* Æquè enim proximi ſunt, qui eodem gradu ſunt, adeóque etiamſi proponas nullos eſſe vlterioris gradus agnatos, Proximus ſiquidem ille dicitur, non qui aliquem, ſed quem nemo antecedit, *l. qui duos 9. in fine prin. D. de reb. dub. l. proximus 92. l. proximi 155. l. in vulgari 162. De verb. ſign.* Nec rurſus quicquam vetat in eodem gradu plures perſonas eſſe, quarum proinde ius par & æquale eſſe neceſſe eſt. Itaque cùm lex 12. Tabul. ſic locuta eſt, *Agnatus proximus familiam habeto*; in numero ſingulari, non perſonæ, ſed gradus ſingularitatem & proximitatem demonſtrauit. Sicut & in illis præcedentibus. *Si ſuus hæres non erit*, ſui hæredis nomine complexa eſt quotquot poſſunt eſſe in eiuſdem patris familia ſui hæredes, etiamſi ſint diuerſi ſexus.

Proximus quis dicatur.

Quod cum ita ſit, non video qua ratione verum eſſe queat quod ſcribitur ex Paulo in *l. ſi reliquero 8. eo.* Si reliquero filium impuberem & fratrem ipſius & præterea nepotem ex alio filio, vtroſque eſſe tutores. Conſtat enim quòd ſi impubes hic decederet inteſtatus, hæredem legitimum eſſet habiturus fratrem ſolum, non etiam prædefuncti fratris filium; Nec enim fratris filius cum patruo in patrui ſucceſſione olim concurrere poterat, cùm vno gradu eſſet remotior, nec ius repræſentationis inter tranſuerſales locum haberet, *l. 3. l. lege 14. § pen. ver. ſcilicet ſi frater, C. de legit. hær.* Sed illud multò magis me mouet, quod apud Paulum rationis loco adiectum video, *quia eodem gradu ſunt.* Id enim non ſolùm olim falſum erat, vt ex ſupradictis locis apparet, ſed nec hodie verum eſſe poteſt, quamuis Iuſtinian. *Nou. 127. vt fratr. filij ſucced. parit. & Nou. 118. de hær. ab inteſt. venien. c. 3. de ſucceſ. ex later. ven.* vnde ſumpta eſt *Auth. ceſſante, C. de legit. hær.* fratrum filiis conceſſerit ius repræſentationis, quod olim non habebat locum niſi inter deſcendentes, *§. cum filius, infr. De hær. quæ ab inteſt. def.* Nec enim Iuſtinian. fecit, aut facere vllo modo potuit, vt fratris filius in eodem gradu ſit in quo & frater (ſiquidem gradus à natura præſcripti & diſtincti ſunt, ac ſiue gradus computes ſecundum ius ciuile, ita vt frater ſit in ſecundo gradu; ſiue ſecundùm ius Pontificium conſtituas fratrem in primo gradu, numquam poteris facere, vt fratris filius non ſit remotior vno gradu quam frater) ſed concedendo fratrum filiis ius repræſentationis, illud tantùm induxit vt fratris filius licèt vno gradu remotior ſit, perinde tamen cum patruo concurrere poſſit in patrui ſucceſſione, ac ſi in eodem gradu eſſet: Vt pluribus à nobis tractatum eſt in diſputatione illa noſtra forenſi, *De patrui hereditate inter ſolos fratrum filios, in ſtirpéſne, an in capita diuidenda.* Itaque dubitare meo iudicio nemo poteſt, quin locus ille Pauli corruptus ſit à Triboniano reſpiciente ad ſupradictas Iuſtiniani conſtitutiones. Idque à viro doctiſſimo Iacobo Cuiacio non fuiſſe obſeruatum miror, cum *in eadem lege* obſeruauerit ille (quod coniecturam & ſententiam noſtram valde adiuuat) eiuſdem Triboniani eſſe verba illa, *ſi perfectæ ætatis ſint*, quæ proculdubio Pauli eſſe non potuerunt, cuius quippe temporibus ita ius erat, vt legitimæ tutelæ impuberibus quoque deferrentur, vt *ſuprà* diximus *Illat. 4.*

L. ſi reliquero 8. eod. tit. De legit. tutor.

Tribonianiſmus apud Paulum.

Nec quicquam eſt, quod ſcrupulum facere poſſit, vt ab interprete aliquo eóque valde imperito potiùs quàm à Triboniano ea verba ſuppoſita fuiſſe videantur. Niſi quod neque poſt Iuſtiniani Conſtitutionem, vt diximus, verum eſt, fratrem fratriſque filium in eodem gradu eſſe. Sed poteſt dici Tribonianum ita ſcripſiſſe, æſtimante gradus non ex ſanguine, ſed ex iure ſuccedendi. In eodem namque gradu quod ad ius ſuccedendi attinet, eos eſſe neceſſe eſt, qui ſimul ſuccedunt, licèt alioquin à natura diſparem habeant gradum.

Planè idem Tribonianus in *§. vlt. Inſt. de cap. dimin.* poſteaquam ſcripſit tutelam ad omnes agnatos pertinere, ſi plures ſint eiuſdem gradus, exemplum ponit, *Veluti*, inquit, *ſi plures fratres ſint*; nec quicquam addit de fratrum filiis, quos nimirum certum erat cum patruis ſuis concurrere non poſſe, cùm eo tempore nondum factæ eſſent Nouellæ illæ conſtitutiones, quæ iis ius repræſentationis indulſerunt. Ex quo ſuſpicari licet, non tantum Codicis quo vtimur, ſed etiam Pandectarum libros eſſe repetitæ prælectionis, Eiúſque rei argumenta penè innumera extant in tot legibus quas à Triboniano fuiſſe deprauatas cernimus, vt eas accommodaret ad ius nouum, quod Nouellis primùm Iuſtiniani conſtitutionibus fuit introductum. Sic è contrario ſi quis fratris filius ſit impubes, & patruum habeat & fratrem, habebit legitimum tutorem fratrem ſolum, non etiam patruum, non alia ratione quàm quod frater in proximiore gradu ſit, quàm patruus. Cùm tamen eadem prorſus ſit proportio inter patruum & fratris filium, comparatione alterius patrui, quæ eſt inter eoſdem comparatione illius qui ſit frater fratris filij. Nunquam ergo patruus & fratris filius eodem gradu ſunt, *l. agnato 10. eod. tit. De legit. tut.* vbi Hermog. ait patruum eſſe legitimum tutorem fratris filij habentis ſororem conſanguineam: Non quaſi ſit in eodem gradu, ac cæteris paribus debeat maſculus præferri fœminæ in tutela, ſed quia fœmina etiam quæ ſit propior agnato, non obiicitur ei quominus ſit legitimus tutor impuberis agnati, vt *in princip. eiuſdem legis* ſcriptum eſt. Vnde nec matertera patruo magno, nec amita fratris filiis obſtant ne ſint iſti tutores, quamuis ſint illæ proximiores, vt ſequitur *in eadem lege.* Cùm enim dicimus legitimam tutelam proximo agnato deferri, præſupponimus terminos habiles, qui & aliàs ſemper ſunt præſupponendi, h. e. quod proximus ille agnatus tutor eſſe poſſit. In quo numero non poſſunt eſſe mulieres, quæ propter ſexus conditionem impediuntur, ne tutelam, quod virile officium eſt, gerere poſſint; *l. tutela 16. D. de tut.*

L. agnato 10. D. de legit. tutor.

Eadémque ratio facit, vt ſurdus & mutus quamuis agnati proximi ſint, non magis tamen legitimi tutores eſſe poſſint, quam vel teſtamento, vel à magiſtratu tutores dati, *d.l.agnate, in fin.* Quid enim refert an conditione ſexus, an valetudine impediatur quis ne tutor eſſe poſſit? Pupilli melior olim cauſa fuit. Etſi enim non magis alienis quam propriis rebus conſulere poſſet, legitimus tamen tutor eſſe poterat, quaſi qui per tutorem ſuum poſſet gerere alterius tutelam, ſicut & cætera negotia omnia, ſuppleto nimirum iudicio & conſilio pupilli per iudicium & conſilium tutoris. Propterea quod vt alibi monuimus, certum eſt ætatem allaturam eſſe iudicium pupillo, at non æquè reſtituturam ei ſanitatem, ſiue mentis, ſiue corporis. Id enim ſemper in euentu incerto poſitum eſt, *l.ambiguitatem 12.C. de vſufr.*

De illo ſanè qui audit minùs, id eſt tardiùs, nec dubitatio eſt, quin tutor eſſe poſſit, nec tantum legitimus ſi idem agnatus proximus reperiatur, ſed etiam teſtamentarius & datiuus, *l.vlt. eod.tit. De legit.tutor.* Sed & alia ratio impedit ne mutus & ſurdus tutores eſſe poſſint, Nempe quòd nec ipſi tutorem habere poſſunt, niſi ſint etiam impuberes, ſed curatorem tantùm, vt & cæteri omnes, qui alia de cauſa quslibet præterquam ætate prohibentur, ne ſuis rebus ſupereſſe poſſint, *l.his qui 12. D.de tut.& cur.dat.l. 2. D.de cur.furio.* Quomodo igitur fieri poſſet, vt ex perſona muti, vel ſurdi, videretur tutor eſſe impuberis agnati ille, qui nec ipſius muti, aut ſurdi, eiuſdémque proximi agnati tutor eſſet, ac curator duntaxat? In pupillo autem qui tutorem habet, non idem tractari poteſt: Nihil enim vetat ex perſona pupilli eiuſdémque agnati, tutelam alterius impuberis gerere illum qui legitimi totoris ſit tutor.

PRINCIPIVM III.

De curatore furioſi, dementis, & prodigi.

LEx XII. *Tabularum furioſum, itémque prodigum, cui bonis interdictum eſt, in curatione iubet eſſe agnatorum*, vt Vlp. ſcribit in *fragm.tit. 12. De curat §.1.*& in *l. 1.in pr. l. ſæpe ad alium 13. D. de cur furio: l.1.& l.vlt.§. ſin autem teſtamentum, C. eo.* Ac de furioſo quidem ea fuerunt verba legis 12.Tab *ſi furioſus exiſtet, agnatorum gentiliumque in eo pecuniáque eius poteſtas eſto*, vt refert Cic. *lib. 1. De Inuent.& lib.1.Rhet.ad Heren.* itémque *lib. 1.Tuſc.* vbi monet legem de furioſo locutam eſſe, non de inſano, vt & I. C. noſtri paſſim ſeparant furioſum ab inſano, aut quod idem eſt à demente, vt in *l.2. D.de inoff.teſt.l.tam dementis 21.C. de Epiſc.audient.l.ſi furioſi 25.D.de nup.l. vlt. C. de adm. tut.* Inſaniam enim ſeu ſtultitiam & dementiam cenſuerunt veteres nihil aliud eſſe, quam mentis inconſtantiam ſanitate vacantem, ſed quæ tamen officiorum mediocritate tueri poſſit. Furorem verò rati ſunt eſſe mentis ad omnia cæcitatem.

Quid ſit dementia, quid furor.

At de prodigo quænam fuerint verba legis 12.Tab.non æquè ſcitur, & difficilior coniectio eſt. Præſertim cum ſcribat Vlp.in *d.l.1.* moribus ab initio introductum illud eſſe. Ita innuens ius hoc moribus introductum, lege ipſa 12. Tab.vetuſtius fuiſſe: Alioqui non poſſet dici moribus introductum quod in executionem legis alienius per multa ſecula obſeruatum fuiſſet. Auget dubitationem quod idem Vlp. ſubiicit in hæc verba, *ſed ſolent hodie Prætores, vel Præſides, ſi talem hominem inuenerint, qui neque tempus, neque finem expenſarum habeat, ſed bona ſua dilacerando & diſſipando profundit, curatorem ei dare exemplo furioſi.* Quid enim neceſſe eſt, ſiue furioſo, ſiue prodigo curatorem dari à Prætore, ſi ſunt illi in curatione agnatorum ipſo iure? Puto ego ius interdictionis bonorum faciendæ prodigo, de qua Vlp. loquitur in *d.l. 1.* fuiſſe vetuſtius lege 12. Tab.tanquam moribus magis quàm ea lege inductum Idque apparere ex eo, quod idem Vlp. *d.tit.12.§. 1.* ſic loquitur vt dicat legem 12. Tab. iubere, vt in agnatorum curatione ſit non omnis prodigus, ſed is demum cui bonis interdictum ſit ſcilicet à magiſtratu. Neque enim fieri potuit, vt interdictio illa eſſet iuris, ſed neceſſe ſemper fuit eſſe iuriſdictionis, quia vtrum prodigus quis ſit, & talis cui bonis interdici debeat, in facto non in iure conſiſtit: quemadmodum & illud, vtrum quis ſit furioſus: Et ſicuti prius eſt, vt furioſum quem eſſe appareat, quam vt eum lex 12. Tabul. conſtituat in agnatorum curatione, ita & vt quis prodigus fuerit declaratus. Quod tamen vt fiat vix euenire poteſt, quin eod. in decreto eadémque formula prudens Magiſtratus prodigo bonis interdicat In eámque rem ſolemnia erant verba illa, quæ Paul. refert *lib. 3.ſent.tit 4. Quando tu bona paterna auitáque, nequitia tua diſperdis, liberóſque tuos ad egeſtatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercióque interdico.* Quibus verbis prolatis, tum verò reperiebatur ipſo iure conſtitutus in poteſtate & curatione agnatorum is, qui prodigus declaratus erat, non ſecus ac ſi furioſus pronunciatus fuiſſet.

Verba ſolemnia interdictionis.

Sed tamen cùm eueniret plerumque vt agnatus proximus, vel aliquis ex pluribus agnatis eiuſdem gradus, non multò ſanioribus eſſet moribus, eſſétque non modò abſurdum, ſed etiam periculoſum hominis, ſiue prodigi, ſiue furioſi curam ei committi, qui ipſe fortaſſis in eo eſſet, vt curatore potiùs indigeret, paulatim receſſum eſt ab hoc iure legis 12. Tab. viſúmque melius, vt tam furioſo quam prodigo Prætor curatorem daret ex inquiſitione, *§.furioſ.inf. De cur.* Nimirum, aut agnatos omnes, ſi ſint eiuſdem gradus & æquè habiles ad eam curam ſuſcipiendam, aut ex illis eum qui Prætori commodior videatur, vt ſcilicet à lege 12. Tab. recedat Prætor quam minimum fieri poteſt. Planè ſi agnati omnes aut moribus ſuis, aut qua alia ratione impediantur, ne furioſi, aut prodigi rem bene gerere poſſint, non dubitabit Prætor etiam extraneum, i. qui agnatus non ſit, curatorem dare; *d.l.ſæpe 13. D. de cur.fur.* quoniam id ſicut ex re & vtilitate furioſi, vel prodigi eſt, ita & ad publicam vtilitatem pertinet.

Itaque meo iudicio ſenſus eſt Vlp. in *d. l. 1.* ex quo loco ſumi poteſt elegans diffinitio prodigi, vt prodigus ille ſit, qui neque tempus, neque modum, neque finem expenſarum habet. Cuius eandem quam furioſi rationem eſſe tam apud legem 12.Tab. quàm apud Prætorem mirum non eſt, cùm quod ad patrimonium ipſius ſpectat, furioſum faciat exitum, vt loquitur Vlp. *l. his qui 12.§.vlt. De tut.& cur.dat.* id eſt, cùm talis ſit, vt quamuis ex ſermonibus compos ſuæ mentis eſſe videatur, ſic tamen tractet bona ad ſe pertinentia, vt certum ſit, niſi ei ſubueniatur, deductum illum iri in egeſtatem, ſicut *ibidem*

ex

ex reſcripto Diui Pij Vlpianus ait.

Quare nec mirom eſt furioſo & prodigo cúmune illud eſſe, vt ambo ſint in curatori poteſtate, in qua poſtea eſſe deſinant ipſo iure, ſtatim atque furioſus ſanitatem mentis, prodigus verò ſanos mores receperit: *d.l.* 1. In eoque diuerſa ratio eſt curatoris, qui furioſo, vel prodigo datur, & eius qui minoris annis 25. Hic enim non habet minorem in poteſtate, Vnde eſt quod nihil facere poteſt nomine minoris; Præſertim verò eorum, quæ perſonam & factum minoris deſiderant, ſed ea debet minor ipſe facere cùm curatoris autoritate, *l. cum in vna* 17. § 1. *D. de appellat.* vbi, & quod magis negatur vtilem eſſe autoritatem curatoris ad acquirendam hæreditatem, quia ſcilicet factũ perſonæ, quo opus eſt, tale eſt, vt afficiat perſonã, eámque faciat hæredem: Curator autem minoris non perſonæ, ſed bonis eius datur, itémque curator pupilli tutorem iam habentis. Nam & de illo loquitur Modeſtin. in *d. l. cum in vna* 51. Quamquam hac parte, ideſt cùm agebatur olim de acquirẽda hęreditate, non erat maior autoritas curatorum furioſi quàm minoris. Nec enim poterat ille, aut hæreditatem adire nomine furioſi, aut furioſo adeunti, h. e. aditionis verba ſolennia proferenti autoritatem præſtare. Cum planè abſurdum vtrumque videretur, vt vel hæreditatem adiret is qui non eſſet ipſe inſtitutus, vel is qui aut aditionis verba non intelligeret iudicio prorſus & conſilio carens, *l. vlt. § ſin autem ex alia, C. de cur. fur.* vbi Iuſtin. ſiue dubitationis veteris tollendæ, ſiue noui iuris conſtituendi gratia, poteſtatem dat curatori furioſi, non vt hæreditatẽ adeat, aut vt furioſo bonorum poſſeſſionem petenti autoritatem præſtet, ſed vt eius nomine agnoſcat eam bonorum poſſeſſionem quæ antea ex decreto dabatur, i. cauſa cognita. Cùm ex edicto non daretur niſi ei, qui eſſet ipſe vel hæres inſtitutus, vel filius, vel agnatus, vel cognatus proximus, qualis ſi furioſus eſt, furioſi curator eſſe non poteſt; Itaque decretũ neceſſarium olim erat, atque ita accipiendum quod de bonorum poſſeſſione per curatorẽ furioſi nomine agnita, ſcriptum eſt in *l.* 1. *D. de bon. poſſ. fur. & in l. ſi ad pup.* 11. *D. de aut. tut.*

L. cùm in vna 17. §. 1. D. de appellat.

Prodigi alia ratio fuit: Potuit enim ille ſibi delatam hæreditatem adire, *l. mutum* 5 §. 1. *D. de acq. her* adeoque ſine curatoris ſui autoritate (eſt namque inutilis in hanc rem autoritas curatoris, *d. l. cùm in vna*, 17 § *vl. De app.* Sed an ita fortaſſe ſi damnoſa non eſſet Qui enim damnoſam hæreditatem adit, cum hoc ipſo ſe obliget æri alieno, vt quamuis non ſit ſoluendo hæreditas, de ſuo tamen creditoribus teneatur, *l. more* 8. *de acq. her. l. quæ dotis* 33. *D ſolut. matr* patrimonium ſuum proculdubio diminuit, quod facere nullo modo poteſt is, cui bonis interdictum eſt. Acquirere enim ei permittitur, non diminuere; *l. is quis bonis* 6. *D. de ver. oblig.* Loquor de eo cui bonis interdictum eſt, non de prodigo ſimpliciter, quia prodigus, quantumuis apertè prodigus vtiliter alienat, & quoquomodo contrahit quouſque fuerit ei interdictum, *l. tres tutores* 55. §. *vlt. D. de adm. tut.*

Non eſſe autem nouam diſtinctionem illam noſtram, vtrum hæreditas à prodigo adita ſit lucroſa, nécne, colligi poteſt ex eo quod Caius de pupillo tractans in *l. obligari* 9. § *hered. D. de aut. tut.* ſcribit non poſſe illum ſine tutore adire ſibi delatam hæreditatem quamuis lucroſa ſit, nec vllum habeat damnum. Neque enim abſurdum eſt, pupillum minus iuris hac in re habere quam prodigũ, cum pupillus iudicio prorſus careat in omnibus prodigus verò in eo duntaxat quod ad rerum ſuarum adminiſtrationẽ pertinet, aut potius quod ad ſumptus faciendos, quibus quoniã neſcit parcere, ob eam ſolam cauſam malè res ſuas gerit, potius quàm quòd earũ benè gerendarum rationem non intelligat. Vnde & illud fit, quod proximè diximus, vt quæcunque geruntur per eũ qui ſit apertè prodigus, non eò minùs valeant, niſi ſit ei bonis etiam interdictum, quia nihil in prodigo eſt, neq; deeſt, propter quod debeãt irrita eſſe aut fieri quę per prodigum geruntur, ſi tollas autoritatem interdictionis Verum hæc ipſa ratio facit, vt quod generalite & indiſtincte ſcriptum eſt in *d. l.* 5. 1. *D. acq. hær.* eum, cui bonis interdictũ eſt, poſſe adire hæreditatem, generaliter quoque & indiſtinctè accipiendum ſit, tametſi hæreditas ſit damnoſa, quoniã videtur id eſſe extra cauſam interdictionis, cùm is qui adit hæreditatem, hoc ipſo nihil ex propriis bonis diminuat ſed ex alienis acquirat, ſi id quod principaliter agitur ſpectemus. Fateor obligari eum æri alieno & conſequenter fieri pauperiorem, ſi hæreditas non ſit ſoluendo. Sed non ſolet ſpectari niſi quod principaliter agitur, non etiam quod euenit per conſequentias; *l.* 1. *l. quod diximus* 7. *D. de aut. tut.* Alioqui difficile erit vt vllo caſu poſſit prodigus, cui bonis interdictum eſt, adire hæreditatem, quantumuis reuera lucroſam, cùm neque poſſit adire ſub illa conditione ſi hæreditas ſoluendo erit, *l. eum qui duobus* 51. § *vlt. de acq. hær* (ſiquidem aditio actus legitimus eſt, qui nec diem recipit, nec conditionem *l. actus legitimi* 77. *De reg. iur.*) neque fieri queat vt ſub ſpecie opulentiſſimæ hæreditatis non lateat periculũ æris alieni, quod tandem poſt multos annos poſſit emergere, *l.* 4. *ad SC Treb* Proinde nullũ tempus erit quod ſciri certò poſſit an hic prodigus factus ſit hæres per aditionem, non magis quàm vtrum aliquo tempore futurum ſit vt æs alienum emergeat, quod nondum ſit exploratum. Atqui hæreditatis aditio, cùm ſit actus legitimus, vt diximus, manere in ſuſpenſo non poteſt, nec proinde acquiſitio quæ fit per aditionem. Ergo neceſſe eſt ita ius conſtitui, vt prodigus etiam cui bonis interdictum eſt, vel adire ſibi delatam hæreditatem nullo modo poſſit, vel ſi poteſt, hoc ipſo ſtatim fiat hæres, tametſi hæreditas ſit damnoſa.

Spectandum eſt id quod principaliter agitur, non quod per conſequentias.

At, inquies, ita fiet, vt adeundo ex bonis ſuis diminuat quantum erit neceſſe ad exſoluendum æs alienum, quod futurum ſit ſupra vires hæreditatis. Verùm iam diximus parum id curandum eſſe, cùm non fiat niſi per conſequentias: Ne aliter poſito iure, paulatim dici incipiat non eſſe permittendum prodigo, cui bonis interdictum fuit, vt ſibi delatam hæreditatem adeat quantumlibet opulentam, atque ita in prodigorum necem conuertatur quod in euidentiſſimam eorundem vtilitatem conſtitutum eſt, contra *l. nulla* 25. *D. de leg. l. quod fauore* 6. *C. eo. l. ſancimus* 7. *C. ad SC. Treb. l. generaliter* 5. §. 1. *in fi. C de ſecun. nupt.* Verum quia dici ſolet, prohibita alienatione, cenſeri quoque prohibita omnia, per quæ ad alienationem peruenitur, putà obligationem, pignoris dationem, & alia huiuſmodi, de quibus in *l. vl. C. de reb. alien. non alie.* iunct. *l. idemque* 16. §. 5. *D. pro ſocio, l. oratio* 16. *D. de ſponſ. l. ait prætor* 7. § *quid ſit autem, D. de iur. delib. l. ſcire oportet*, 25. §. 1. *D. de tut. & cur. dat.* Reſpondeamus apertius & certius, aditionem hæreditatis etiam damnoſæ eſſe quid omnino ſeparatum à cauſa interdictionis bonorum, adeóque à ratione illa quæ fecit vt prodigis interdici debuerit bonorum

ſuorum

Digitized by Google

thoritas non interuenerit. Nec ſanè conueniens fuit frandatoris appellatione, de quo in *d. l. 4.* agitur, intelligi Senatorem, ne illius honorem offendamus, cui parcere ſtudemus.

Dicat aliquis non indigere creditores hoc Senatus beneficio, vt bonorum debitoris diſtrahendorum gratia liceat eis facere curatorem, cùm priuato etiam conſilio poſſint coïre, ac eligere vnum per quem bona diſtrahantur, vt in *l. vlt. D. de cur. bon. dand.* Sed reſpondeo multùm intereſſe an ex priuato creditorum conſilio, an ex Senatus authoritate curator à creditoribus fuerit conſtitutus. Priore caſu nullas actiones aut exercere, aut excipere poteſt, *d. l. vlt.* vbi ſcribit Iulianus, ſi conſtituto ita curatore ſuperuenerit nouus creditor, nullam poſſe illum habere actionem aduerſus curatorem ab aliis creditoribus conſtitutum, ſed poſſe illum vnà cum curatore bona debitoris vendere, ita vt quæ à curatore & à creditore ex bonis contrahantur omnibus creditoribus pro portione præſtentur. Poſteriore verò caſu actiones omnes quæ ſunt in bonis, quibus curator à Prætore datus eſt, ab eo poſſunt exerceri, & in eum viciſſim actiones competunt, *d. l. 2. §. 1. eo.* Adeò vt ſi plures eiuſdem bonorum curatores facti ſint, non tamen diuiſis regionibus, in quem eorum vult actor, in ſolidum ei detur actio; ſicut & quiuis eorum in ſolidum agit: *d. l. 2. §. ſi plures, & §. vlt. l. 3. eod.* Hac ſola vt quidam putant, differentia, quòd exercet curator actiones directas, eas ſcilicet quæ ſunt in bonis (in bonis autem eæ ipſæ actiones ſunt, quæ competunt debitori, & conſequenter directæ, non vtiles) in curatorem verò directa nulla competere poteſt, ſed vtilis danda eſt, quia in nullius bonis poſſunt videri eſſe actiones paſſiuæ, quibus ipſæ erga proprios creditores obſtrictus ſit non magis quàm æs alienum, quod ob eam cauſam alienum appellatur, *l. cedere diem 213. §. 1. de verb. ſign.* Ob idque ita locutum volunt Vlp. in *d. l. 2. §. 1. eiſque actiones & in eos vtiles competunt*, vt vtiles dixerit illas tantùm actiones, quæ in eos; non illas etiam, quæ eis competunt. Sed verius eſt, non minùs vtiles actiones dicendas eſſe quas curator exercet, quàm quæ contra eum exercentur, ſiquidem ſuo nomine illas exercet, non alieno, vt ex eo conſtat quod ſubiungit Vlp. ſi quem curatores mittant ad agendum, vel ad defendendum, ius eis eſſe id facere, nec ab eo ſatis exigi, neque de rato, neque iudicatum ſolui nomine illius cuius bona veneunt, ſed nomine ipſius curatoris qui eum miſit. At fieri non poteſt, vt quis ſuo nomine habeat actiones directas, quæ alteri primùm fuerint acquiſitæ. Cui enim ſemel acquiſitæ ſunt, in eius perſona perpetuò manent, nec ab ea poſſunt ſeparari, *l. ſi hæres 70. D ad SC. Trebell. l. Procuratore 55. D. de procur. l. qui ſtipendia 9. C. eod.* Vtilium ergò actionum appellatio apud Vlpian. generaliter accipienda eſt, & tam ad actiones quæ curatoribus, quàm ad eas quæ contra curatores dantur, referenda.

Curator bonis datus actiones omnes poteſt exercere etiam tempore non perituras.

Sicut verò de actionibus generaliter Vlp. loquitur, ita non video cur cum interpretibus noſtris debeamus diſtinguere actiones tempore perituras à cæteris, quaſi eas tantùm poſſit curator exercere quæ tempore perituræ ſint non etiam cæteras. Sic enim illi ad *d. l. 2.* Nulla prorſus ratione, præſertim cùm hodie perpetuæ actiones nullæ ſint, ſed omnes factæ temporales, quippe quæ triginta, vel ad ſummum 40. annorum præſcriptione ſummoueantur ex poſteriorum Impp. Conſtitutionibus, *l. ſicut 3. cum ſeq. C. de præſcrip. 30. vel 40. annor.* Fefellit eos quod Paulus ſcribit in *l. creditore 14. D. de reb. autor. iud. poſſ.* creditore in poſſeſſionem rerum debitoris miſſo, curatorem conſtitui debere, ſi quædam actiones tempore perituræ ſunt. Sed animaduertere debuerunt, longè diuerſum illud eſſe ab eo, quod probare volunt curatorem à Prætore datum, non alias actiones poſſe exercere, quàm quæ ſint tempore perituræ. Cùm creditor in poſſeſſionem bonorum debitoris miſſus eſt, non idcirco agere ipſe poteſt contra debitoris ſui debitores, quia cùm actio ſit ius, vt ex ipſius definitione apparet, *l. nihil aliud 51. De oblig. & act.* non magis fieri poteſt vt quis agat ſine iure, quàm vt ſine actione, *l. ſi pupilli 6. §. vlt. De negot. geſt.* Atqui miſſio in poſſeſſionem nullum ius tribuit creditori, ſed cuſtodiam duntaxat & obſeruationem, *l. cùm legatorum 12. D. quibus ex cauſ. in poſſeſſ. eat. l. is cui 5. D. vt in poſſeſſ. legat. l. 3. §. vltim. D. de acquir. poſſeſſ.* Id enim eſt quod Paulus ait in *l. cùm vnus 12. de reb. aut. iud. poſſid.* eum, cui Prætor permittit poſſidere bona debitoris, nihil ſibi ipſi, nedum aliis creditoribus acquirere, ſed tantum aliquid ex ordine facere, per quod ſcilicet ad bonorum venditionem peruenire poſſit, *l. pen. in fin. D. quibus ex cauſis in poſſeſſ. eat.* Non ergo fieri poteſt, vt creditor agat contra debitoris ſui debitores Debitor verò ipſe multominùs, quia cùm ex quo tempore creditor in poſſeſſionem miſſus eſt, nihil poſſit debitor ex bonis ſuis diminuere ne creditoribus iniuria fiat; abſurdum ſanè eſſet ei, cui alienatione interdicitur, permitti actiones exercere; *l. ait Prætor 7. § quid ſit autem, D. de iur. delib.* Ita eueniret vt actiones perirent quas haberet debitor ſi tales eſſent, quæ ſui natura eſſent tempore perituræ (cuiuſmodi erant olim pleræque ac ferè omnes prætoriæ, iis exceptis quæ rei perſecutionem continerent, *l. in honorariis 35. De oblig. & act.* & apud Iuſtin. *de perpet. & tempor. action.*) niſi eo remedio proſpiceretur, vt bonis curator conſtitueretur.

Sed non eſt bona conſecutio ſi ex eo inferas. Nullas igitur actiones curatori permittendum exercere, niſi quæ ſint tempore perituræ. Qui enim conſtitutus erit, omnes proculdubio poterit exercere, hoc ipſo quod curator erit, & quidem generaliter conſtitutus. Siquidem curator nemo ſit ad hanc duntaxat, vel illam ſpecialiter exercendã: ſed curatorẽ bonorum cùm dicimus, vniuerſitatem bonorum ſignificamus, & ideò à tribus illis cauſis ex quibus in poſſeſſionem mitti creditores ſolent, rei ſeruandæ cauſa, item legatorum ſeruandorum gratia, & ventris nomine ſeparamus cauſam damni infecti, quia ex hac cauſa non vniuerſorum bonorum nomine fit miſſio, ſed eius rei tantùm de qua damnum timetur, inquit Vlp. in *l. 1. D. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* Quò etiam pertinere videtur quod idem Vlp. ait in *d. l. ſi diu. eod. tit.* Si diu incertum ſit an hæres alicui extiturus ſit, nécne, non tantùm cauſa cognita permitti oportere bona ſeruandæ rei cauſa poſſideri, ſed etiamſi ita res vrgeat, vel conditio bonorum, etiam hoc concedendum eſſe, vt curator conſtituatur. Tunc enim res ipſa & bonorum conditio vrgere intelligitur, cùm res, vel actiones quæ ſunt in bonis tempore perituræ ſunt, vel etiam deteriores futuræ, *l. inter bonorum 48 D. de admin. tut.* vbi ſcriptum eſt curatori bonorum ſolam cuſtodiam & rerum, quæ deteriores futuræ ſunt, venditionem committi.

At rurſus hoc ipſo loco abutentur interpretes,

Digitized by Google

res, vt probent, curatorem bonis datum non alias actiones mouere poſſe, quàm quæ tempore perituræ ſint, cùm nec alias res poſſit vendere quàm quæ tempore perituræ ſunt, vel in totum, vel ex parte, id eſt deteriores futuræ. Perit enim ex parte, quod fit deterius. Sed negabo eandem hac parte rationem eſſe corporum & actionum: itémque venditionis & actionis permittendæ. Corpora pleraque ſunt eiuſmodi, vt tempore nec pereant, nec deteriora fiant. Actiones verò licèt non omnes olim perirent tempore (iam enim diximus hodie omnes perire) fiunt tamen deteriores hoc ipſo quod non exercentur, non ſolùm tanquam odioſiores propter tacitæ remiſſionis coniecturam, quæ ex temporis longi taciturnitate induci cœperat, *l. Procula 19. D. de probat. l. cùm quidam 17. §. Diuus Pius, D. de vſur. l. vir vſuras 54. D. de donat. int. vir. & vxor.* ſed etiam quia difficilior fit probatio eorum quæ in facto conſiſtunt, & ex quibus actionis ius æſtimatur, morientibus interim teſtibus, & intercidentibus aliis probationibus, quibus amiſſis nulla poſſit ſupereſſe ratio exercendæ actionis: *l. in lege Aquilia 40. D. ad leg. Aquil.* Rurſum permittitur curatori bonorum eas tantum res vendere, quæ alioqui aut perituræ, aut deteriores futuræ ſunt, quia non poſſet aliarum permitti venditio citra patrimonij diminutionem, nec iſtarum è contrario prohiberi, quin patrimonium diminueretur hoc ipſo, quod non venderentur. At non poteſt videri patrimonium diminui, ob hoc ſolùm quod curatori permittatur actiones exercere, quamuis non perituras tempore, quia quod per actionem exigitur in patrimonio, perinde eſt atque actio, adeoque plus eſt quam actio, cum ſit fructus & effectus actionis.

Neque verò ad curatorem accommodari poteſt, quod ſupra diximus, abſurdum fore ſi actionum exercitio permittatur ei, cui bonorum alienatione interdicatur, *d. l. aut Prætor 7. §. quod ſi autem, de tur. deli.* Id enim tunc obtinet cum quis ſuo nomine actiones exercet, non etiam cum alieno. Nam qui de ſuo nomine actionem exercere poteſt etiam vtilem tantum, nedum directam, de ipſa liberè pro arbitrio tanquam dominus diſponit, *l. procuratore 55. D. de procur.* quod non ſimiliter facere poteſt is, qui non niſi alieno agit nomine.

ILLATIO I.

De poteſtate curatoris in corpus quoque furioſi ad ſalutem eius tuendam.

l. conſilio 7. in princ. D. de cur. fur.

EX hoc Principio illud primùm fit quod Iulianus ſcribit in *l. conſilio 7. in princ. D. de cur. fur.* conſilio & opera curatoris tuendum eſſe non ſolùm patrimonium, ſed corpus ſalutémque furioſi: Nempe quia in ſua poteſtate habet non modò patrimonium, ſed etiam perſonam ipſam furioſi, ob idque ad eius officium pertinet, vt prouideat ne quid prætermittatur eorum quæ ad tutelam ipſius & proximorum ſecuritatem ſpectet. Inter cætera verò vt cuſtodes ei adhibeat qui caueant ne quid ille in ſeipſum perniecioſius moliatur, ſed ne aliis quoque exitio ſit, vt ſcriptum eſt in *l. Diuus Marcus 14. D. de offic. præſid.* vbi tamen pro *quoniam*, malo legere *quod non*, in illis verbis *quoniam iam ad pœnam quam ad tutelam eius & ſecuritatem proximorum pertinebit.* Cur enim pœna aliqua ſiue vinculorum, ſiue alia furioſo infligatur, qui etiamſi matrem in furore occiderit, deliquiſſe tamen non intelligatur, ſatiſque iam furore ipſo, vt eadem lex ait, puniatur.

ILLATIO II.

De poteſtate vnius ex pluribus curatoribus furioſi.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt ſi eiuſdem furioſi plures ſint curatores, alteri tamen ex eis rectè ſoluatur, poſſitque vel vnus rem furioſi alienare, *d. l. conſilio 7. §. vlt. de cur. fur.* vbi additur, ei quoque qui ab altero ex curatoribus fundum furioſi legitimè mercaretur, vſucapturum: nimirum ſi cæteri quoque aut expreſsè aut tacitè conſentiant, vt ſequitur *in eadem lege.* Ideò enim ſufficit vnius ex curatoribus perſona, inquit Iulianus, quia intelligitur alter conſentire. Et idcirco ſi alter præſens ſit & vetet ſolui concuratori, vel vetet à concuratore rem vendi, vel tradi, neque debitor liberabitur, neque emptor vſucapiet, nempe quia plures furioſi curatores ſicuti non tantùm bonis, ſed etiam perſonæ furioſi dantur, eámque habent in poteſtate, ita & vnius perſonæ vice funguntur. Quæ ratio facit vt nec aliud ſit in pluribus vni pupillo datis tutorib. niſi alia ſit teſtatoris voluntas, vt in *l. Titiũ 47. in prin. D. de adm. tut.* Nam & illi perſonæ dantur, nõ bonis duntaxat, *l. quia perſona 14. D. de teſt. tut.* & omnium autoritas in quacunq; re olim neceſſaria fuit, præterquam ſi teſtamento dati eſſe proponerentur. Sic enim legendum ſanè eſt apud Vlp. *tit. 11. De tut. §. antepen.* vt bene Cuiac. ad eum locum notauit ex *l. vlt. C. de aut. præſt.* vbi Iuſtin. hanc differentiã quæ olim fuerit inter tutores legitimos & teſtamentarios & refert & tollit. Teſtamentariorum enim melior conditio hac in re eſſe debere videbatur, vt & in aliis pleriſq; quod eorum fides & induſtria tanquã ſingulorũ à teſtatore electa eſſet. Cur enim tutorem liberis ſuis daret quis eum, cuius fidem aut induſtriam vel tantillum ſuſpectam haberet: itaq; ſicut ob eã cauſam ſatiſdare non coguntur, ita & vnius eorũ autoritatẽ ſufficere viſum eſt, *l. 4. l. 5. in prin. & §. item ipſe, l. quod dicimus 7. § 1. D. de aut. tut.* Niſi regionib. diuiſi eſſent, *d. l. vlt. C. eod.* Legitimorum alia ratio eſt qui ſcilicet nõ eliguntur, ſed prout à natura proximi agnati ſunt, à lege tutores conſtituuntur. Legitimis porro datiui comparantur potiùs quàm teſtamentariis, quia licèt à magiſtratu eligantur à quo dantur, adeoq; vt plurimũ quamuis non neceſſariò ex inquiſitione, plures tamen eliguntur, non aliam ob cauſam, quàm quod vnius ſolius aut fidem aut induſtriam ſufficere non poſſe prudens Magiſtratus arbitretur, præſertim cùm dat eos citra inquiſitionem. De illis enim loquitur.

Iuſtinianus tamen vt in legitimis quoque & datiuis conſtitueret idipſum, quod conſtitutum erat in teſtamentariis, motus eſt ex eo quod nullum idcirco damnum metui pupillo poſſit, cui ſatis cautum ſit ex ea ſatiſdatione quam præſtare debent tutores legitimi, itémq; datiui ſi non dati ſint ex inquiſitione, verum etiam actione ſubſidiaria contra magiſtratus ipſos danda, ex *tit. De magiſtr. conu.* Is ſenſus eſt Iuſtinianeæ Conſtitutionis in verſiculo, *quia in hoc caſu non ab ſimiles* *d. l. vlt. C. de aut. tutor.*

teſtamen

Digitized by Google

teſtamentarios eſſe & per inquiſitionem datis legitimos & ſimpliciter datos iubemus, eo quod fideiuſſionis onere prægrauantur, & ſubſidiariæ actionis adminiculis ſeruntur. Scilicet, vt quantum ad hoc quod vnios ex tutoribus autoritatem interueniſſe ſufficiat, nulla ſit inter omnes iſtas tutorum ſpecies differentia. Non etiam vt teſtamentarij tutores & ex inquiſitione dati hodie ſicut cæteri ſatiſdatione prægrauentur. Nihil enim hac parte ex iure vetere immutatum fuit, aut immutari debuit. Intelligimus autem ex *ſupradicto verſ.* tutoribus teſtamentariis, non legitimis ſimiles in hoc fuiſſe illos, qui ex inquiſitione dati eſſent, vt vnius eorum autoritas ſufficeret, quemadmodum & in eo ſimiles erant quod ſatiſdare non cogebantur, cùm fides inquiſitionis cederet pro vinculo cautionis, *l. bonorum 8 De cur. fur. l. ſi impuberi 13. in fi. D. de tut. & cur. dat.*

Cæterùm quod Iuſtinianus conſtituit, vt in tutoribus omnibus ſufficiat vnius ex ipſis autoritatem interueniſſe, excepto vno illo caſu, quo de pupilli adrogatione tractetur, quòd per eiuſmodi adrogationem fiat, vt tutela ipſa diſſoluatur, diximus *ad Princip. præcedens illat. 21.* ex *l. ſi adrogati 14 in prin. D. de tut.* Quod ſic accipiendum videtur, vt cæteros tutores adeſſe & conſentire non ſit neceſſe, at non etiam vt ſi diſſentiant expreſſim, nihilominus valeat quod ex vnius ſolius autoritate factum ſit cæteris inuitis. Cùm enim par & æquale ius tutorum omnium in caput bonáque pupilli, neceſſariò hic euenit quod alias ſemper, vt in pari iure melior ſit conditio prohibentis, *l. in re communi 26. D. de ſeruit. urban. prædior. l. Sabinus 28. D. com. diuid.* Atque idipſum in teſtamentariis iam olim obtinuiſſe credendum eſt, vt eorum melior quàm legitimorum, aut datiuorum conditio in hoc tantùm fuerit, quod vno ex teſtamentariis autoritatem ſuam præſtante, cæteros etiam teſtamentarios ſufficiebat non diſſentire, vt pro conſentientibus haberentur, quàuis non expreſsè conſentirent, legitimos verò, vel datiuos omnes & adeſſe, & expreſſim conſentire oportebat, ne alioqui pro inuitis & diſſentientibus haberentur hoc ipſo quod non conſentiret, vt & in *l. filiusfam. 8 §. inuitus, D. de procur. l. inuitum, 5. D. urb. prædior. l. in eo iure 45. §. deinde ait lex, D. de rit. nupt.*

Ergo plures eiuſdem furioſi curatores quibus compatabimus, an teſtamentariis, an verò legitimis, aut datiuis ſimpliciter, i. non ex inquiſitione datis? Inſpecto nimirum iure vetere. Nam ſi ius nouum ſpectes, cùm exæquata ſit omnium tutorum conditio, & ea potiſſimùm ratione, quòd ſatis cautum ſit pupillo per ſatiſdationem, & per ſubſidiariam in magiſtratus actionem, nulla ratio eſt cur deterior debeat eſſe conditio curatorum furioſi, quos conſtat ſicut legitimi ſint, ita & perinde ac cæteros legitimos ad ſatiſdationem compellendos, niſi cùm vel teſtamentarij ſunt, vel ex inquiſitione dati, *l. vlt. §. ſed cum antiquitas, & ſeqq. C. de cur. fur.* At iure vetere inſpecto videntur curatores furioſi maiorem cum teſtamentariis, quàm cum legitimis pupilli tutoribus ſimilitudinem habuiſſe, cum vnius ex curatoribus autoritatem interueniſſe ſufficeret, etiamſi abfuiſſent cæteri, dummodò id quod ageretur ſciuiſſent. Hoc enim requiri videbatur, vt ſaltem tacitè conſenſiſſe crederentur. Quomodo namque tacito conſenſiſſe videri poteſt is qui ignorauit? *l. ſ. ver. longè magis, D. de obli. & act.* Atqui ratio, propter quam Iulianus vult ſufficere autoritatem vnius ex duobus furioſi curatoribus non

In quo minus iuris habeat curator furioſi quàm tutor teſtamentarius. Differentia inter autoritatem & conſenſum cutorum.

alia eſt, quàm quòd alter conſentire intelligatur. Non igitur de alio concuratore intelligi poteſt, quàm quod, quid à concuratore ſuo factum eſt, ſciuerit. In quo rurſum minùs iuris habuit curator furioſi quàm teſtamentarius tutor pupilli. Is enim etiamſi contutores haberet, eoſque non modò abſentes, verum etiam ignorantes, nihilominùs ſufficere ad autoritatem præſtandam poterat, dum ne expreſſim contradicerent & diſſentirent.

Dices parum ergo referre an omnium furioſi curatorum autoritatem adhibendam eſſe dicamus, an vnius duntaxat cum omnium ſcientiam interuenire neceſſe ſit. Verùm immo verò multum refert, Autoritas enim tum cùm neceſſaria eſt, interponi debet in ipſo negotio, idest tunc cum fit, *l. obligari 9. § pen. D. de aut. tut.* aut ſaltem ſtatim atque peractum eſt negotium dummodo in re præſenti, *l. ſi quis mihi 25. §. iuſſu, D. de acquir. hær.* Scientia autem & conſenſus ſiue expreſſus, ſiue tacitus, vt quandocunque interueniat, ſufficit, nec vlla certi temporis ſolemnitate conſtringitur.

Notanda verò eſt ratio illa Iuliani, per quam probat poſſe vni etiam ex furioſis curatoribus ſolui, & vnum ex iis vendere furioſi rem & tradere; quia, inquit, ſolutio, venditio, traditio, facti magis quàm iuris ſunt; vt intelligamus aliud eũ fuiſſe reſponſurum ſi eſſet iſta iuris non facti. Quoniam cum ius curationis ſicut & tutelæ ſit indiuiduum, quemadmodum & perſona furioſi, quæ in curatorum poteſtate eſt, in omnium curatorum perſona indiuiduè reſidet, ideóque non poſſet ea quæ meri iuris eſſent, per vnum ex curatorib. expediri. Planè in bonorum curatorib. ſi plures conſtituti ſint, poſſe ſingulos in ſolidum & agere & conueniri, non pro portionibus ait Vlp. ex Celſo in *l. 2. §. ſi plures, D. de cur bon. dand.* Id enim & ipſis & aliis cum quibus rem habent commodius eſt, ſiue agant, ſiue conueniantur.

ILLATIO III.

De curatione furioſi vel prodigi filio danda, vel deneganda.

Tertiò ex eodem Principio noſtro ſiebat olim, vt curatio eius cui bonis interdictum eſſet, aut etiam furioſi, filio permittenda eſſe negaretur: *l. 1. §. 1. D. de cur. fur.* Abſurdum nedum inuerecundum videbatur, vt filius qui in patris eſt, quantumlibet furioſi poteſtate eſſet, *l. patre furioſo 6. D. de his qui ſui vel alie. iur. ſunt.* eum nihilominus in poteſtate ſua, tanquam curator haberet inciperet. Nam ſi fieri nequit vt qui in aliena poteſtate eſt alium habeat in ſua, quantò minùs ferendum eſt, vt eum ipſum habeat in cuius ſit poteſtate, *l. ſi euenerit 21. D. ad leg. Iul. de adul.* iũct. *l. vl. C. de ſent. paſ. & reſt.* Sed tamẽ placuit D. Pio, cuius in eam rem reſcriptum extare refert Vlp. in *d. §. 1.* filio ſi tam probus ſit, potiùs quàm alij cuilibet permittendam patris curationem; non tam vt ſibi vllam in patrem acquirat poteſtatem quàm vt præſtet ei debitam pietatem. Nec enim credendum eſt patrem furioſum in filij ſui, quem ei curatorem dederimus, futurum poteſtate. Immò vel ob hoc ipſum, quod filius in patris poteſtate eſt, tantò maiorem ei pietatem debere videtur, cùm vinculum patriæ poteſtatis dicatur aliquando vinculũ pietatis, vt à Pap. in *l. vl. D. ſi à paren. quis man. ſit.* Indéq; nimirum dubitandi rationẽ ſumit Vlp. in *l. 4. eo. ti. D. de cur fur.* cũ quæriț

L. 1. § 1. D. de cur fur.

an furioſæ matris curatio ad filium pertineat: Nempe ex eo quòd mater non habebat liberos ſuos in poteſtate, *l. mulierem, C. de adopt.* Quæ tamen ratio facere potiùs debebat, vt minùs eſſet dubitandum quin matris curator eſſe poſſet filius, ſi per eiuſmodi curationem ius aliquod poteſtatis in parentem ſuum nanciſceretur. Sed eleganter Vlp. reſpondet pietatem parentibus æquam deberi, licèt inæqualis eorum ſit poteſtas, ne quis dubitare poſſit, hoc curationis genere in huiuſmodi ſpecie, ideſt in perſona filij non tam poteſtatis ius in parentes acquiri, quam pietatis officium exhiberi.

ILLATIO IV.

De adminiſtratione bonorum furioſi vel prodigi interdum alij quàm curatori danda.

QVartò ex eodem Principio fit, vt ſæpe ad alium ex lege 12. tab. curatio furioſi, aut prodigi pertineat, alij Prætor adminiſtrationem det, ſcilicet cum legitimus ille ad eam rem inhabilis videatur, *l. ſæpe 13. D. de cur. fur.* Nihil enim aliud lex exigit niſi vt is cui curationem deferr ſit proximus agnatus, qualem eſſe aliquem nihil prohibet, qui tamen ſit ipſe etiam furioſus fortaſſe vel prodigus, cui proinde nunquam Prætor adminiſtrationem furioſi vel prodigi ſit conceſſurus. Ob idque nec ſimpliciter diximus *in præcedente illatione*, filium patri furioſo vel prodigo curatorem dandum eſſe, ſed cum illa adiectione *ſi tã probus ſit, d. l. 1. in fi. eo. tit.* ideſt ſi iis ſit moribus, vt eum Prætor dignum iudicare debeat, cui parentis cura committatur. Alioqui ſi ſolius legis 12. tab. verba inſpiceres, curator patris omnimodò eſſe deberet filius, ſi non tanquam filiusfamilias & ſuus hæres, ſaltem tanquam proximus agnatus. Siquidem filius patri agnatus proximus eſt, *l. filius 12. D. de ſuis & legit.* tametſi non ignorem pleroſque putare addendam eo loco negationem: quam ſententiam ab Alciato primum induĉtam *lib. 3. parerg. c. 25.* ſecutus etiam eſt Hot. *lib. 1. Obſ. c. 26.* rectè hoc nomine reprehenſus à Cuiac. *lib. 4. Obſ. c. 11.* ſi ad Cuiac. ea addas, quæ nos tradidimus *lib. 10. Conie. c. 12.* quibus etiam addi velim textum omnium apertiſſimum quem non magis à Cuiac. quam à nobis ante hunc diem obſeruatum fuiſſe miror, in *l. pen. §. 1. D. quis ordo in bon. poſſeſſ.* cuius verba illa ſunt, *filius non ſolum ſi tanquam filius, ſed etſi tanquam agnatus, vel tanquam cognatus, ad bonorum poſſeſſione vocetur.* Etſi non malè idipſum probauit Cuiac. ex *l. de bonis 6. §. huic autem. D. de coll. bon. l. 1. D. de grad. & adfi. l. vlt. C. de codic.* Niſi quòd malè reſpondit ad Papin in *l. ſcripto 7. D. vnd. lib.* qui ſolus locus Alciat. & Hotom. impoſuit. Nos *ſupra citato libr. Coniect.* niſi nobis ipſi imponimus, meliùs reſpondimus.

l. ſæpe 13. D. de curat. furioſ.

ILLATIO V.

De marito vxori mente captæ curatore non dando.

QVintò ex eodem Principio fit, vt virum vxori mente captæ curatorem dati non oporteat, *l. virum 14. D. de curat. furioſ.* adeóque nec ſponſum ſponſæ, *l. 1. §. vlt. D. de excuſ. tutor.* Vbi Modeſtinus refert Senatuſconſultum ea de re factum, ad quod etiam puto referendum quod ſcriptum eſt in *l. 2. C. qui dar. tut.* maritum etſi rebus vxoris ſuæ affectionem debeat, tamen curatorem ei creari non poſſe. Nec enim ratio vlla iuris eſt quæ impediat ne poſſit, niſi Senatus authoritas in eam rem interueniſſet. Quidni enim poſſet maritus eſſe curator vxoris ſuæ, quam & in poteſtate ſua perpetua olim habere poterat, ſi nuptiæ per conuentionem in manum factæ eſſent? At quamuis ex iuris ratione id poſſet admitti, benè tamen vidit Senatus permitti non oportere, vt loquitur Pap. in *d. l. virum*, adeò vt Diui Seuerus & Antoninus reſcripſerint maritum vxori curatorem datum, poſſe ſe excuſare, quamuis ſe immiſcuerit; *§. idem reſcripſerunt 19. in fr. De exc. tut.* An quia vt quidam putant, ſi vir malè curam gereret, vxor tamen ei negligentiam tacitè remittere videretur? Minimè. Eſſet enim illa donatio quæ ſicut inter coniuges facilè præſumitur, ita exceptis quibuſdam caſibus diſtrictiſſimè prohibetur, ſiue fiat tacitè, ſiue expreſſè, atque ita mulieri non noceret. Nec rurſus in vxore furioſa ratio illa locum haberet. E contrario igitur dicendum potius eſt, ideò non oportere maritum vxori, aut ſponſum ſponſæ ſiue furoris, ſiue minoris ætatis gratia curatorem dari, ne cum illa reſipuiſſet, aut annis maior facta fuiſſet, materiam iurgij inter coniuges ea res præberet, ſi rationum redditionem, vt par eſſet, exigere mulier vellet. Id enim ſemper agit ciuilis Legiſlator quantum poteſt, ne quo prætextu matrimonia bene concordantia turbentur, *l. 1. §. vlt. D. de liber. exhib.* Quam ob cauſam nec videas in libris noſtris mentionem vllam fieri litis inter coniuges motæ præterquàm ex cauſa adulterij, cum lis non niſi inter inimicos ſit, in quo differt à iurgio: eſſet autem expeditius coniuges ſi inimici fierent, de faciendo diuortio quod erat liberum, quàm de inſtituenda lite cogitare. Atqui inanis eſt curatio & ridicula, cuius nulla ratio exigi ſuo tempore poſſit, cùm in eam rem comparatæ ſint & tutelæ & curationes, vt ea ratione cuiuſque ſaluum & integrum ius conſeruetur, non vt in alieno patrimonio impunè graſſandi poteſtatem quis nanciſcatur. Id enim non ad priuati duntaxat, ſed ad ipſius quoque Reipublicæ vtilitatem pertinet, *l. ſi ſeruum quoque 37. §. publicè, D. de procur. l. 4. D. de oper. noui nunciat.* iunct. *l. quia ſatiſdatio 6. cum l. præced. D. de ſuſpect. tutor.*

§. idem reſcripſerunt in f. De excuſ. tutor.

ILLATIO VI.

De curatore non niſi cùm cauſæ cognitione dando dementi & furioſo.

SExtò eodem Principio fit, vt obſeruare Prætorem, ac Præſidem prouinciæ oporteat, ne cui tanquam dementi vel furioſo temerè ac citra cauſæ cognitionem pleniſſimam det curatorem; *l. obſeruare 6. D. de curat. furioſ.* cùm ſit ea curatio tanti momenti vt acquirat curatori ius poteſtatis in perſonam dementis & furioſi. Rurſum quoniam, vt ea lex ait, plerique Vlyſſis more vel dementiam vel furorem fingunt, quò magis curatore accepto ciuilia onera detrectent: aut immanis alicuius ſceleris perpetrandi obtentum ſibi quærant, vt in *l. congruit 13. §. vlt. cum l. ſeq. D. de offic. præſid.* Adde *l. de ætate 42. D. de minor.*

ILLA

ILLATIO VII.

De ſatiſdatione danda etiam per curatorem furioſi, vel dementis.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt curatorem ſiue dementi, ſiue furioſo, ſiue prodigo datum, non minùs quàm tutorem ſatiſdare oporteat, Rem furioſi vel dementis vel prodigi ſaluam fore, cùm eandem poteſtatem nanciſcatur, quam haberet ſi tutor eſſet, non minus Reipublicæ interſit his omnibus cautum eſſe, *d.l.conſilio 7.§.1.D.de cur.fur.* vbi Iulianus ait, ſi curator dementi datus interpoſito decreto vti ſatiſdaret non cauerit, & tamen quaſdam res de bonis eius legitimo modo alienauerit, id eſt eo ipſo modo quo alienare ſolent & poſſunt curatores qui ſatiſdederunt, non eo minùs dementis hæredem quandocunque res illas vindicaturum: Et, ſi exceptio opponatur, *ſi non curator vendidit*: replicationem dari debere, *aut ſi ſatiſdatione ſecundum decretum interpoſita vendiderit*. Niſi proponas ex pretio accepto dimiſſos furioſi creditores. Tunc enim triplicationem doli factam vt tuti ſint poſſeſſores. Cui non diſſimilis & illa ſpecies eſt, quam idem Iulianus tractat in *§.ſeq.* Nam cùm dementis curatorem qui ſatis non dederat, & res malè adminiſtrabat, Proconſul à bonis remouiſſet, aliúmque loco eius ſubſtituiſſet, & hic poſterior etiam priùs quàm ſatiſdediſſet cum remoto egiſſet negotiorum geſtorum, poſteáque hæredes dementis cum eodem agerent eadem negotiorum geſtorum actione, Iuliano placet, ſi is exceptione rei inter ſe & curatorem iudicatæ vtatur, hæredibus dandam eſſe replicationem, *aut ſi is qui egit ſatiſdederat*. Sed an replicatio, inquit, profutura eſſet (ſic enim lego ſublata dictione *curatori*, cùm non à curatore, ſed contra ipſum oppoſita replicatio proponeretur, niſi malis pro *profutura*, legere *obfutura*) iudex æſtimabit. Nam ſi ſecundus curator pecuniam, quam à priore ex condemnatione fuerat conſecutus, in rem furioſi vertiſſet, doli triplicatio ei prodeſſet, dementiſque hæredibus obſtaret. Cùm enim omnes exceptiones, & conſequenter replicationes, duplicationes, & triplicationes, quæ omnes exceptiones ſunt, ex æquitate prætoria proficiſcantur, nemo dixerit æquum eſſe, vt prætextu non præſtitæ per curatorem ſatiſdationis, debeat licere dementis hæredibus vt lucrum captent ex damno alieno, quod nec dementi ipſi, nec pupillo permitteretur: *l. pen.in fin. D. reb. eor. qui ſub tutel. l. nam hoc natura 14. D. de cond.indeb. l.iure naturæ 106 D.de reg.iur.*

Emendatus Iulianus.

ILLATIO VIII.

De poteſtate interdictionis factæ prodigo.

OCtauò ex eodem Principio fit quod Vlp. ex Iuliano ſcribit in *l. Iulianus 10. eod.tit. De curat. furioſ.* eos quibus per Prætorem bonis interdictum eſt, nihil ad alium transferre poſſe, quia ſcilicet in bonis nihil habeant, cùm eis diminutio ſit interdicta. Quò etiam pertinet quod ſcribit Pomponius in *l. ſi ſciens 26. D. de cont. empt.* Si ſciens emam ab eo cui bonis interdictum ſit, vel cui tempus ad deliberandum de adeunda hæreditate ita datum ſit, vt non habeat diminuendi poteſtatem (ſic enim faciunt verba edicti, de quo in *l.ait prætor 7. D. de iur. delib.*) me dominium non fore. Diſſimiliter, inquit, atque ſi à debitore inope ſciens creditores eius fraudari, emero; hoc enim caſu neque inopia debitoris, neque fraus quæ fit creditoribus, neque mea fraudis illius conſcientia impedit, quominùs debitor poſſit eam rem alienare, cuius & ipſe dominus manet, & iure dominij liberam habet adminiſtrationem, *vulg.l.in re mandata 21. C.mandat.* ob idque neceſſaria eſt creditoribus actio Pauliana, quæ & Reuocatoria appellatur, & interdictum fraudatorium, de quo in *tit. D. quæ in fraud. cred.* vt dominium quod mihi ex emptione quæſitum fuit, reuocetur, & reſciſſa emptione in cauſam bonorum debitoris reuertatur, *§.item ſi quis, inſt. De action.* At reuocatoria nulla opus eſt, eum quis emit ab eo cui ſiue à lege, ſiue à Prætore interdictum erat alienatione: quia ipſo iure nullum eſt quidquid fit contra prohibitionem legis, aut Prætoris, *l.non dubium 5.C.de legib l.vbi lex 24. D.de vſuc. l.eum lex 46. D. de fideiuſſ.* An verò diſtinguendum erit, an is qui à prodigo emit, ſciuerit, an ignorauerit interdictionem, vt quod dicimus non poſſe illum fieri dominum, eo tantùm caſu locum habeat, quo ſciuit, non quo ignorauit? Et quidem poſſit quis putare ita Pomponium ſenſiſſe, qui ita ſcripſerit *ſi ſciens emam.* Cur enim adiecíſſet, *ſciens*, ſi non aliud putabat dicendum in ignorante? Sed non ita eſt. Non enim ignorantia emptoris facere poteſt vt eo magis alienandi ius habeat is, cui fuit bonis interdictum, cùm eiuſmodi interdictio faciat, vt ne quidem in bonis ſuis quicquam habere videatur is, qui paſſus eſt interdictionem, vt ſcriptum eſt in *d.l.Iulianus*. Quomodo ergo dominium transferre in alium poſſet is, qui ipſe dominus non eſſe intelligatur? Aut quomodo intelligi poteſt adhuc eſſe dominus is, qui rem amplius in bonis ſuis non habeat, ac ne quidem bona vlla? Siquidem multò minus eſt in bonis quid habere, quam dominum eſſe, cùm in bonis habere nihil aliud ſit, quàm dominium habere bonitarium: quod tunc demum perfectum & abſolutum intelligitur, cùm ex bonitario factum eſt quiritiarium, *l. ſi finita 15.§. Iulianus, D.de damn.infect.* iunct. *l.5.in princ. eod.*

§ item ſi quis, inſt. De act.

Indéque etiam eſt quod prodigus teſtamentum facere non poteſt poſt interdictionem, & ſi fecerit, ipſo iure non valet. *l.is cui 18. D. qui teſtam. facer. poſſ.* Non ob id ſolùm quòd commercium ei interdictum ſit, ob idque familiam mancipare non poſſit (quam rationem reddit Vlp. in *fragment.tit. 20 De teſtam.§.mutus*, reſpiciens nimirum ad veterem illam & hodie ſublatam formam teſtamentorum faciendorum per familiæ mancipationem) ſed etiam quia lex duodecim tabularum patribusfamilias teſtandi quidem poteſtatem dedit, ſed de ſuis duntaxat bonis, *l.verbis legis 120. De verb. ſignific.* Is verò cui bonis interdictum eſt, nulla bona, vt diximus, habere intelligitur. Itaque quamuis in teſtamentis ordinandis nulla hodie mancipatio familiæ fiat, perinde tamen remanet illud ex iure vetere, vt teſtamentum à prodigo factum poſt interdictionem non valeat ipſo iure. Niſi reſpicias ad Imperatoris Leonis *Nou. conſt. 39.* quæ ius vetus hac parte ſuſtulit permiſſa prodigis non tantùm teſtamenti factione, ſed etiam qualibet commercij ſpecie, at non ſimpliciter & abſolutè, ſed cum ea diſtinctione

Leonis conſtitutio Nouell. 39.

Digitized by Google

ſi modò prudenter negotietor & teſtetur, id eſt quomodo cæteri prudentes ſolent, putà ſi vel neceſſariam perſonam, vel Chriſti pauperes hæredes inſtituerit. Nam ſi fortè neglectis iis perſonis, quas vel ipſa lex, vel aliqua pietatis ratio ad ipſius hæreditatem inuitabat, eum hæredem ſcripſiſſet, quem non niſi ex malis moribus cognitum, putà prodigalitatis & infamiæ ſuæ ſocium aut miniſtrum habuiſſet, nec hodie teſtamentum valeret, tanquam non pertinente ad hunc caſum Leonis conſtitutione, Qua ſublata vel circumſcripta, ſupereſt ius vetus, ex quo hæc omnia æſtimari oportet.

Planè quod interdictione vetuſtius teſtamentum habuerit prodigus, valebit, tanquam ab eo factum qui eo tempore habebat bona, de quib. poſſet diſponere. Nec enim teſtamentum illud quod ab initio tenuit vtpote ſolemniter factum, poſtea irritum fieri poteſt ex ſuperueniente interdictione, quaſi teſtator deſierit viuus habere actiuam teſtamenti factionem. Non enim deſinit habere abſolutè ac ſimpliciter, ſed ad tempus, id eſt quouſq; malos illos mores exuerit, qui ſi non priùs, ſaltem ipſius morte finiuntur, aut ſi mauis quandiu periculum eſt ne rebus ſuis malè vtatur. Atqui cùm mori incipit, quo tamen inſtanti adhuc viuit, periculum amplius nullum eſt ne malè vtatur. Ergo tunc ſaltem de bonis ſuis diſponendi facultatem & conſequenter teſtamenti factionem recuperat, adhuc viuus. Vt proinde nihil cauſæ ſit cur eius teſtamenti confirmatio impediatur, ſiue teſtamenti, ſiue mortis tempus conſideres, quod vtrumque ſpectandum eſſe conſtat. Nam ſi teſtamentum in inſtanti fieri poſſet, dubitandum non eſſet, quin prodigus vltimo vitæ ſuæ inſtanti teſtamentum facere poſſet, quaſi finita ſaltem tunc prodigalitate, cuius exercendæ nulla ex eo inſtanti facultas aut occaſio ſupereſſe poteſt. Itaque quod moritur ſine teſtamento, non tam ſit impedimento iuris quàm facti; quamuis, quod ante illud inſtans & quandiu tantum ei temporis ſupereſt quantum ad teſtamentum faciendum ſatis eſſet, teſtari tamen nequit, iuris & legis interdicentis, non facti impedimentum eſſe fatendum ſit. Porrò ſufficit tolli impedimentum iuris quamuis remaneat impedimentum facti, quia iure ſemper egemus vt valeat teſtamentum. At facto nullo egemus, poſteaquàm factum iam eſt. Sic & ſurdum & mutum negamus facere teſtamentum poſſe, Et tamen ſi quis poſt teſtamentum factum, valetudine, aut quolibet alio caſu mutus vel ſurdus eſſe cœperit, ratum nihilominùs teſtamentum permanere admittimus, *l. qui in poteſtate 6. §. 1. D. qui teſt. facer. poſſ.* Nimirum quia quod amiſerunt iſti factionem teſtamenti actiuam, ex facto magis, quàm ex iuris poteſtate proficiſcitur; Vnde & hodie teſtari poſſunt dummodò ea ſolemnitas adhibeatur, quæ à Iuſtiniano inducta fuit in *l. diſcretis 10. C. eod.*

d. l. is cui D. qui teſt. facer. poſſ.

Dices, non ſufficere ad teſtamenti validitatem, vt teſtator habuerit factionem teſtamenti vtroque illo tempore, & quo teſtatus, & quo mortuus eſt, niſi toto etiam medio tempore habuerit, Alioquin irritum fieri teſtamentum, puta ſi teſtator vel ciuitatem, vel etiam libertatem amiſerit, quãuis eam poſtea recuperauerit, extra cauſam poſtliminij; *l. ſi quis filio 6. §. irritum*, iunct. *§. quatenus, D. de iniuſt. rupt.* Sed reſpondendum eſt, Immò verò ſufficere vt vtroque illo tempore, teſtamenti & mortis, teſtator factionem teſtamenti habuerit: media enim tempora non nocent, non magis ſi quæratur de teſtamenti factione actiua, *l. 1. §. exigit, l. qui ex liberis 11. §. teſtamento, de bonor. poſſ. ſecund. tab. l. conficiuntur 8. §. ſi poſt factum, D. de iur. codic.* quàm ſi de paſſiua, *l. ſi alienum 49. §. in extraneis, D. de hered. inſt.* De quo ſcripſi pluribus *lib. 10. Coniect. cap. 19.* Adde quod etiamſi neceſſe eſſet, teſtatorem toto illo medio tempore factionem teſtamenti retinere, non tamen ei nocere deberet, ſi non niſi ad tempus illam amiſiſſet, quomodo amittit ille cui bonis interdictum eſt, ſicut & qui in furorem incidit. Nam & interdictio, & furor temporalia eſt, ideóque perpetuum effectum habere non poteſt. Denique prodigus & furioſus quamuis deſierint poſſe facere teſtamentum durante ſcilicet interdictione & furore, poſſunt tamen decedere cum teſtamento, nec interdictio quæ à lege fit prodigo, pertinet ad ea quæ facta ſint ante interdictionem, ſed ad ea tantùm quæ ex eo tempore facere prodigus velit. Itaque quamuis interdictio non finiretur viuente adhuc prodigo quomodo finiri probauimus, non poſſet tamen facere ne teſtamentum ante interdictionem factum confirmari à lege poſſet, quia excederet id cauſam interdictionis & propoſitum, ſiue legis, ſiue magiſtratus interdicentis. Accedit in prodigo cui bonis interdictum eſt, quod quamuis nulla bona habere intelligatur quamdiu viuit, propter poteſtatem interdictionis, ea tamen omnia cum moritur recuperat, quæ abſtulerat ei interdictio; alioqui nec legitimam hæreditatem vllam habere poſſet, qui nulla bona moriens reliquiſſet: *l. lex Cornelia 28. De vulg. & pup. ſubſt.* atque ita moriente illo, incipit ceſſare ratio illa, quæ potiſſimùm faciebat ne teſtamenti factionem habere poſſet. Proinde nihil impedit quominus eo mortis tempore lex confirmet prodigi teſtamentum quod factum ſit ſolemniter vel ante prodigalitatem, vel ſaltem ante interdictionem. Parum enim faciet, quod teſtator iam ipſo teſtamenti tempore fuerit re vera prodigus, ſi nondum ei fuerat interdicta adminiſtratio, cùm prohibitio teſtandi, aut quoquo modo contrahendi, non ex prodigalitate, ſed ex ſola interdictione vim ſuam accipiat, tametſi prodigalitas ſola ea ſit quæ cauſam dat interdictioni. Vſque adeò autem prodigus, cui bonis fuit interdictum, teſtamenti factionem non habet, vt nec alieno teſtamento adhiberi teſtis poſſit, *d. l. is cui.* Abſurdum enim eſſet vires ſumere teſtamentum per eum qui teſtari ipſe non poſſet. Propter quam cauſam ita ius erat, vt teſtes qui in teſtamento adhiberentur & puberes & ciues Romanos eſſe oporteret: quia nec impuberes teſtari poterant, nec alij quam qui ciues Romani eſſent, *l. à qua ætate, l. eius qui 81. eo. tit. l. ſi quis filio 6. §. irritum, D. de iniuſt. rupt. & irrit. fact. teſt.*

Ergo, vt ad Pomponium redeamos in *d. l. ſi ſciens*, cur loquitur ille de eo qui à prodigo emerit ſciens interdictionem? Nempe, vt puto ad melius aptandam eam differentiam, quam *ibi* conſtituit inter venditionem factam à prodigo, & eam, quæ facta ſit à debitore in fraudem creditorum. Nec enim locus vllus eſt quæſtioni de reuocanda alienatione facta in fraudem creditorum, niſi cùm is qui emit, aliúe ve contraxit, conſcius fuit fraudis, eámque participauit: *l. quod autem 6. §. hoc edictum, l. ait prætor 10. §. quod ait, & ſeq. D. quæ in fraud. credit.* Cæterum, ſiue interdictionem ſciuerit, ſiue ignorauerit is, qui emit à prodigo, certum eſt non poſſe illum fieri dominum. Poteſt tamen

ignorantiæ

Digitized by Google

ignorantia ei prodeſſe,ne malè fidei emptor dici queat;Nec enim cum prodigo contrahere prohibitum eſt ipſo iure,quouſque & talis declaratus ſit,& interdictiu ſecuta, quemadmodum in *huius Principij* interpretatione diximus, ex *l.tres tutores 55.§ vlt. De adm.tut.*

In quo differt prodigus à pupillo. Malæ fidei enim emptor eſt,quiſquis emit à pupillo ſine tutoris autoritate; quia ne cum pupillo ſine tutoris autoritate contrahi poſſit, ſufficit generalis prohibitio, & regula iuris, nec ſpecialis prohibitio magiſtratus exigitur:*l.contra 18.D.de pact. l.pupillus 5.l.obligari 9.D.de autor.tut* At in prodigo interdictione ſpeciali opus eſt.Ideò fortaſſe,ne magna litium oriatur occaſio, ſi ita ius conſtitueretur, vt prodigum quem eſſe ſufficeret ad hoc ne cum eo contrahi vtiliter poſſet, cùm plerumque in obſcuro id poſitum ſit,multis mores illos malos diſſimulantibus, & ea verba præſe ferentibus,ex quibus,vel prudentiſſimus quiſque prudentes eos exiſtimaturus eſſet, *l. hu qui 12.§.vlt.D.de tut & curat.dat.* At pupillum detegere, vel ſaltem ſuſpicari ex ipſa facie cuilibet facile eſt, vt vix excuſatione aliqua dignus videatur is,qui cum pupillo contraxit, ſi dicat ſe cum eo, quaſi pupillus non eſſet, ac quùd eum puberem exiſtimaret,contraxiſſe. Vereque contra eum poteſt vſurpari quod eſt in regula iuris; Illum qui cum alio contrahit,vel eſſe, vel debere eſſe non ignarum conditionis illius, cum quo contrahit:*l.qui cum alio 19.D.de reg.iur.*

l hu qui 12.§.vlt.D.de tutor.& cur.dat.

ILLATIO IX.

De permiſſa, vel interdicta curatori alienatione bonorum furioſi.

NOnò ex eodem Principio fit, vt curator furioſi rem quidem ſuam quaſi furioſi tradere poſſit,& dominium transferre; at non ſimiliter rem furioſi quaſi ſuam,quia rerum furioſi dominium transferre non poteſt, niſi cum eas tradit gerens negotium furioſi;*d.l. Iulianus 10.§ curator,D.de curat.furioſ.*Nempe quia neque lex 12. tab.neque Prætor cùm furioſo,vel prodigo curatorem dat, id agit vt faciat eum dominum bonorum furioſi,vel prodigi,ſed tantùm vt ei concedat adminiſtrationem quatenus exigit vtilitas prodigi vel furioſi.Vnde etiam eſt,quod nec aliter valet pignus à furioſi curatore datum,quàm ſi furioſi vtilitate ſic exigente id fecerit, *l. pignus 11.eo.*Nec rurſus,ſiue ab agnato, ſiue ab alio furioſi curatore res furioſi dedicari poteſt, ſicut nec donari, *l. ab agnato 11.eod. tit.* vbi ratio iſta diſertè redditur, quod agnato furioſi eidémque curatori non vſquequaque & indiſtinctè competat rerum eius alienatio;Sed quatenus duntaxat exigit negotiorum ipſius adminiſtratio. Quam eandem rationem affert Caius in *l.vlt. eo.tit.* vt probet curatorem furioſi nullo modo libertatem præſtare poſſe,quoniam ea res,inquit, ex adminiſtratione non eſt.In tradendo autem ita res furioſi,alienat curator, ſi id ad rerum adminiſtrationem pertineat.

Ex quo ſubinde infert, ſi donandi cauſa velit alienare,nec donationem,nec traditionem quicquam valituram,ſubiecta nihilominus exceptione,*niſi ex magna vtilitate furioſi hoc cognitione iudicis fecerit*.Quæ tamen exceptio,vt alibi monuimus ſi bene memini, non ea m Caij eſt, quàm Triboniani,aut imperiti alicuius interpretis.Ad-

eò abſurda & ridicula eſt.Quis enim caſus excogitari poſſit in quo magna furioſi vtilitas exigere queat, vt ex ipſius bonis quicquam donetur? Fateor poſſe interdum euenire, vt ex bonis furioſi diminui oporteat ad alendam ipſius matrem,aut ſororem ex eodem patre natam,cui etiam dotem conſtituere deberet, ſi aliunde nubere illa honeſtè non poſſet, vt de pupillo ſcriptum eſt in *l.cùm plures 12.§.cùm tutor, D.de admin.& peric.tut.l.1.§.1.D.de tut. & rat.diſtr.* Sed nego hanc eſſe meram donationem, quæ ſcilicet non tam ex liberalitate,quam ex neceſſitate proficiſcatur:*d.§.cùm tutor*.Donari enim dicitur, id demum quod nullo iure cogente conceditur: *l. donari 29. De don.l.donari 82.de reg. iur.* At omni iure & naturali & gentium & ciuili alimenta matri & ſorori ex eodem patre natæ filius dare compellitur. Eſt ergo id extra cauſam donationis & liberalitatis, potiúſque officium dici debet:quod ſi à tutore prætermiſſum eſſet,quamuis bona mente,putà vt pupillum ſuum faceret tanto locupletiorem, eo tamen nomine tutelæ teneretur,vt eleganter ait Vlp.in *d.l.1.§ ſed etſi,in fin.D.de tut.& ration.diſtr.*

Produnt etiam Tribonianum verba illa *cognitione iudicis.* Nec enim Vlpianus dixiſſet *iudicis*,ſed *Prætoris*,cuius decretum neceſſarium erat, quoties aliquid ex bonis etiam pupilli diminueretur, tum quoque cùm iuſta eſſet cauſa diminuendi,*d.§.ſed etſi*,in illis verbis, *decreto ſcilicet interueniente*:quanquam,vt verum fatear, & eriā mihi non parum ſuſpecta illa clauſula. Quidni enim tutori liceat etiam ſine decreto Prætoris id facere, ad implenda pupilli ſui nomine officia pietatis,quod ni faciat, futurum ſit vt quaſi malè officio ſuo functus actione tutelæ proprio nomine teneatur? Quare nec decreti interponendi mentio vlla fit à Paulo in *d l.cùm plures,§. cùm tutor de admin.& peric.tut.* §ſed etſi l.1.

Cæterùm ſi quod decretum neceſſarium eſt, non alterius poteſt eſſe,quàm Prætoris,aut Proconſulis,vel Præſidis, qui in prouincia partibus Prætoris fungatur:qui omnes tamen ſicut Magiſtratus erant,& quidem ex maioribus;ita *Iudices* dici non poterant,ſed *ius dicentes* aut ſaltem cum ea adiectione, quæ ponitur in *l.non diſtinguemus 32.§.de liberali,D.de recept.arbitr* vbi *maiores iudices* iſti vocantur. Perpetuaque fuit Prudentum ea diligentia,ne vnquam *iudicem* cum *ius dicente* confunderent,non magis quàm *iudicium* cum *iuriſdictione*.Iudicem enim cùm ſimpliciter dicunt pedaneum intelligunt,id eſt datum à ius dicente; De quo & totus tit.eſt,*de iudic.* Quod ius dandorum à ius dicentibus iudicum manſit in tempora vſque Diocletiani & Maximiani in *l.2. C. de pedan.iudic.* quæ primùm induxit, vt de quibus cauſis magiſtratus cognoſcere antea non poterant,ſed iudices dare cogebantur, de iis ipſi hodie cognoſcere extra certas cauſas compellantur.

Ex quo factum eſt vt ad eam conſtitutionem reſpiciens Tribonianus,paſſim confuderit nomina *ius dicentis*,& *iudicis*,non tantum in reſcriptis Imperatorum,vt in *l.vnic.C de lit.conteſt.* & alibi paſſim,ſed etiam quod indignius eſt, in ipſis Prudentum reſponſis. Sed hoc alterius loci eſt,non huius.

Illud magis ad rem noſtram pertinet, quod ſuperioribus omnino addendum eſt, minùs iuris habere hac in re curatorem furioſi, quàm tutorem pupilli, nimirum quod attinet ad bonorum ipſius alienationem.Si enim tutor etiam ſine pupillo alienet rem pupilli mobilem, cuius

alienatio non ſit interdicta, licèt neque decretū interuenerit, neque pupilli vtilitas id exigat, ſine dubio transfert dominium, dummodo vendiderit bona fide, & putans ſe rem pupilli bene gerere, non animo furandi & pupillum ſpoliandi : *l. qui fundum 7.§. ſi tutor, D. pro empt.* Nempe quia ſi pupillus ipſe venderet autore tutore, transferret dominium, quippe qui eſſet ipſe dominus. Quod autem poteſt facere pupillus tutore autore, id omne poteſt facere tutor ſine pupillo, ſi excipias aditionem hæreditatis, & alia ſi qua ſunt huiuſmodi, quæ perſonale pupilli factum omnimodo requirant. Hoc ipſum enim ad pupilli vtilitatem maximè ſpectat, ne tutor egeat perſona & facto pupilli ad expedienda ea quæ tutelæ cauſam pertinent, & vt non minùs poſſit ille ſolus quàm coniuncta perſona pupilli. At curator furioſi nihil facere poteſt cum furioſo, quoniam furioſus nullomodo computatur non magis quàm ſi nullus omnino eſſet, quia nec ſenſum vllum habere intelligitur: *l. ſi tibi 8.§. vnius, de opt. leg.* nec certa ſpes eſt ætatem ei quemadmodum pupillo allaturam, cùm incertus ſit euentus reſipiſcentiæ : *l. ambiguitatem 12. C. de vſufr.* Cur ergo licere debeat curatori furioſi transferre dominium ſine furioſo, quod nec cum furioſo transferre poſſet? Neque ſanè vtilitas furioſi vnquam exigit, vt patrimonium ipſius minuatur, quod vtique minuitur ſemper alienatione. Quod ſi iuſta aliqua & neceſſaria cauſa emergat, propter quam ſit permittenda alienatio, decretum tamen neceſſarium eſt, vt quod curatori deeſt ad transferendum in emptorem alienæ rei dominium, ex legis & magiſtratus autoritate ſuppleatur.

L. qui fundū 7.§ ſi tutor D pro empt.

Qua ratione dubitari etiam poſſet, an rem furioſi ſaltem mobilem pignori dare furioſi curator permitteretur, cum ex vna parte illud moueat, quod pignoris datio alienatio non eſt : *l. cùm & ſortis 35. §. 1. D. de pig. act.* ex altera verò quod prohibita alienatione cenſetur quoque prohibita pignoris datio, vtpote per quam perueniatur etiam ad alienationem : *l. vlt. C. de reb. alie. non alien.* Sed placet dari poſſe ſi furioſi vtilitas id exigat, *l. pignus 11. de cur furioſ.* quoniam datio pignoris præter id quod per ſe alienatio non eſt, poteſt etiam eſſe plerumque neceſſaria, ſi non aliter poſſit inueniri pecunia, ſine qua tamen furioſi negotia explicari nullomodo poſſint, Sicut autem datio pignoris eſt neceſſaria plerumque, ita & quæ per eam inducitur alienatio, non niſi neceſſaria eſſe poteſt, cùm ad eam deueniri ſoleat eo demum caſu, quo non aliter ſatisfieri creditori poſſit: Neceſſariæ porrò alienationes ſemper exceptæ intelliguntur à quacũque quantumlibet generali alienationis prohibitione, *l. alienationes 13. D famil. erciſ.* Solet enim neceſſitas facere licitum, quod alioquin eſſet illicitum: *l. 3. §. 1. de reb cor.*

Loquor autem de mobili re furioſi, quia rem ipſius immobilem pignori dari à curatore multò difficilius eſt, cùm nec tutor pupilli poſſit id facere, ſine decreto Prætoris, prohibita per orationem Diui Seueri non tantùm alienatione, ſed oppigneratione, *l. 1. §. 1 & vlt. eo. tit. D. de reb. cor. qui ſub tute.* Nec enim melioris conditionis eſſe poteſt curator furioſi, quàm tutor pupilli: *l. 2. C. de curat. furioſ.* ex qua lege nouam illationem iam efformemus.

ILLATIO X.

De non alienandis, vel obligandis ſine decreto prædiis ruſticis prodigi, vel furioſi.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt orationis Diui Seueri beneficium, quo poſſeſſiones ruſticas pupillorum, ſeu adoleſcentium ſine decreto Præſidis obligari, vel diſtrahi prohibitum eſt, quamuis de pupillis tantùm, vel adoleſcentibus duntaxat, non etiam de furioſis, aut prodigis locuta ſit oratio, non iniuria tamen, immò eadem prorſus æquitatis ratione ad furioſi, vel prodigi curatorem porrigatur, *d. l. 2. C. de curat furioſ.* Ex ſententia nimirum orationis, vt ſcriptum eſt in *l. qui neque 8 §. 1. in fin.* iunct. *l. ſi prædia 11. D. de reb. cor qui ſub tute.* Nec enim prætextu iuris veteris, quod huiuſmodi venditiones permittit, ferendum fuit, vel plus iuris haberet curator furioſi, vel prodigi, quàm tutor pupilli, cùm alioquin ex ipſius quoque iuris communis ratione plus autoritatis habere debeat tutor in bona pupilli, quàm curator in bona furioſi quod ad cauſam alienationis attinet, vt *præcedente illatione* dicebamus.

L. 2. C. de cur. furi.

Itaque, etiamſi ob vtilitatem furioſi accepta ſit mutua pecunia, pro qua prædium furioſi ruſticum, vel ſuburbanum pignori datum eſſe proponitur, non eo magis tamen vinculum pignoris conſiſtet, ſed vtilis tantùm actio in perſonam furioſi dabitur, probato quòd ex ipſius vtilitate negotium geſtum ſit, ad pecuniam ſcilicet repetendam, vt in *l. 3. C. quand. ex fact. tut.*

Ex quo apparet euidentius quod ſuprà diximus ex *l. pignus 11. D. de cur. furio.* pignus à curatore furioſi datum valere, ſi vtilitate pupilli exigente id fecerit, non ad aliud pignus pertinere, quàm cuius datio non ſit prohibita, puta quod ſit rei mobilis, vel prædij vrbani: Alioquin, vt pignus teneat, omnimodo neceſſarium eſt decretum, quo interueniente adhuc quærendum eſt an furioſi vtilitas id exegerit: non vt probationem exigamus ab eo qui pro ſe habet decretum, ſed vt nullius momenti decretum habeatur, ſi probetur obreptum Prætori, *l. 5 §. pen. De reb. cor. qui ſub tute.*

Illud tamen prætermittendum non eſt, valde corruptum eſſe Vlp. in *d. l. qui neque §. 1.* neque commodam admittere conſtructionem. Ideóque ſic legendum eſſe, *Et puto, quia de pupillis Princeps loquitur, & qui coniunctim tutoribus curatores accipiunt, non pertinere; & de cæteris puto ex ſententia orationis idem eſſe dicendum.* Ratio enim dubitandi propter quam ad furioſi quoque & prodigi curatores oratio pertinere videbatur, illa erat, quia etiam de curatoribus locuta fuerat. Sed reſpondet Vlp. ideo locutam eſſe de curatoribus, quia loquitur de pupillis qui coniunctim tutoribus curatores accipiunt. Et conſequenter non pertinere ad cæteros curatores qui non coniunctim tutoribus dantur, Nempe ſi inſpicias verba orationis, at non ſimiliter ſi ſententiam & rationem quæ orationi cauſam dedit *dicta lege vndecima eo. d. l. 2. C. de cur. furio.* Sanè non poteſt negari quin ratio illa, *quia de pupillis &c.* probet orationem Seueri ad curatores cæteros non pertinere potius quam pertinere, adeo vt neque pertineat ad

curatores

Digitized by Google

curatores illius qui nunquam pupillus fuit, quique ideò nunquam habuit tutores, vt eadem ipſa ſupradicta ratio probat,& innuit Vlp.in *d.l. ſi prædia* 11.quia ſcilicet de pupillis tantum locuta fuit.Sed ex mente orationis aliud eſt, *tot. tit. De præd minor.C.*

ILLATIO XI.

De priuilegio quod datur prodigo, furioſo, & dementi, in bonis curatoris.

VNdecimò ex eodem Principio fit,vt prodigo furioſo & dementi priuilegium decreto Prætoris concedi ſoleat in bonis curatoris,exemplo pupilli,*l.mulieri* 15.§.1. *De curat.furioſ.* An vt habeant illi tacitam hypothecam quam pupillus habet in bonis ſui tutoris? Priuilegium enim illud & quidem magnum eſt. *l.pro officio* 20. *C. de admin.tutor.l.vnic.*§.1.*C.de rei vxor. act. l. vnic. C. rem.alien.gerent.non interd.rer.ſuar.alien.l.vlt. C.de legit.tut.*Minimè verò ſi inſpicias ius vetus. Primus enim Iuſtinianus fuit, qui priuilegium hoc furioſo conceſſit in bonis ſui curatoris, ad ſimilitudinem,inquit,tutorum pupilli, & curatorum adulti;in *l.vlt.*§. *& ſiquidem verſ. & inuentario C. de curat.furioſ.*Debet igitur Paulus in *d.l.* 15. §.1. *D.eod.*intelligi de priuilegio prælationis, vt ſi in vendendis bonis curatoris alij concurrant creditores perſonales,iis furioſus præferatur: Nam nec aliud priuilegium habebat olim pupillus in bonis ſui tutoris,temporibus Pauli & Vlpiani,vt conſtat ex *l.dabimúſque* 19.§. 1.*cum tribus ll. ſeqq. D.de reb.autor.iudi.poſſid.* Illud enim aliud priuilegium tacitæ hypothecæ de quo proximè diximus à Conſtantino primùm videtur indultum pupillis & minoribus,in *d l.pro officio*,cùm nulla prorſus mẽtio eius fiat in *Pandectis*,in quibus tamen tot iura ſunt de pupillis eorúmque tutoribus, & de curatoribus adultorum: At neque in reſcriptis Imperatorum,qui Conſtantini tempora præceſſerunt. Quod enim ſcriptum eſt in *d. l. vnic.C.rem alien.gerent.*quæ eſt Seueri & Antonini,commodiſſimè ſic intelligi poteſt,vt non pertineat ad hypothecam tacitam de qua ne verbum quidem vnum in ea conſtitutione, ſed ad hypothecam expreſſam à tutore condemnato in bonis ſuis omnibus conſtitutam, vt & in ſpecie *l. vlt.in princip. D. qui potior. in pign. hab.* cuius expreſſæ hypothecæ non video quænam vtilitas eſſe poſſet,ſi tacita ipſo iure ineſſe intelligeretur, cùm eoſdem omnino effectus habeat hypotheca tacita,quos habet expreſſa. Nec aliud ſcriptum eſt in *d. l. vnic.* niſi quod nos facilè admittimus non eſſe interdictum tutoribus, vel curatoribus, quamuis ex cauſa tutelæ,vel curationis condemnati ſint, atque ita debitores conſtituti res ſuas alienare cum ſua cauſa, id eſt cum onere pignoris,nimirum ſi quod ſit.*l alienatio* 67.*D. de contr. empt.* Erit verò, ſi ponas expreſſim & ſpecialiter conſtitutum fuiſſe, ſiue per conuentionem, ſiue per iudicati executionem, *l. ſi & iure* 10. *D. qui potior.in pign. hab.* Nec enim per ſolam ſententiam in tutelæ iudicio redditam,magis quam per tutelam ipſam; acquiritur ius pignoris in bonis condemnati,quouſque ventum ſit ad captionem & conſtitutionem pignorum in executione iudicati:*l.à Diuo Pio* 15. *per tot. D. de re iudic.l.non eſt mirum* 26.§.1.*D. de pign.act.l.*1.2. & 3 *C. ſi in cauſ.iudic.pign.cap. ſit.* Ex iudicato namque non alia naſcitur actio quàm in factum quæ perſonalis eſt,*l.actori* 8.*C de reb cred. & iureiu.* Et verò quid attinuiſſet dare priuilegium pupillo in bonis tutoris,vel adulto in bonis curatoris, ſi habuiſſent illi tacitam hypothecam? Siquidem certum eſt de priuilegiis tractari duntaxat inter creditores chirographarios, non etiam inter hypothecarios qui priuilegio nullo indigent,cùm per pignoris,aut hypothecæ conuentionem ſibi proſpexerint diligenter, ita vt quis ex iis potiores iure, niſi interueniant qui ex iuſta aliqua cauſa etiã anterioribus ſint præferendi:*l* 3 § 1.*l.interd.* 5. *& ſeq.l.potior.* 11. *D.qui pot in pign.hab. l aſſiduis* 12.*C. eod.* Accedit, quod priuilegium iam olim datum pupillo in bonis tutoris, certum eſt eius fuiſſe conditionis, vt ad ipſius ſucceſſores non tranſiret,*d.l.dabimúſque* §.1. Viſum enim eſt non tam cauſæ quàm perſonæ pupilli eſſe ſuccurrendum,quæ meruit præcipuum fauorem,ait Pap.in *l.ex pluribus* 42. *D. de admin. tuto.* vbi ex hoc infert Papinianus ſi ex pluribus tutoribus in ſolidum tutorem vnum iudex condemnauerit, iſque condemnatus, poſtea procurator in rem ſuam datus ſit à pupillo, non idcirco habiturum eum pupilli priuilegium in bonis contutoris, quod nec hæredi pupilli datur: Significans priuilegium hoc,quod non eſt tranſmiſſibile, multò minus ceſſibile eſſe poſſe,quia nimirum perſonale eſt,& pupilli perſonam egredi non poteſt, *l. quia tale* 14. *De ſolut.matr.* Atqui ſi eſſet priuilegiũ tacitæ hypothecæ,dubitari non poſſet, quin ad pupilli hæredem tranſiret, ſicut & aliud ius quolibet hypothecæ,ſiue tacitæ, ſiue expreſſæ, quoniam hypotheca quælibet rem ipſam afficit, nec priùs extinguitur,aut finitur quàm ſoluta ſit pecunia, cuius nomine contracta fuit hypotheca, vel aliter eo nomine ſatisfactum *l.grege* 13 §.*etiam D.de pign.l ſi rem* 9.§. *omnis D. de pign. act. l pen. in fi. D. de except. rei. iudic. d. l. vnic.* §. 1. iunct.§. *illo proculdubio C. de rei vxor. act.* Fatendum igitur eſt pupillum olim tacitæ hypothecæ priuilegium in bonis ſui tutoris nullum habuiſſe.

Quam in ſententiam me illud etiam maximè mouet,quod ſcriptum video in *l.*1.§.*ex illa D. ad leg.Cornel.de fal.*ex conſtitutione Diuorum Seueri & Antonini falſi pœnæ ſubiici tutores & curatores, itémq; eos qui huiuſmodi officio depoſito non reſtituerunt tutelã, vel curationẽ ſi interim cum fiſco contrahant;nimirũ ſi viuat is cuius tutela, vel cura adminiſtrata eſt:nã ſi deceſſerit,licèt nondum hæredi eius rationẽ reddiderit,iure tamen eum contrahere placuit, nec in pœnã vllam incurrere, vt ſubiungit Marc. in § *idẽ Prin. eiuſd. legis.* Non enim alia huius reſcripti ratio eſſe potuit,quàm ne pupillis iniuria fieret, quibus neceſſe eſſet præferri fiſcum, non modò ex priuilegio quod ſolet habere potentius cæteris omnibus creditoribus,*l. quod quis* 34. *De reb.autor.iudic. poſſid.* (priuilegium enim fiſci eſt inter omnes creditores priorem locum tenere, inquit Paulus *lib.*5.*ſent.tit.*12.*De iur.fiſc. & popul.* §. 10. præterquàm in pœnarum fiſcalium petitione, *l. in ſumma* 17. *D. de iur. fiſc.*) ſed etiam ex iure communi,tanquam habentem ius pignoris taciti in bonis omnibus ſuorum omnium debitorum,*l.aufertur* 45.§.*fiſcus,eod.tit.De iur.fiſc l.*1. *C. in quib.cauſ.pign.vel hypoth.tacit. contr.l.*3.4 *& vlt. C.de priuil.fiſc.*Ius enim commune ita fert,vt qui habet hypothecam licet dũtaxat tacitam, creditoribus cæteris omnibus chirographariis non niſi perſonalem actionem habentibus præferatur: vt probauimus in *Error.*1.*Decad* 6. *De error.*

L. & mulieri 15.§.1. D de curat. furioſ.

Priuilegio indigent creditores chirographarij quamuis anteriores non etiam hypothecarij.

Digitized by Google

prag. Si igitur fieret, tutore contrahente cum fiſco ante redditas tutelæ rationes, vt minùs cautum fieret pupillo, cui fiſcus eſſet præferendus: quod quoniam à publica vtilitate alienum eſſet, quæ proculdubio exigit, vt pupillis proſpiciatur, viſum eſt optimis Imperatoribus prohibendos huiuſmodi contractus, potiùs quam inducendum, vt in detrimentum fiſci pupillis ſuccurreretur, cum non minorem fiſci quoque quàm pupillorum rationem haberi oporteret. At ſi ius ita olim iam fuiſſet, vt pupillus in bonis ſui tutoris tacitam hypothecam haberet, nihil cauſæ erat cur metueretur ne in damno maneret pupillus ob contractum a tutore cum fiſco initum, quandoquidem tacitæ hypothecæ ius quod haberet ille anterius, faceret eum fiſco potiorem ex iure communi, quo is qui prior eſt fiſco in pignore, potior etiam eſt iure, nulla inter expreſſam tacitamve hypothecam facta diſtinctione, *l. ſi pignus 8. & d. l. vlt. D. qui potio. in pign. hab. l. ſi is qui mihi 28. D. de iur. fiſc.* Secundum quod erat potius conſulendum fiſco, eiuſque fauore prohibendum tutoribus & curatoribus ne ante redditas rationes contraherent cum fiſco, ne is deciperetur. De quo tamen Imperatores non cogitaſſe ex eo intelligimus, quod alioqui non tantum tutores & curatores prohibendi erant, ne cum fiſco contraherent, ſed cæteri etiam omnes, quorum bona, ſiue expreſſè ſiue tacitè alij iam eſſent obligata. Par enim, & æqualis omnibus iis caſibus fit iniuria fiſco, qui non niſi poſt alios dimiſſos ſuum ſit conſecuturus. Sed neque hæres pupilli ab ipſo pupillo ſeparandus eſſet, cùm non minus iuris haberet hæres, quàm pupillus ipſe, vi tacitæ hypothecæ, quippe quæ etiam ad hæredem, vt iam diximus, tranſmittatur. Et tamen conſtat non incidere in crimen falſi eum, qui mortuo pupillo contrahit
d. §. idem Principes. cum fiſco ante redditam tutelam hæredibus pupilli, *dicto §. idem Principes.* Non alia vtique ratione, quàm quod priuilegium pupilli non tranſeat in ipſius ſucceſſores, *dicta leg. ex pluribus 42.*
2 *De admin. tutor. dict. l. l. dabimuſque 19 §. 1. De reb. autor. iudic. poſſid.* Priuilegium ergo pupilli in eo fuit, vt haberet prælationis ius inter creditores perſonales, non etiam vt haberet ius taciti pignoris in bonis tutoris.

In quo agnoſcimus ingenuè nos ante hac erraſſe *lib. 2. Coniecturarum noſtrarum, cap. 10.* vbi communem illum errorem ſecuti ſumus interpretum noſtrorum, ſic tractantium de tacita pupilli hypotheca, quam habet in bonis tutoris, quaſi ſit illa ex iure vetere, non ex nouo.

Moneor etiam ex *l. vltim. D. in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit. contr.* vbi tractat Scæuola de tutoris hærede, qui cum pupilli hærede tranſegerat de rationibus tutelæ, & cùm ex ea tranſactione maiorem conuentâ pecuniæ quantitatem ſoluiſſet, in reſiduam partem pignus expreſſim obligauerat, & quærit an in veterem contractum, aut potiùs quaſi contractum ſcilicet tutelæ res obligata eſſet. Reſpondet autem eſſe obligatam, Hoc nimirum ſenſu, vt ſi fortè tranſactioni non ſtetur, ob idque in eum ſtatum res reducatur, in quo erat priuſquam tranſactio facta eſſet, res ab hærede tutoris obligata pro ſumma ex tranſactione debita, cenſeatur hoc ipſo etiam obligata pro vetere debito tutelæ: quod vtique fruſtra diceretur, ſi ex ea tutelæ cauſa omnia tutoris bona tacitè obligata intelligerentur.

Quamquam non ignoro poſſe fieri locum quæſtioni etiam admiſſa tacita hypotheca, ſi ponas rem ab hærede tutoris obligatam, non fuiſſe tutoris, ſed propriam ipſius hæredis. Nec enim bona hæredum tutoris etiam hodie obligata ſunt pro tutela, ſicut nec hæredis bona pro legato quod defunctus reliquerit, *l. 1 in fin C. comm. de legat.* Sed eſſet iſta nimia reſtrictio, nimiſque diuinatoria, cùm poſſit etiam euenire ídque multo facilius, vt pro debito quod fuit tutoris, obligauerit hæres aliquid ex iis quæ habuerit ab eodem tutore, potiùs quàm ex propriis ſuis bonis, tametſi nihil eius interſit, an ex propriis, an ex hæreditariis aliquid obligauerit, ex quo cœpit ipſe per hæreditatis aditionem eſſe obligatus.

Et hinc etiam eſt quod toties tractant Iureconſulti de tutoribus, qui ab initio fuerint idonei, poſtea verò tales eſſe deſierunt, & lapſi ſunt facultatibus, ſiue ipſi, ſiue ipſorum fideiuſſores, præſertim cùm diſputant de magiſtratibus conueniendis, vt in *l. 1. §. ſi magiſtratus, & l. quod ad hæredem 6. D. de magiſtr. conuen. l. non eſt neceſſe 11. D. de probat.* Cui tamen quæſtioni vix eſt vt locus eſſe poſſet, ſi bona tutoris eſſent tacitè obligata, cùm pignoris, ſiue taciti, ſiue expreſſi perſecutio competat aduerſus quemlibet rei poſſeſſorem, quantumuis iuſto titulo poſſidentem; *l. 1. § cùm prædium, l. pignoris 10. & paſſ. D. de pignor.* Denique cùm tutor, vel curator qui dationis tempore fuit ſoluendo, aliquid alienauit in fraudem pupilli, vel adulti, certum eſt neceſſariam eſſe pupillo, vel adulto actionem reuocatoriam contra poſſeſſores bonorum à tutore alienatorum, *l. 1.* in illis verbis, *reuocatiſque quæ eum in fraudem alienaſſe conſtiterit: C. de magiſtr. conuen.* quæ tamen neceſſaria non eſſet, immò nec vtilis pupillo, qui poſſet dicere ſibi tacitè obligatas eſſe res quæ alienatæ reperirentur: quia nec poteſt fieri alienatio in fraudem eius, qui rem quæ alienatur habet obligatam, quandoquidem nec fit alienatio, nec fieri poteſt, niſi cum ſua cauſa, *d. l. alienatio 67. De contrah. empt.*

Obſeruandum etiam illud eſt, ſi priuilegium hoc de quo tractamus, quod habuit olim pupillus in bonis tutoris, fuiſſet priuilegium tacitæ hypothecæ, non niſi contra eum qui verè tutor, vel curator extitiſſet, habiturum fuiſſe locum, quia cauſa tutelæ non alterius bona poſſet obligare quàm eius qui tutor fuiſſet, nec curatio, alterius quàm veri curatoris, vt nec hodie tacitam hypothecam pupillus vllam habet in bonis alterius, quàm eius, qui vel tutor verus fuerit, vel ſaltem pro tutore ſe geſſerit, ſecundum Accurſij ſententiam, quam vulgo receptam eſſe video in *d. l. pro officio 20. C. de admin. tutor.* Atquin etiamſi negotium impuberis aliquis geſſerit, nec tutor, nec quaſi tutor, ſed ex officio amicitiæ, placet bonis eius venditis priuilegium pupillo conſeruari: *l. ſi negotium 23. D. de reb. autor. indic. poſſid.* l. ſi negotium 23. D. de reb. autor. ind. poſſid.
idem ſcilicet quod haberet pupillus in bonis veri tutoris: Priuilegium ergo prælationis inter perſonales creditores, non tacitæ hypothecæ, quam nec Accorſius ipſe dandam putat pupillo in bonis negotiorũ geſtoris, & rectè. Idque adeo verum eſt, vt dubitatum etiam ſit an idem priuilegium deberet habere pupillus in bonis magiſtratus; Quamuis placuerit non habere, ſed cum cæteris creditoribus magiſtratus qui tutorem dedit pupillum concurrere, *d. l. 1. §. priuilegium D. de magiſtr. conuen.* At quis credat de illo vnquam fuiſſe tractatum, An pupillus haberet olim ius tacitæ hypothecæ in bonis magiſtratus, quod nec hodie habet?

Ex

Digitized by Google

Ex his igitur omnibus ſatis conſtare arbitror, pupillum tacitæ hypothecæ priuilegium, quod hodie in tutoris ſui bonis habet, olim non habuiſſe: furioſum verò conſequenter multò minùs olim habuiſſe; hodie tamen habere ex noua Iuſtiniani conſtitutione in *d. l. vlt. C. de curat. furioſ.* Quæ tamen cùm non loquatur niſi de curatore furioſi, dubitari adhuc poteſt, an perinde locum habere debeat in curatore dato dementi, vel prodigo, cui bonis fuerit interdictum. Et quamuis horum omnium eadem ratio ſit, quod pertinet ad priuilegium perſonalis actionis, *d. l. dabimuſque, in fin. cum duab. ſeqq. de reb. autor. iudic. poſſid.* difficilius tamen eſt, vt ſine legis alicuius authoritate priuilegium tacitæ hypothecæ quod curatori furioſi nominatim datum eſt, cæteris accommodemus: Sicut & fatendum eſt ante illam Iuſtiniani conſtitutionem ita ius fuiſſe, vt quamuis Conſtantinus priuilegium illud tacitæ hypothecæ pupillo iam dediſſet, furioſus tamen non perinde illud haberet, cuius nihilominus tantus erat iam fauor, vt in priuilegio perſonalis actionis non alio quàm pupillus iure cenſeretur. Fateor non iniquum fore ſi idem ius, & priuilegium dementi quoque & prodigo accommodetur. Sed iuris religioſior ſum, quàm vt velim agere Imperatorem, vel facilè pati vt interpretum autoritate id inducatur, quod requirat imperatoriam ſanctionem.

Illud ſanè conſtat, ſi datus ſit curator bonis vel abſentis, vel ab hoſtibus capti, vel dum deliberant ſcripti hæredes de adeunda hæreditate, non oportere priuilegium iis dari, quia non in ea cauſa ſunt, vt tantum fauorem mereantur, quantum pupillus, demens, prodigus, & furioſus: *l. idem priuilegium 22. §. 1. De reb. autor. iudic. poſſid.* Itaque quod ait Paulus in *d. l. & mulieri 15. §. 1. D. de curat. furioſ.* prodigum, & omnes omnino, etiamſi in edicto non fiat eorum mentio, in bonis curatoris conſequi priuilegium decreto Prætoris, non vſque adeò generaliter accipi debet vt ad omnes cuiuſcunque generis curatores pertineat, ſed ad eos tantùm ſpectat qui furioſis vel prodigis ſimiles ſunt, id eſt qui perſonis ipſis quæ rebus ſuis ſupereſſe non poſſunt, dantur; puta qui ſurdo, muto, vel fatuo, & aliis huiuſmodi perſonis, quas debiles vocat Vlp. in *d. l. dabimuſque, in fin. iunctis duab. ſeq.* non cæteri qui bonis dantur. Sermo enim quantumlibet generalis reſtringendus ſemper eſt ad caſus ſimiles expreſſis, vt omnium apertiſſimè hic Pauli locus probat, ſi Paulus cum Vlpiano coniungatur in *d. l. idem priuilegium.* Solétque idipſum à Noſtris probari, nec malè ex *l. vlt. in fin. D. de tritic. vin. vel oleo legat.*

L. idem priuilegium 22. §. 1. eod.

ILLATIO XII.

De interdicenda mulieri luxurioſè viuenti bonorum ſuorum adminiſtratione.

Dvoderimò ex hoc eodem Principio fit, vt mulieri quoque luxurioſè viuenti bonis interdici poſſit tanquam prodigæ, *d. l. & mulieri 15. in princ. D. de curat. furioſ.* & apud Paulum *lib. 3. ſent. tit. 4. § mulieri*, & conſequenter curatorem ei dari oporteat. Quem enim expenſarum finem & modum poteſt habere luxuria, præſertim verò in muliere?

ILLATIO XIII.

De confirmando curatore, quem pater dederit furioſo etiam maiori 25. annis.

DEcimotertiò ex eodem Principio petenda eſt ratio dubitandi ad *l. ſi furioſo 26. D. eod. tit. De curat. furioſ.* vbi Tryphoninus tractat de furioſo non ſolùm pubere, ſed etiam maiore viginti quinque annis, cui pater teſtamento ſuo dederit curatorem. Et ait Prætorem ſequi debere voluntatem patris, & hunc ipſum dare filio curatorem: quia tametſi lex duodecim tabularum iubeat furioſum in poteſtate eſſe agnatorum, ac proinde videatur hic pater contra legem teſtatus eſſe (quandoquidem non quemadmodum patri licet, alium quàm proximum agnatum filio tutorem dare, ipſa etiam lege id ei permittente, ita & curatorem ipſi dare poteſt, præſertim maiori annis vigintiquinque, cui nec ex lege Lætoria curator dari poſſet, quæ de minoribus tantùm & adoleſcentibus locuta fuit) cùm tamen non alia de cauſa curatorem prodigo & furioſo dari lex voluerit quàm vt eorum perſonis, boníſque omnibus quamoptimè conſultum eſſet, in eóque nihil ſit quod certius ſequi poſſit Prætor quam iudicium patris, cuius erga filium pietas nequeat eſſe ſuſpecta. Euenit hoc caſu quod in alia quamuis diſſimili ſpecie ſcribit Papin. in *l. pater 10. ad fin. D. de captiu. & poſtlim.* vt non ſit alienum, Prætorem ſubſequi non minùs patris, quàm legis voluntatem, vt quemadmodum curatorem eum daret quem lex nominaret, id eſt agnatum proximum ſi nihil pater in contrarium conſtituiſſet, ita cùm patris voluntatem videt, non alium dare debeat quàm eum ipſum quem pater dedit. Id enim eſt quod Tryphoninus ait, dationem hanc curatoris tenere apud Prætorem, id eſt licèt ipſo iure non teneat, nec à lege adprobabetur, à Prætore tamen tuendam eſſe, idque Diui Marci reſcripto contineri.

His conſequens eſt, inquit, vt & ſi prodigo curatorem dederit pater, voluntatem eius ſequi debeat Prætor, eúmque ipſum dare curatorem. Quemadmodum enim eadem furioſi & prodigi ratio eſt in lege 12. tabul. ita & eadem eſſe debet apud Prætorem: cùm agitur de conſeruanda voluntate patris, quem credendum ſit filio ſuo ſiue furioſo, ſiue prodigo, æquè bene proſpicere voluiſſe.

Sequitur apud Tryphoninum, *ſed vtrum* omnimodo curatorem hunc dabit Prætor, an ita ſi futurum eſſet, vt niſi pater aliquid teſtamento cauiſſet, Prætor ei bonis interdicturus eſſet? Sicut enim permittendum eſt patri vt filio curatore indigenti conſulat, ita nec facilè ferendum eſt vt eo prætextu abutatur pater ad auferendam filio ſuo, in quem fortaſſis malè affectus ſit, bonorum ſuorum adminiſtrationem. Nec ſanè video cur ſubiici debuerit hæc clauſula, cum præcedens ſententia Tryphonini eſſet de prodigo, neque niſi ineptè poſſit dubitari an dandus ſit à Prætore curator, quem filio tanquam prodigo pater dedit, niſi ponas reuera prodigum eſſe: Sapítque non parum hæc ineptia meo iudicio Tribonianum. Sicut & illa ſequens

Tribonianiſmus apud Tryphoninum.

adiectio, *& maximè ſi filios habeat iſte prodigus.* Quid enim refert an liberos habeat prodigus, necne, vt eo magis minúſve cogatnt accipere curatorem? Non nego prouidendum eſſe liberis prodigi, ne ex patris prodigalitate deducantur in egeſtatem. Sed dico non niſi in conſequentiam id fieri oportere, quia prodigo ipſi primò & principaliter prouidendum eſt, ne quod ad bona ſua furioſi exitum faciat, nec minùs ſi liberos nullos habeat quàm ſi habeat. Alioqui ſi nepotibus ſulis prouidendum eſſet, poſſet id commodiſſimè fieri alia ratione quam curatoris datione, vt ſubiicitur *in verſic. potuit*, Nempe ſi pater idémque auus iuſſiſſet nepotes hæredes eſſe, & filium exhæredaſſet, eique quod alimentorum nomine ſufficeret certum legaſſet, addita cauſa neceſſitatéque iudicij ſui. Hoc enim caſu non haberet filius quod conquereretur de exhæredatione, quam pater non notæ cauſa, ſed bona mente, quo magis, ipſi etiam filio nedum nepotibus conſuleret, feciſſet; vt & in ſpecie *l. multi 18. D. de liber. & poſthum. & l. 5. §. cùm Pollidius D. de vſur.* Ea quo tamen, vt hoc obiter moneamus, caue ne inferas quod quidam inferunt, exhæredationem non aliter valere, quam ſi eius cauſa teſtamento inſeratur. Id enim hodie quidem verum eſt poſt Iuſtiniani Conſtitutionem, *Nouell. 115. vt cùm de appell. cognoſc. §. aliud quoque capitulum*, ſed olim & Tryphonini temporibus falſum fuit, valebátque exhæredatio, etiam cuius nullam cauſam teſtator expreſſiſſet, ſi modò aliquam hæres inſtitutus allegare poſſet adeò vt nec allegatam eam probare deberet, ſed liberis incumberet onus probandi, quod obſequium debitum iugiter parentibus præſtitiſſent, *l. liberi 28. C. de inoff. teſtam.* quod ipſum tamen etiam à Iuſtiniano correctum eſt in *l. omnimodo 30. C. eod.* Solebat tamen inſeri cauſa exhæredationis, cùm fiebat bona mente exhæredatio, vt in hac noſtra ſpecie, & in *d. §. cum Pollidius l. 5. de vſur.* non tam quòd neceſſe eſſet, quam vt conſtaret bona mente factam exhæredationem, ne periculo querelæ inofficioſi teſtamenti iudicia teſtatoris ſubiicerentur.

Nouell. 115. Vt cùm de appell. cogn. §. aliud quoque capitulũ.

Cæterùm in hac ſpecie quam tractamus, cùm ab auo inſtituti ſunt nepotes ex filio prodigo exhæredato, ponendum eſt, & emancipatum fuiſſe filium, & nepotes in poteſtate retentos. Alioqui nec filio, nec nepotibus ſatis bene conſuluiſſet teſtator, qui filio exhæredato nepotes inſtituiſſet, cùm ea ratione perinde fieret vt tota hæreditas ad filium perueniret, quippe quem nepotes facerent hæredem, & quidem neceſſarium patri ſuo: *l. qui in aliena 6. §. interdum D. de acquir. hæred.* Etſi autem nihil eſt in præcedentibus, ex quo appareat filium illum prodigum, de quo inſtituta fuit dubitatio, emancipatum fuiſſe, hoc ipſum tamen ſatis ex eo ſolo infertur quod de prodigo agitur. Qui enim filiusfamilias eſt, idéoque nec bona vlla habet, quomodo prodigus videri poſſit? aut inde facturus impenſas, quarum nec modum nec finem vllum habeat? Niſi fortè ponamus habuiſſe eum aliquod peculium, ſiue caſtrenſe, aut quaſi caſtrenſe, ſiue profectitium, ſiue etiam aduentitium; ea cuius nimirùm adminiſtratione non difficile poſſit pater prudens & ſagax malos filij ſui mores conijcere, indéque moueri vt ei quamuis non emancipato det curatorem. At emancipato filio prodigo, ponendum eſt nepotes ex eo ſuſceptos in aui poteſtate retentos fuiſſe, quia ſi poneres natos eos ex filio poſt emancipationem, eſſent in ſui patris poteſtate, atque ita iure poteſtatis hæreditatem aui patri acquirerent, niſi eſſent inſtituti ſub conditione emancipationis, quomodo plerumque inſtitui olim ſolebant à teſtatoribus, qui nolebant ad patres inſtitutorum hæreditatem peruenire; *l. quidam 46. De hæred. inſtit. l. duos 70. l. ſi cui 92. & ſeq. D. de condit. & demonſtr.* At rurſum inſtitutis nepotibus ſub conditione emancipationis, adhuc tamen non ſatis bene prouiſum nepotibus videtur. Quid enim ſi pater nolit conſentire emancipationi? Nam cùm patria poteſtas inæſtimabilis res ſit, non eſt cogendus pater vt liberos ſuos inuitus emancipet, *l. filiusfamilias 114. §. ſed ſi liberos, De legat. 1.* Niſi ab eodem teſtatore aliquid acceperit ſub ea conditione, aut ſaltem ea contemplatione vt eos emanciparet, *d. l. ſi cui 92. De condit. & demonſtr.*

Quamquam diſſimulare non poſſum, quin durum mihi videatur, vt prodigus qui nihil ex bonis ſuis alienare poteſt poſt interdictionem, poſſit nihilominus liberos ſuos emancipare, præſertim ſi vltrò facere velit, nec de eo rogatus à patre, quomodo tamen Baldus locum illum intellexiſſe videtur. Patre enim ita præcipiente, facilius eſt vt filio voluntatem eius ſequi permittatur: Etſi nec video, cur auus qui filij mores ſuſpectos habet, eique tanquam prodigo curatorem alioqui daturus ſit, rogare illum velit, aut iubere vt filios emancipet, quem ſcit in eo ſtatu eſſe, vt debeat nihil poſſe facere, quod ad rerum ſuarum diſpoſitionem pertineat. Quod enim bonorum interdictio nihil commune videatur habere cum liberorum emancipatione, quia liberi noſtri in poteſtate quidem noſtra ſunt, ſed tamen in bonis noſtris non ſunt, *l. impuberi 40. D. de admin. tutor.* abſurdum tamen videtur ei licere quod plus eſt, cui non licet quod eſt minus: *l. non debet 21. De reg. iur.* maxime cùm negari non poſſit, eius qui liberos ſuos emancipat, patrimonium hoc ipſo valde diminui, non quaſi æſtimatione facienda patriæ poteſtatis, quæ inæſtimabilis eſt, vt diximus, ſed propter amiſſum commodum eorum omnium quæ patri per filium in poteſtate retentum acquiri potuiſſent: *l. 1. D. ſi à parent. quis manum. ſit.* In ſpecie verò noſtra tantò abſurdius eſt, filium, cui tanquam prodigo curatorem pater dare potuerit, rogari vel iuberi vt liberos ſuos emancipet, quòd ponimus nihil ei fuiſſe relictum hac lege vt liberos emanciparet, quem è contrario lex ponit exhæredatum Si tamen emancipare pater eos velit, non nego valituram emancipationem, quia eum caſum tractamus, quo non fuerit ei bonis interdictum, nec acceperit curatorem aut à patre, aut à prætore.

L. 1. D. ſi à parent. quis manum. ſit.

Sequitur apud Tryphoninum, *ſed per omnia iudicium teſtatoris ſequendum eſt*; quibus verbis reſpondetur ad propoſitam initio quæſtionē, An omnimodo Prætor confirmare debeat curatorem à patre datum filio tanquam prodigo, an verò ita demum ſi futurum eſſet vt niſi pater aliquid teſtamento cauiſſet, Prætor ei bonis fuiſſet interdicturus. Placet ergo eſſe omnimodo confirmandum, id eſt etiamſi filium hunc reuera prodigum non eſſe conſtet: Sic enim omnimodo accipienda eſſe ſupradicta verba ex eo apparet, quod non aliter futurum erat vt Prætor ei bonis interdicturus eſſet, quàm ſi eum reuera prodigum eſſe conſtitiſſet. Et tamen quid abſurdius dici poteſt, quàm eum qui reuera prodigus non ſit,

Digitized by Google

ſit, ob hoc ſolum quod pater ei tanquam prodigo curatorem dederit, cogi & curatorem accipere, & priuari rerum ſuarum administratione.

Non nego, quod Alciat. ex eo loco intulit, præſumi prodigum eum, quem pater ſuo teſtamento prodigum appellauerit. Sed nego tantam debere vim eſſe illius præſumptionis, vt non debeat præualere veritas, de qua in contrarium conſtet apertiſſimè. Nam quemadmodum Reipublicæ intereſt prodigis curatorem dari, ne rebus ſuis abutantur, ita & è contrario intereſt etiam Reipubl. non haberi pro prodigo eum, qui reuera prodigus non ſit, ne tam facilè libero & ingenuo homini auferatur non tantùm adminiſtratio libera rerum ſuarum, ſed etiam quod multò indignius fuerit, factio ipſa teſtamenti, quam ſimul cum bonis prodigo auferri ſuprà diximus ex *l. Iulianus* 10. *D eod. tit. de curat. furioſ. l. is cui* 18. *D. qui teſtam. facer. poſſ.* iunct. *l.* 2. *D. ſi à parent. quis manum. ſit.* Alioqui, vt in præcedentibus attigimus, eueniet facilè vt pater nouercalibus fortaſſe delinimentis inſtigationibúſque corruptus malignè circa ſanguinem ſuum inferens iudicium, quod plerumque fit, vt ait Caius in *l.* 4. *D. de inoff. teſt.* prodigum filium ſuum appellet, qui tamen nihil minùs reuera ſit, quàm prodigus. Quòd ſi patri non creditur, cùm filium tanquam ingratum exhæredat, nec ſi cauſam ingratitudinis exprimat, adeò vt nec hodie probatio à liberis exigatur, ſed ab hæredibus patris, neque rurſus cogitur Prætor ſequi iudicium patris in omnibus, ſed ita demum ſi non fuit pater ignarus eorum omnium, quæ Prætor comperta habet, vt in *l. vtilitatem* 10. *D. de confirm. tutor.* quantò minùs ferendum eſt, vt cogatur Prætor omnimodo ſequi voluntatem patris, præſertim contra filium non ſolùm maiorem annis 25. ſed etiam emancipatum, & ei tanquam prodigo, quem vitæ probatiſſimæ eſſe videat, curatorem dare?

Ratio autem quæ apud Tryphoninum ſubiicitur in fine legis, *ne quem pater vero conſilio prodigum credidit eum magiſtratus propter aliquid, fortè vitium ſuum, idoneum putauerit*, præter id quod inconcinnè ſatis concepta eſt, etiam ridicula videtur. Quomodo enim verum eſſe poteſt conſilium, & iudicium patris, qui filio tanquam prodigo curatorem dedit, ſi è contrario conſtet reuera prodigum eum non eſſe? Nam hic præcisè caſus eſt, de quo quærimus, & in quo voluit Tribonianus, vt iam quod ſentio aperiam, ſequendum omnimodo iudicium patris à Prætore. Deinde ſi lex tam benè præſumit de patre, vt non facilè ſuſpicetur habiturum eum pro prodigo filium qui re vera prodigus non eſſet, cur de Prætore ipſo qui præcipuus Magiſtratus & viua vox ipſius legis, tam malè ipſa etiam lex præſumet, vt ſi cauſa cognita compererit ille & pronunciauerit, reuera prodigum non eſſe filium, quem pater prodigum appellauit, credendus ſit vitio ſuo, id eſt per ſordes, aut per gratiam, nedum per imperitiã potiùs quàm probè & rectè ac ex rei veritate pronunciaſſe? Immo quod grauius eſt, nec inquiſitioni locum amplius ſupereſſe, ſi fortè Prætor ipſe exiſtimationis ſuæ tuendæ gratia ſeipſum onerare velit nouis probationibus veritatis? An non potiùs præſumendum eſt, tantæ dignitatis Magiſtratum pro ſua grauitate non aliter eſſe iudicaturum, quàm Princeps ipſe eſſet iudicaturus, vt de Præfectis prætorio ſcriptum eſt in *l. vnic.* §. 1. *D. de offic. præf. præt.* An non ratio publicæ vtilitatis facere potius deberet, vt quod a Prætore etiam per ſordes, aut per gratiam pronunciatum eſſet, ratum haberi oporteret? *l. ſeruo* 65. §. *cùm prætor, D. ad SC. Treb.* Fateamur ergo quod res eſt, totam illam quæſtionem Triboniani eſſe, non Tryphonini: idque fiet probabilius, ſi iungas quod in præcedentibus diximus, ab eodem Triboniano corruptam *legem vlt. eod. tit.*

ILLATIO XIV.

De curatoribus etiam poſt impletam legitimam ætatem dementi vel furioſo dandis.

DEcimoquartò ex hoc Principio fit, quod ſcriptum eſt in *l.* 1. *C. hoc tit. de curat. furioſ.* vel prodigi, curatores etiam impleta legitima ætate prodigis vel furioſis tribui ſolere. Sic enim is locus accipiendus eſt, non autem ita vt non niſi poſt impletam legitimam ætatem iſti curatores dentur. Si quis namque nondum impleto vigeſimoquinto anno furioſus fiat, certum eſt dandum ei eſſe curatorem, non tanquam minori, ſed, quod longè diuerſum eſt, tanquam furioſo. Nec furor vitium eſt ætatis, ſed morbus, quem ſpes non eſt plena ætate finitum iri. *L. 1. Cod. de curat. furio.*

Prodigalitatis, adeóque etiam dementiæ alia ratio eſt: non enim malè poſſunt iſta dici vitia ætatis; nec improbabilis ſpes eſt, futurum vt ad ſanam mentem ſanóſque mores redeat is, qui nunc & demens & prodigus eſt, vbi compleuerit viceſimumquintum annum. Ideóque curatorem ei oportet dari non tanquam prodigo aut dementi, ſed tanquam adoleſcenti, *lege tertia, paragrapho primo, D. de tutel.* quo loco, etſi non tantùm de prodigo & demente, ſed etiam de furioſo idipſum traditur, hac parte tamen corruptum fuiſſe locum à Triboniano docuimus ad *Princip.* 1. *illat.* 6. Nec quod ſimiliter prodigi & furioſi eadem ratio conſtitui videtur in *d. l.* 1. nobis obſtat. Eadem enim eſt in eo, vt impleta ætas legitima non impediat quominus tam huic quàm illi curator detur: at non etiam in eo, vt ante illam ætatem curator furioſo dandus ſit tanquam minori, quomodo prodigo daretur. Sicque explicat Iuſtin. in § *furioſi, Inſt. de curat.* cùm ait furioſos & prodigos licèt maiores ſint annis vigintiquinque, eſſe tamen in curatione agnatorum ex lege duodecim tabularum. *L. 3. §. 1. D. de tutel.*

ILLATIO XV.

De reſtitutione per curatorem furioſi petenda.

DEcimoquintò ex eodem Principio fit, vt quamuis reſtitutionem in integrum alterius nomine petere ſine ſpeciali mandato nemo poſſit, *l. illud nullam* 25. §. 1. *cum l. ſeq. D. de minor. l. vnic. C. etiam per procur. cauſ. in integ. reſtit. agi poſſ.* curator tamen furioſo datus poſſit ipſius nomine reſtitutionem poſtulare, ſi quid furioſus geſſerit quod per in integrum reſtitutionem reſcindi oporteat: Cuiuſmodi pleraque eſſe poſſunt; non

ex

ex iis quidem, quæ furioſus durante furore geſſerit (hæc enim conſtat ipſo iure non valere, ideóque nec per in integrum reſtitutionem reſcindi poſſe, *l. 5. De regul. iur.* iunct. *l. in cauſa 16. in pr. D. de minor.*) ſed ex iis quæ fecerit ante furorem. Sicque accipiendum eſt reſcriptum Gordiani in *l. ſi pater 3. C. de curat. furioſ.* vnde ſumpta hæc illatio eſt.

ILLATIO XVI.

De furioſa quæ repudiauit maritum, vel ab ipſo repudiata eſt.

DEcimoſextò ex eodem Principio fit, quod ſcriptum eſt in *l. cùm repudiante 4. C. eo. tit.* ſi furioſa ſui iuris conſtituta maritum repudiauerit, qui è contrario ſolus eam repudiare potuit (nec enim furioſa repudium marito mittere poteſt, cùm non habeat voluntatem, *l. 4. D. de diuort. l. ſi cùm dotem 22. §. ſi maritus D. ſolut. matrim.* deinde verò furioſæ mater, nomine filiæ, cum ipſius quondam marito contraxerit (ſic enim lex loquitur, quia ponit repudium à furioſa miſſum à marito acceptum, admiſſumque vltrò fuiſſe) non poſſe contractum valere, nec furioſæ nocere; Nempe quia, vt lex ait, rerum eius filiæ defenſio non pertinuit iure ad matrem (ſic enim legendum eſt, non vt vulgo *cum res eius*) ſed tantùm ad curatorem, qui filiæ furioſæ dari debuit, vel ob id maximè quod mater, niſi quæ tutrix liberorum eſt, ius adminiſtrationis in bonis eorum nullum habet: *l. filia 88. D. de ſolut.* Non alius erit ſenſus *d. l. 4.* ſi aliam lectionem ſequare, quæ ſic habet, *cùm repudiante furioſam ſui iuris conſtitutam marito*, quæ lectio mihi magis placet. Quid enim attinet ponere repudiatum maritum ab vxore furioſa quæ illum repudiare non potuit?

Emendatio & vera lectio d. l. cum repudiante.

ILLATIO XVII.

De fratre emancipato fratris furioſi curatore legitimo.

DEcimoſeptimò ex eodem Principio fit, vt poſtquam ab Anaſtaſio inductum fuit, vt fratres emancipati ad fratrum ſuorum quamuis in poteſtate retentorum legitimam hæreditatem vocarentur, perinde acſi eſſent agnati proximi, illud quoque in conſequentiam ab eodem Anaſtaſio induci conueniens fuerit, vt furioſis fratribus & ſororibus perinde legitimi curatores exiſterent, & quidem quod magis mirum eſt, ex lege duodecim tabularum, vt ſcriptum eſt in *l. ne lucrum 5. C. de curat. furioſ.* Nimirum quoniam lex 12. tabul. licet nullam prorſus emancipatorum rationem habuerit, eandem tamen rationem conſtituit ſucceſſionis & curationis furioſorum & prodigorum, deferendo curationem agnatis proximis, quibus ex alio capite defert hæreditatem. Hodie igitur ex Anaſtaſij conſtitutione, fratres, quamuis emancipati, & hæredes ſunt & curatores legitimi. Alioqui dicendum eſſe lucrum dumtaxat ſucceſſionis antea indebitæ emancipatis, fuiſſe iis ab Anaſtaſio delatum, onus verò nullum fuiſſet inflictum, quod abſurdum foret vt eadem lex fatetur.

ILLATIO XVIII.

De furioſo habente dilucida interualla.

DEcimooctauò ex eodem Principio fit, vt ſi furioſus non continuo furore percitus ſit, ſed eo qui nonnunquam intermittatur, & dilucida habeat interualla, hoc ipſo deſinat iis interuallis eſſe in curatione, poſſitque ſolus agere omnia ſine curatore: quia cùm ſolus furor ille ſit, propter quem neceſſe fuerit dari curatorem, conſequens eſt vt finito furore curatoris quoque ius & poteſtas finiatur, *l. cùm alius 6. C. de curat. furioſ.* vbi tamen Iuſtinianus iuris veteris, vt ille ait, ambiguitatem decidens, conſtituit, vt non ideirco curator nomen amittat curatoris, ſed poteſtatem duntaxat & effectum, vt ſcilicet redeunte furore, non ſit neceſſe nouum ei curatorem dari, quod neceſſe eſſet ſi prior curator eſſe deſiiſſet. Alioqui ſæpius euaneſcente, mox redeunte furore crebra & quaſi ludibrioſa fieret curatoris creatio, & tam frequenter naſci, quàm finere videretur. Quamquam fatendum eſt ita fuiſſe ius vetus vt ipſo iure & furioſus & prodigus deſinerent eſſe in poteſtate ſtatim atque ille animi, hic morum ſanitatem recepiſſet, *l. 1. D. eod.*

L. cùm alius 6. C. de curat. furioſ.

ILLATIO XIX.

De filiofamilias furioſo habente peculium caſtrenſe vel aduentitium.

DEcimonono ex eodem Principio fit, vt ſi furioſus ſit in poteſtate patris, & habeat bona ſiue caſtrenſia, ſiue aduentitia, in quibus adminiſtrandis nihil alioqui iuris pater habere poſſet, curator tamen ei nullus dandus ſit, ſed ſufficiat quod habet patrem, in cuius poteſtate eſt: *l. vlt. in pr. C. eo.* Quomodo enim poſſet ille eodem tempore in duorum eſſe poteſtate? Aut cur alium ei quæramus adminiſtratorem meliorem quàm patrem? Nullus ſiquidem affectus talis inueniri poteſt vt vincat paternum, inquit Iuſtin. in *d. l. vlt.* Niſi fortè proponas talem eſſe patrem, qui & ipſe curatore indigeat, puta quòd ſit prodigus aut demens. Quo caſu alius quidem quàm pater bonorum ipſius adminiſtrationem habere debebit, ſed non alius quàm qui erit conſtitutus curator patris, ſi vtrique adminiſtrationi poſſit ſufficere, vt patriæ poteſtatis ius quàm minimum ſi ei poterit violetur, & filius hoc ipſo videatur in patris ſui poteſtate conſtitutus, quod in eiuſdem curatoris poteſtate erit in quo & ipſe pater: Quomodo ſupra diximus iure vetere, quo tutela legitima etiam pupillo qui proximus agnatus eſſet deferebatur, ita obſeruatum fuiſſe, vt qui pupilli tutor eſſet, idem etiam eius qui in pupilli tutela & poteſtate eſſet, tutelam gerere deberet.

* * *

ILLA

Digitized by Google

ILLATIO XX.

De hæreditate alterius quàm patris delata furioſo.

VIceſimò ex eodem Principio fit, vt ſi delata ſit furioſo hæreditas alia quàm paterna (paternam enim certum eſt acquiri ipſo iure furioſo, ſicut & alij cuilibet ſuo hæredi cùm ponamus fuiſſe illum in patris ſui morientis poteſtate, *d.l.vlt.§.ſin verò perpetuo, C.eo.*) permittatur curatori agnoſcere booorum poſſeſſiooem nomine furioſi, *d.l.vltim.§. ſin autem*, vbi quamuis Iuſtinianus dicat ita ſe conſtituere, ad tollendum certamen quod antiqui iuris Autores magnum, vt ille refert, habueruot; nihil tamen eſt in libris noſtris, ex quo poſſit coniicei quemquam ex Iuteconſultis in ea fuiſſe hæreſi, vt negaret curatorem futioſi poſſe ipſius nomine agnoſcere bonorum poſſeſſionem. Extátque contra ſcriptum in *l.ſi ad pupillum* 11.*D. de autor.tut. & in l.vnic. D. de bonor. poſſ. furioſ. infant.* Illud ſanè ſemper conſtitit, futioſum ipſum nec hæreditatem adire, nec bonorum poſſeſſionem petere potuiſſe, ne quidem curatore autore, in eóque minùs iuris quàm pupillum habuiſſe; quod & Iuſtinianua incorrectum reliquit; *d. §. ſin autem.* De quo etiam ſcripſimus in *Principij huius* interpretatione.

ILLATIO XXI.

De curatore furioſi dato per patrem, confirmando ſine inquiſitione.

VIceſimoprimò ex eodem Principio fit, vt curatorum furioſi eadem ratio ſit, quæ cæterorum & tutorum & curatorum, vt ſi teſtamento dati ſint à patre, quamuis dandi ius oon habuerit, confirmandi ramen ſint ſine ſatiſdatione & ſine inqniſitione, actis interuenientibus, & præſtito iureiurando de omnibus bene & ex furioſi vtilitate adminiſtrandis, *d.l.vlt.§. & ſi quidem*: vbi additur inuentarium bonorum furioſi cum omni ſubtilitate publicè conſeribendum eſſe, & omnia curatoris bona intelligi tacitè obligata furioſo, ad ſimilitudinem, inquit lex, tutorum pupilli, & curatorum adulti. Si verò teſtamentarius curator nullus ſit, ſed vel legitimus dandus ſit, vel alius à magiſtratu eligendus ceſſante legitimo, vel ex aliqua cauſa non ſatis idoneo exiſtente, diſtinguit Iuſtinianus, an furioſi perſona ſit nobilis nécne, ſi ſit nobilis, curator ei dandus ſit à toto Senatu; ſin minùs, à ſolo Præfecto vrbis; Vtroque verò caſu ex inquiſitione, & conſequenter ſine ſatiſdatione, ſi curatoris facultates ſatis idoneæ reperiantur; cum ſatiſdatione verò ſi non ſatis idoneæ, quatenus tamen præſtari poſſit: Omnimodo autem facto, vt proximè dictum eſt, inuentario publico, præſtitóque ſacramento: obligatiſque furioſo bonis omnibus curatoris. Idémque in Prouinciis obſeruari vult Iuſtinianus, niſi quod pro Senatu, vel Præfecto vrbis, nominat ille Epiſcopum ciuitatis, & tres Primates, per quos ad eiuſmodi curatoris electionem & creationem procedatur.

d.l. vlt. §. & ſi quidem, C. de curat. furioſ.

Illud valdè nouum & mirum eſt, quod ſubiicit Iuſtin. in *d.l.vlt.§.ſin autem, & ſeq.* agnita per furioſi curatorem bonorum poſſeſſione, quæ furioſo delata fuerit, ſi furioſus reſipuerit, licere ipſi repudiare, ita ne ex agnitione per curatorem facta prægrauetur; ſi verò in eodem furore deceſſerit, aut ad ſe quidem reuerſus, ſed ante declaratam ſuam voluntatem, idem etiam ipſius hæredi permittendum, vt bonorum poſſeſſionem furioſi nomine agnitam non magis retinere, quàm furioſus ipſe compellatur, eóque caſu à ſubſtantia furioſi illico ſeparentur bona omnia, quæ furioſo fuerant acquiſita, quaſi nec fuiſſent ab initio ad eum deuoluta: ita enim fit vt bonorum poſſeſſio furioſi nomine agnita per curatorem videatur non acquiri furioſo, cùm ſi ſemel acquiſita eſſet, repudiari poſtea non poſſet, *l.1.§. decretalis, D.de ſucceſſ.edict.* Et quamuis non ſit iniquum in hoc faueri furioſo, ne ex facto ſui curatoris æri alieno obligetur, multò tamen durius illud eſt in perſona hæredis, cui poteſt imputari cur hæreditatem furioſi adierit, quam ſciebat, aut ſcire debebat obſtrictam fore æri alieno, quod curator per agnitionem bonorum poſſeſſionis furioſo delatam contraxerat.

Sed videtur Iuſtinianus ad id reſpexiſſe, nec malè, quod furioſi quoque intereſt maximè, vt hac in re non minùs hæredi ipſius, quàm ipſi ſuccurratur, quoniam ipſius intereſt, vt & alterius cuiuſlibet patrisfamilias hæredem habere; cùm tamen facilè ſit futurum vt metu onerum hæreditatis furioſi timidiùs quis adeat ipſius hæreditatem. Quomodo de pupillo ſcriptum eſt in *l.Iulianus 42.aliàs l ſi pupillus D.de acq.hered.* Pendet igitur effectus bonorum poſſeſſionis furioſi nomine agnitæ per curatorem in id vſque tempus, quo eam vel furioſus ipſe poſt reſipiſcentiam, vel ipſius hæres ratam eam habuerit. Quod non puto ante Iuſtiniani tempora obtinuiſſe, ſed omnimodo & abſolutè acquiſitam furioſo bonorum poſſeſſionem, quam ipſius nomine curator agnouiſſet, ſalua furioſo ipſiúſve hæredi actione contra curatorem, ſi damnoſam bonorum poſſeſſionem fuiſſe probaretur, vt apertiſſimè probat *l.ſi ad pupillum 11.D. de autor. & conſenſ. tut. & cur.* Itémque quod Iuſtinianus ipſe *in fine d.l.vlt.* ſcribit in hæc verba, *cautione videlicet, vel ſatiſdatione, quæ antiquitus fuerat introducta ſuper poſtea venientibus ad furioſos ſucceſſionibus minimè præſtanda.* Sic namque innuit præter eam ſatiſdationem, quam curatores omnes præſtare ſolebant, moris fuiſſe olim, vt hæc prætereà ſatiſdatio ſpecialior præſtaretur, quantum ad hæreditates furioſo obuenturas; Nimirum quò magis cautum eſſet furioſo in ea re, in qua maius periculum verſaretur. Cætera eius conſtitutionis capita nihil continent quod ſit aut difficile, aut nouum.

L. Iulianus 42.aliàs l ſi pupillus, de acq.her.

PRINCIPIVM. IV.

De tutoribus & curatoribus datis; &, vt loquuntur, datiuis.

T*Vtoris & curatoris dandi ius habent ij tantùm Magiſtratus, quibus ſpecialiter id conceſſum eſt, vel à lege, vel à Senatuſconſulto, vel à Principe: l.mute 6.§.tutoris datio.ſupr. De tutel.* De cuius loci ſententia & ratione quæ ad huius Principij interpretationem maximè pertinet, videnda ſunt, quæ ſcripſimus *ad Princip. 1. illat.54.* non hîc repetenda.

ILLATIO I.

De magiſtratibus qui dant tutorem in Vrbe, & in prouinciis.

EX hoc Principio illud primùm fit, vt in vrbe Prætor, in prouinciis verò Proconſul, Præſes, Præfectus Ægypti, ſiue proconſulatum prouinciæ obtineat, vel temporis cauſa, Præſide defuncto, vel quia ipſi prouincia regenda commiſſa ſit, tutorem dare poſſint, itémque Legati Proconſulum, *l. 1. 4. & 5. D. de tutor. & curat. dat. ab his qui ius dand. hab.* Nimirum quia his omnibus datum eſt ius dandi tutoris.

ILLATIO II.

De iure dandi tutores quod habent Magiſtratus municipales.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt magiſtratus municipales, quamuis ſint minores magiſtratus, idem ius tamen habeant dandi tutoris, quia datum iis quoque eſt, inquit Vlp. in *l. ius dandi 3. eod.* ſcilicet ſi non magnæ eſſent pupilli facultates, vt Iuſtin. interpretatur in *§. ſed hoc iure, de Atti. tutor.* Nempe propter vtilitatem pupillorum, quorum maximè intereſt, vt quàmprimùm fieri poteſt habeant tutorem, cuius conſilio & iudicio regantur. Citiùs autem & expeditiùs fieri poteſt, quod per huiuſmodi magiſtratus municipales expeditur. Quam ob cauſam ſolet Prætor ex iis etiam quæ ad iuriſdictionem ſuam pertinent, pleraque magiſtratibus municipalibus delegare, ea ſcilicet quæ celeritatem deſiderare videntur nec moram, niſi quæ nimis periculoſa futura eſſet, patiuntur, vt cernere eſt in cauſa damni infecti, quantum pertinet ad curam iniungendæ cautionis de damno infecto, mittendique actoris in ædium, quæ ruinam minantur, poſſeſſionem, ſi non caueatur; *l. 1. l. 4. §. duas, D. de damn infect.*

L. ius dandi 3. eod. tit.

ILLATIO III.

De tutore, vel curatore dato, mandante Prætore, vel Præſide.

TErtio ex eodem Principio fit, vt nec mandante Prætore, vel Præſide, alius tutorem dare poſſit, *l. nec mandante 8. D. de tutor. & curat. dat* quia nimirum Prætori ipſi & Præſidi nominatim ius illud datum eſt, non etiam iis quibus ipſi aut eam poteſtatem ſpecialiter, aut iuriſdictionem ſuam generaliter mandare voluerint Ea namque & mandari poſſunt, & mandata generaliter iuriſdictione tranſeunt quæ ſunt iuriſdictionis, *l. 1. D. de offic. eius cui mandat. eſt iuriſd.* tutoris autem datio neque imperij eſt, neque iuriſdictionis, *d. l. 6. §. tutoris datio, De tute.*

ILLATIO IV.

De tutore dando pupillo habenti facultates Romæ & in prouinciis.

QVartò ex eodem Principio fit, vt pupillo, qui tam Romæ, quam in prouincia facultates habet, rerum quæ ſunt Romæ Prætori; earum verò quæ ſunt in prouinciis, tutorem dare Præſes debeat: *l. pupillo 27. D. eo. tit. De tutor. & curat. dat.* Scilicet quoniam ius dandi tutores & Prætoribus & Præſidibus datum eſt pro ſua cuiuſque iuriſdictione: Ne alioqui turbentur & confundantur iuriſdictiones, ſi quis extra territorium ſuum tutorem dare velit: *l. 1 & vlt. D. de iuriſd. l. neque 5. C. qui dar. tutor. vel curat. poſſ. l. vnic. C. vbi petant. tutor. d. § ſed hoc iure, Inſt. de Attil. tutor.* Sic enim is locus accipi debet in illis verbis, *ſecundum ſuam iuriſdictionem*, non autem ita quaſi tutoris datio ſit iuriſdictionis, vt explicauimus *d. illat. 14. ad Princip. 1. ſupr.* Fuerunt autem in eam rem latæ & neceſſariæ leges Attilia, Iulia & Titia, vt Iuſtin. refert in *princi. d. tit. De Attil. tutor.* Hodie ius hoc à Iuſtiniano datum eſt defenſoribus omnibus ciuitatum, ſi facultates pupilli quingentos ſolidos non excedant. Vna cum eiuſdem, inquit, ciuitatis religioſiſſimo Antiſtite, itémque Magiſtratibus ciuitatis & nominatim Iuridico Alexandriæ, *§. nos autem d. tit. De Attil tut.* iunct. *l. ſancimus 30. C. de epiſcop. audient.*

L. pupillo 27. D. de tut. & cur. dat.

ILLATIO V.

De tutore vel curatore dato per Magiſtratum dementem, aut furioſum.

QVintò ex eodem Principio fit, vt ſi Prætor, vel Præſes prouinciæ in furore, aut dementia conſtitutus, dederit tutorem, non valeat datio; *d. l. nec mandante 8. §. 1.* Quamuis enim Prætor, vel Præſes ſit, nec furor ei poteſtatem & magiſtratum adimat, vt eadem lex ait; non tamen poteſt id talem tutoris dationem confirmare: præſertim cùm non tam iure magiſtratus ea competat, vt diximus, quam quod huiuſmodi perſonarum, quæ maiores magiſtratus meruerunt conſilio & iudicio viſum ſit confidendam eſſe rem tanti momenti. Quodnam autem conſilium & iudicium eſſe poteſt Prætoris, vel Præſidis, ſiue dementis, ſiue furioſi?

ILLATIO VI.

De Prætore dante ſeipſum tutorem.

SExtò ex eodem Principio fit, vt prætor ſeipſum tutorem dare non poſſit, non magis quàm ſeipſum facere iudicem, vel pedaneum, vel compromiſſarium, *l. prætor 4. D. eod. tit.* Nec enim fieri poteſt, vt eadem ſit perſona eius & qui dat tutorem, & qui fit tutor, ſicut nec vt vnus idémque homo in plures diſtribuatur, *l. ſi plures 9. D. de pact.*

L. prætor 4. eod. tit.

ILLATIO VII.

De poteſtate conceſſa magiſtratibus curatoris dandi furioſo.

d.l.nec mandante §. vlt.

SEptimò ex eodem Principio naſcitur ratio dubitandi ad *§.vlt.d.l.nec mandante*, vbi ſcriptum eſt, furioſo & furioſæ & muto & ſurdo tutorem vel curatorem à Prætore, vel Præſide dari poſſe. Id enim difficile videbatur, quia leges quæ Prætori & Præſidi ius dandi tutoris conceſſerunt, de pupillo tantùm locutæ ſunt, non etiam de furioſo, muto, & ſurdo. Ius autem dandi tutoris ſicut non alius habet quàm cui nominatim datum eſt, ita nec niſi quatenus datum eſt. Verùm & æquitatis & publicæ vtilitatis ratio fecit, vt ius illud maioribus illis magiſtratibus conceſſum dandi pupillo tutoris largius accipi oportuerit, vt non tantùm ſupradictis perſonis tutorem, vel curatorem dare poſſint, ſed etiam cæteris omnibus, qui ſuis rebus ſupereſſe non poſſunt, *l.his qui* 12. *D. eod.* Cui enim datum fuit, quod plus erat, vtique datum debet videri & quod eſt minus, *l. non debet*, 21. *De regul.iur.* Multò autem plus eſt tutorem eſſe pupilli, quàm curatorem, vel muti, vel ſurdi, vel furioſi, & aliarum huiuſmodi perſonarum: ſiquidem poſt patriam & dominicam poteſtatem nulla maior poteſtas eſt quàm quæ datur tutori in caput & bona pupilli.

ILLATIO VIII.

De curatore non tutore ventri dando.

OCtauò ex eodem Principio fit, quod ait Modeſtinus in *l. ventri* 10. *eod. tit.* Ventri tutorem à magiſtratibus populi Romani dari non poſſe, curatorem poſſe; quia inquit, de curatore non de tutore conſtituendo verbis edicti comprehenſum eſt. Senſus eſt, nullam eſſe legem, nullum ſenatuſconſultum, nullum Principis reſcriptum, nullum denique Prætoris edictum, quod eam magiſtratibus populi Romani poteſtatem dederit, vt ventri tutorem dare poſſint? Sicut nec id fieri potuit, quando tutor perſonæ detur, vt ſæpius diximus, perſona verò nulla ſit eius qui adhuc in vtero eſt, cùm neque homo ſit quandiu editus non eſt, ſed tantùm ſpes animantis: *l.in falcidia* 9. *§.* 1. *D.ad leg. falcid.* Ideóque rectiſſimè Prætor agit de curatore ventri conſtituendo, non de tutore.

ILLATIO IX.

De tutore temporario interdum dando.

L.2.D.de tut. & cur. dat.

NOnò ex eodem Principio fit, quod ſcriptum eſt in *l. 2.eod.tit.* Cum ex pluribus tutoribus à Magiſtratu datis quidam appellaſſent, quidam verò non adeſſent, atque ita nemo eſſet qui tutelam gerere cogi poſſet, temporarium tutorem dari debuiſſe qui tutela fungeretur, ſicque à Diuo Pio reſcriptum eſſe, Nempe quia ius dandi tutores datum eſt magiſtratibus non alia ratione, quàm vt pupillo conſulant, eique dent aliquem, cuius conſilio & prudentia regatur. Non ergo ſufficit datum eſſe ab iis tutorem aliquem,

vt officio ſuo functi dici poſſint, vt dicere ſolemus de iudice qui iudicauit: *l iudex* 55. *D re iud.* Niſi datus tutor tutelam exerceat, ob ídque alius tutor dandus eſt & quidem temporalis, ne alioqui priores tutores dati tanquam perpetui, hoc ipſo reuocari viderentur.

ILLATIO X.

De tutore dando eiuſdem prouinciæ.

DEcimò ex eodem principio fit, vt Præſes prouinciæ non alium tutorem dare poſſit, quam qui ſit eiuſdem prouinciæ, vel qui domicilium ibidem habeat, *l.1.§ vlt. D. de tutor. & curat. dat.* Sicut nec magiſtratus municipalis alium tutorem dare poteſt, quàm qui ſit ab eodem municipio, vel ab agro eiuſdem municipij, *l. 3.eo.* quia non aliter eis permiſſum eſt tutorem dare, vt ſupradictis locis Vlpianus ait, ius autem dandi tutoris nullum habent niſi quia & quatenus eis permiſſum eſt. At è contrario quoniam in permittenda iis datione tutoris nihil dictum eſt, quod ad adhibendam illam diſtinctionem, an tutorem qui daretur præſentem eſſe oporteret necne, illud ſemper conſtitit Præſidem prouinciæ tutorem indiſtinctè dare poſſe tam abſentem quàm præſentem, itémque eadem ratione tam abſenti quàm præſenti, necnon & ignoranti & inuito, *l.illud* 5. *cum ſeq. D.eod.*

L. 1. §.vlt.D. de tutor. & curat.dat.

ILLATIO XI.

De tutore dato habenti iam tutorem quaſi non habenti.

VNdecimò ex eodem principio fit, vt ſi Magiſtratus tutorē dederit ei qui iam habebat, ſed abſente tutore & quaſi nō habēti, datio nulla ſit; Sicut & ſi quoquomodo in petitione tutoris erratum fuerit in facti cauſa, maxime poſt conſtitutionem Diuorum Fratrum, non valet tutoris datio; *l.tutor* 10. *D.eod.* Non enim ius dandi tutores magiſtratibus conceſſum eſt, niſi vt certo iudicio & conſilio iis prouideatur, qui tutore indigent, vel curatore, certum autem iudicium & conſilium eius eſſe non poteſt, qui errat, cùm nec vlla errantis voluntas eſſe intelligatur, *l. ſi per errorem* 14. *D. de iuriſdict.* Quamuis dici ſoleat ſi quid Prætor, aut alius magiſtratus decreuerit etiam per errorem, ratum id haberi oportere propter rerum iudicatarum autoritatem, *l. ſeruo* 65. *§. cùm prætor, D.ad SC.Treb.* Nempe quia in iis quæ ſunt Iuriſdictionis, facit magiſtratus iuridicè, quoties decernit, tametſi per errorem; ideóque valet ipſo iure id quod decernit, non minùs quàm ſi per ſordes, aut per gratiam decerneret. At cùm tutorem dat, non ius dicit, ſed id tantùm exequitur, quod ei, vt faciat, mandatum eſt: Exequi ergo debet eo ipſo modo quo mandatum eſt, ac proinde certo iudicio & conſilio, alioqui nihil agit, quia non id agit quod mandatum eſt, & id agit quod citra mandatum agere non poſſet.

Digitized by Google

ILLATIO XV.

De curatore ſpeciali ad tempus dando.

DVodecimò ex eodem Principio fit, vt quoties iuſta aliqua cauſa emergit propter quam, ſiue tutorem, ſiue curatorem ſpecialem & conſequenter temporarium dari oporteat, poſſit Prætor dare, itémque Præſes, & alius quilibet dandi ius habens, quia non aliam ob cauſam, aut ad alium finem ius hoc iis datum eſt quàm vt pupillis, minoribus, aliiſque huiuſmodi perſonis conſulant quoties & quatenus neceſſe eſt: Ita fit vt non tantum ad dotem dandam nupturæ curatorem dare poſſit, verùm etiam ei quoque quæ iam nupta eſt: Nec tantum ad dotem dandam, ſed etiam ad augendam eam, vel mutandam: *l. non tantum 7. eod. tit.* quia in his omnibus caſibus puellæ intereſt habere curatorem, ne quid faciat inconſultò & iuuenili leuitate, propter quod neceſſe poſtea ſit, eam reſtitutionem impetrare; *l. vnic. C. ſi aduerſ. dot.* Quamquam & interueniente curatoris autoritate, non eo minus reſtitui poterit in integrum in integrum puella contra dotis promiſſionem, ſi læſa probetur; *tot. tit. C. ſi tutor vel curat. interuen.* Quinimo etiam ipſo iure nulla erit autoritas curatoris nullúmque id quod ipſe fecerit, ſi dolo malo in ea re fuerit verſatus, *l. ſiue generalis 61. in princip. D. de iur. dot.* etſi totam eam legem Triboniani eſſe non dubito, potiùs quàm Terentij Clementis, vt alio iam loco memini à me obſeruatum. Planè ſi quæratur quantæ pecuniæ dotem prómittenti adultæ mulieri curator conſenſum accommodare debeat, Reſpondendum eſt cum Celſo in *l. quæro 40. eod. tit.* Modum ex facultatibus & dignitate mulieris maritique ſtatuendum eſſe, quouſque ratio patiatur.

ILLATIO XIII.

De tutore per Magiſtratum dato impuberi ad hæreditatem adeundam.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit, vt ij Magiſtratus quibus dandi tutoris ius datum eſt, etiam ad adeundam hæreditatem impuberi tutorem dare poſſint, quoniam id ex cauſa iis permiſſum eſt; *l. impuberi 9. D. de tutor. & curat. dat.* Ex cauſa, inquam, quia obſtat regula iuris quæ tutorem dari vult perſonæ, non certæ rei, vel cauſæ, *l. quia perſonæ 14. D. de teſtam. tutel.* ſi quando verò pupillo prouidendum ſit in rem & cauſam aliquam ſpecialem, dari ei curatorem non tutorem; *l. ſolet 13. D. de tut. l. 4. C. in quib. caſib. tutor. vel curat. habent.* Sed tamen interdum euenit, vt neceſſe ſit pupillo dari tutorem ſpecialem in certam rem, vel cauſam, vt in ſpecie *l. cùm in vna, 17. §. 1 D. de appellat.* id eſt ſi pupillo datus tutor prouocauerit, & interim aliqua hæreditas pupillo deferatur. Etſi enim pendente appellatione à tutoris creatione non alius tutor dari ſolet, ſed curator, cùm tamen de adeunda hæreditate agitur, tutor ei neceſſariò dandus eſt, quia curatoris autoritas ad hoc inutilis eſt, vt eo loco Modeſtinus ſcribit;

l. impuberi 9. D. de tut. & curat. dat.

Nempe quia hæreditatis aditio non tantum facti eſt, ſed etiam animi, *l. pro hærede 20. l. gerit. 88. D. de acquir. hæred.* animus autem adeundi in eo eſſe non poteſt, qui cauſam acquirendæ hæreditatis non intelligat, quomodo verum eſt pupillum intelligere non poſſe, qui propter ætatem iudicio & conſilio caret, *l. pupillus 9. eod. tit.* ideoque ſupplendum eſt iudicium & conſilium eius iudicio & conſilio alterius, quod porrò non aliter fieri poteſt, quàm ſi alter ille ius habeat in caput & perſonam pupilli, vt ipſius perſonam repræſentare videri queat. Quomodo enim perſonæ iudicium & conſilium quo nihil perſonalius eſt ſupplere poſſet, ſi perſonam ipſam non repræſentaret? At is qui pupilli perſonam repræſentat, quique ideo conſilium & iudicium eius ſupplere poteſt, tutor, non curator eſt. Tutor igitur pupillo neceſſarius eſt ad hæreditatem adeundam. Ob idque neceſſe fuit permitti Magiſtratibus, non tantum vt pupillis tutorem generaliter, & indiſtinctè dare poſſent; ſed etiam vt ſpecialem ex hac cauſa adeundæ hæreditatis.

Alius etiam caſus non valde abſimilis proponi poteſt ex *l. ſi impuberi 13. D. de tutor. & curat. dat.* vbi Papinianus ſcribit, ſi impuberi libertas & hæreditas per fideicommiſſum data ſit, & inſtitutus adire nolit, Senatum cenſuiſſe, cum impuberis nomine deſideretur adire cogendum, in eamque rem pupillo pupillæve tutorem dandum ab eo, cui ius dandi erit, qui tutelam teneat quoad reſtituatur hæreditas, & ab hærede caueatur rem pupillo ſaluam fore: Si is cui libertas, & cum libertate hæreditas debetur eſſet pubes, nequidem curatore indigeret, quia per ſe aditum haberet ad Prætorem propter ſpem & libertatis & hæreditatis, *l. mulier 22. § non eſt dubitatum D. ad SC. Trebell.* Sed cum impubes ſit, neque expectandum eſt, vt adeat Prætorem, quippe qui rebus ſuis bene proſpicere neſciat, neque interim moram fieri oportet ipſius libertati, hæreditatiſque reſtitutioni, & idcirco tutorem ei dari oportet, & quidem non ſolum temporalem, ſed etiam ſpecialem in cauſam hanc adeundæ & reſtituendæ hæreditatis, Ei namque qui adhuc ſeruus eſt, quomodo poſſet dari tutor ſimpliciter & indiſtinctè? Specialiter igitur in certam cauſam ſicut & ad tempus dari neceſſe eſt.

At quid ſi directa libertas ei data ſit? Papinianus refert eſſe reſcriptum à Diuo Hadriano vt idem in eo quoque ſeruari debeat. Quod ego ſic interpretor, vt hoc etiam caſu cogendus ſit hæres inſtitutus adire & reſtituere per tutorem, qui ſimiliter neceſſariò in hanc ſpecialem cauſam pupillo dandus eſt, quia non plus iuris hac parte habet directa libertas quàm fideicommiſſaria, cùm neque directæ libertatis dies cedat niſi ab adita hæreditate, *l. nam cum libertas 8. D. quand. dies legat. ced. l. vnic. §. libertatibus C. de caduc. tollen.* Immò minùs iuris habere videbitur directa libertas quàm fideicommiſſaria, ita vt etiam poſt ſenatuſconſultum, quod de fideicommiſſaria tantùm fuerat locutum, neceſſarium fuerit reſcriptum Diui Hadriani, vt in directa idem ſeruaretur: non quòd libertas directa minùs fauorabilis poſſet videri quam fideicommiſſaria, ſed quia neque Senatus de alia libertate quam de fideicommiſſaria locutus fuerat, neque ad Prætoris fideicommiſſarij curam pertinebat conſeruatio libertatum directarum, cùm non

l. ſi impuberi.

Cur prætor fideicommiſſarius ſe interponat pro conſeruanda directa libertate.

non niſi fideicommiſſorum gratia creatus eſſet. Verùm quoniam fideicommiſſum hæreditatis, quod omnimodo à Prætore fideicommiſſario conſeruandum eſt, non aliter conſeruari poteſt, at ne quidem deberi, quàm ſi fideicommiſſarius libertatem conſequatur, quæ ſtatim adita hæreditate competitura eſt, ſi ſit directa, nihil alienum à iuriſdictione ſua facit Prætor fideicommiſſarius, cùm hæredem inſtitutum cogit adire ad confirmandam libertatem quamuis directam, quam confirmari neceſſe ſit in antecedens confirmandæ hæreditatis fideicommiſſariæ. Sed tamen fuit in hanc rem neceſſarium reſcriptum Diui Hadriani, quoniam alioqui Prætor fideicommiſſarius non potuiſſet ſuccurrere fideicommiſſario qui necdum liber eſſet, nec libertatem ex fideicommiſſo petere poſſet, verbis ſcilicet directis relictam, non precariis. Tutorem verò his duobus caſibus non niſi in ſpecialem hanc cauſam cogendi per Prætorem hæredis & in certum tempus dari poſſe, præter id quod iam diximus, ex illo etiam apparet, quod ſeruus impubes vbi liber factus erit tutorem iure communi habere poterit, quem antea non poteſt habere nec videri habuiſſe, cùm tutela ſit vis & poteſtas in caput liberum, non fuerit autem ille liber ante aditam hæreditatem.

Ea tamen inter hos caſus differentia obſeruanda eſt, quod directa libertate data ſicuti impubes ſit libertus orcinus, hoc eſt nullius, non autem hæredis à quo non fuit manumiſſus, ita legitimum tutorem habere nullum poteſt, cùm neque agnatum habeat, neque patronum, Legitima verò tutela nulla ſit, niſi agnatorum, & patronorum. At cùm fideicommiſſaria libertas data eſt, quamuis hæres qui eam dare debuit, non niſi coactus adierit, & quantum in ſe fuit libertate impuberem priuare voluerit, non eo minùs tamen eum poſteà manumittendo fit patronus, & conſequenter tutor legitimus, ſed tamen cum hoc temperamento in contumaciæ ſuæ pœnam, vt pro extraneo tutore habeatur, id eſt, pro non patrono, quòd ad hoc, vt cogatur cauere Rem pupilli ſaluam fore, quæ cautio alioqui ab eo non exigeretur, vt ſubiicit Papinianus in *verſic. quamuis* Itaque ſi non caueat, ſine dubio tutor non erit. Interim igitur manebit ſemper tutor is, qui impuberi dum adhuc in ſeruitute eſſet datus fuit. Iam enim diximus manere illum tutorem donec cautum ſit pupillo Rem ſaluam fore. Et tamen cùm nec ipſe cauerit, quia neque cauendi cauſa vlla erat eo tempore quo dabatur, impuberi ſcilicet, neque libertatem, neque bona vlla adhuc habenti, dubitandum non eſt quin vel ipſe nunc cauere debeat, ex noua cauſa quæ emerſit, vel alius tutor quærendus ſit, qui pupillo caueat, vt ſit ei cautum: ſi modò certum eſſe cœperit patronum cauere, vel nolle, vel non poſſe. Nam qui tutor datus fuit in id vſque tempus, quo eſſet pupillo cautum à patrono, non idcirco datus in perpetuum videri poteſt ſi patronus cauere nunquam velit, præſertim ſi nec ipſe offerat cautionem.

Planè quod Senatus cenſuit eum, qui huic impuberi tutor datus ſit ad cogendum hæredem inſtitutum, vt adeat, tutelam retinere quoadusque reſtituatur hæreditas, & rem ſaluam fore ab herede caueatur: non ſimiliter dici poteſt data huic impuberi directa libertate, qui cùm eo caſu hæres non ſit ſi totus tutor, quippe nec patronus, non eſt quod tractemus de præſtanda ab eo cautione, quam non quaſi hæres debere poſſit, ſed quaſi tutor. Remanebit ergo tutor is qui datus fuit impuberi directam libertatem ſperanti, quoadusque duntaxat & adita ſit & reſtituta hæreditas. Ex eo autem tempore alia datio erit facienda, ſiue huius ipſius, ſiue alterius, cum onere cautionis.

Sanè ſi puella proponatur, quæ duodecimum annum impleuerit, tutor ipſo iure eſſe deſinit quiſquis antea datus fuit, ſiue ipſe hic ſit qui datus fuerat ante aditam hæreditatem, ſiue alius: & ſiue directa libertas data ei fuerit, ſiue fideicommiſſaria. Sed tamen ſi cùm fideicommiſſariam libertatem accepiſſet, pubeſque facta deſideraſſet curatorem ſibi dari, & in id munus patronum ſuum nominaſſet, patronus qui tutor eſſe non potuit ſine cautione, curator tamen dandus erit etiamſi non caueat, quia nec aliter eum Præſes dabit, quàm ſi facta in eum inquiſitione idoneus repertus ſit, Quo caſu non eſt æquum onerari eum cautione, cùm fides inquiſitionis pro vinculo cedat cautionis, vt ſubiicit Papin in fine *d.l. ſi impuberi.*

Cur verò non etiam tutor datur impuberi ſaltem cum inquiſitione, cùm non vult cauere? Reſpondeo, quia nec in eum inquirendi cauſa vlla ſubeſt, cùm ſi legitimus tutor non ſit, nullam rationem habeat tutelæ aſſequendæ potiùs quàm alius extraneus quilibet, in legitimos autem tutores inquiri non ſoleat, quia eos non magiſtratus tutores facit, ſed lex ſine vllo hominis facto, niſi quod iis tutela ſine vinculo cautionis non committitur ſi extranei ſint, id eſt non patroni. At is de quo agimus, quem puella iam pubes facta curatorem nominauit, poteſt curator fieri cum inquiſitione, & conſequenter ſine cautione, quia in eum inquirendi cauſa ſubeſt, vel ob hoc ipſum, quòd cum puella nominauerit. Cùm enim ſoleant curatores dari petentibus, vt Papin. ait, dari autem non à lege, ſed à Magiſtratu, nec Magiſtratus obſequi ſine ratione debeat voluntati adoleſcentis fortaſſe iuuenili leuitate minùs idoneum curatorem petentis, inquiſitio hoc caſu neceſſaria eſt, & quidem primùm in eum qui fuit nominatus, quia nominatio illa eſt, quæ præbuit cauſam inquiſitioni.

ILLATIO XIV.

De non dando curatore ob id ſolùm quod pupilli tutor abſit.

Decimoquartò ad hoc Principium referri etiam poteſt quod Celſus ſcribit in *l. curator 11 eod. tit. De tutor. & curat. dat.* Curatorem pupillo, vel pupillæ non dari, ſi tutor eorum afuerit, id eſt, abfuerit. Sic enim malo legere, vt *in Florent.* quàm poſt Haloandrum, aut vulgò *adfuerit.* Quænam enim dubitandi ratio eſſe poteſt, propter quam videatur dandus curator ei, qui tutorem præſentem habet? Dices id interdum eſſe neceſſarium ob infirmam tutoris valetudinem, vel ſenium ætatis, vt ſcriptum eſt in *l. ſolet 13. D. de tut.* Sed reſpondebo quod eadem lex ait, magis hunc adminiſtratorem rerum, quàm curatorem intelligi, licèt curator etiam dicatur in *l. non ſolùm 10. §. penult. D. de excuſ tut.* At cùm tutor abeſt qui pupillo datus fuit,

L. curator 11. eod. tit. De tutor. & curat. dat.

fuit, multò faciliùs poſſit quis credere dandum pupillo curatorem, per quem pupilli negotia tutore abſente expediantur. Sed tamen non ita eſt. Nec enim quælibet tutoris abſentia curatoris dandi neceſſitatem inducere poteſt, ne alioqui dicendum ſit in ſingula momenta dandum & remouendum curatoré, cùm quotidie poſſint multa occurrere, propter quæ cogatur abeſſe tutor, ſiue propter ſua negotia, quibus nimirum tutela quoque durante conſulere non prohibetur, ſiue etiã propter negotia pupilli quæ fortè in aliam prouinciam eum proficiſci cogant. Satiſque pupillo eſſe debet quod nullum ex eiuſmodi abſentia damnum timere poſſit, cùm ad prouidi tutoris officium pertineat, vt cùm abfuturus eſt ex aliqua etiam probabili cauſa, proſpiciat, ne quid interim detrimenti pupillaris ratio patiatur; ne ſi aliter faciat, obliget ſe iudicio tutelæ ad totum damnum illud, quantumcunque erit, farciendum.

Plane ſi tutor non ſolum abeſſe cogatur, ſed etiam ita abeſſe vt nec in eius poteſtate ſit futurum redire quando volet, puta ſi Reipublicæ cauſa, nandus vtique eſt curator in eius locum, & quidem in rem omnem, id eſt, ad totam tutelam adminiſtrandam, *l. in omnem rem* 15. *De tutor. & curat. dat.* quia huic imputari non poteſt aut cur abſit, aut cur non procuratorem in ciuitate reliquerit, per quem abſens negotia pupilli tractaret, cùm nemo cogendus ſit facere per procuratorem, quod non poſſit etiam per ſe facere ſi malit. Siquidem vix quiſquam eſt adeò negligens qui propriæ ſuæ induſtriæ & diligentiæ non malit confidere, quàm alienæ, aut qui ſaltem non malit periclitari ex negligentia propria, quàm ex aliena. Iden autem pertinet Illatio hæc ad Principium noſtrum; quia cùm Magiſtratus nullo caſu ius habeant dandi tutoris, vel curatoris, niſi quatenus iis datum eſt, datum verò non ſit niſi quatenus pupillorum vel adultorum vtilitas & neceſſitas id exigere viſa eſt, conſequens ſit, vt nullo iure curator detur ei, qui iam tutorem habet quamuis abſentem, quia nec neceſſe eſt, nec pupillo vel vtile, vel decorum.

L. in omnem rem 15. D. de tutor. & curat. dat.

ILLATIO XV.

De tutore dato ei, qui de ſuo ſtatu litigat.

Decimoquintò ex eodem Principio fit, vt ei quoque qui de ſtatu ſuo litigat, tutor dari poſſit, *l. ei qui* 17. *De tutor. & curat. dat.* non vt tutoris datio teneat abſolutè (quid enim ſi poſtea ſeruus pronunciaretur?) Sed vt ita demùm ſi ex poſtfacto appareat liberum eum fuiſſe. Interim igitur tenet, quia interim hic pro libero habetur, *l.* 1. *C. qui tutor. dar. poſſ.* vbi & ob hanc cauſam ſcriptum eſt curatorem ei dari poſſe. Idque ſanè commodius eſt, minúſque alienum à regulis iuris, cùm is qui de ſuo ſtatu litigat, non videatur egere tutore niſi in cauſam litis, ex qua vna, & perſonæ & bonorum ipſius conditio pendeat; meliùs verò ſit curatorem, quàm tutorem dari in rem & cauſam certam. Porrò ſiue tutorem, ſiue curatorem ei dare Magiſtratus velit, ius dandi habet, quia non minùs huic impuberi qui ſtatus controuerſiam patitur, ſubueniendum eſt, quàm cæteris; immò tantò magis, quantò grauius eſt periclitari de ſtatu, magiſque intereſt Reipublicæ defendi eos qui adſerunt ſibi libertatẽ, tanquam quorũ cauſa publica eſſe exiſtimetur: *l. ſi quis rogatus* 53. *D. de fideic. libert. iunct. l.* 4. *D. de oper. nou. nunciat.*

ILLATIO XVI.

De facienda inquiſitione etiam in Senatorem qui tutor datur.

Decimoſextò ex eodem Principio fit, vt in dando tutore ex inquiſitione, in eum quoque, qui Senator ſit, inquirere Magiſtratus debeat: *l. in dando* 18. *De tutor. & curat. dat.* quia cùm non aliter ius dandi tutoris habeat quàm ex inquiſitione, nullo iure tutorem daret Senatorem, ſi daret ſine inquiſitione, nullúmque in eam rem priuilegium Senatoris eſſe poteſt, quod in pupilli aut ipſius etiam magiſtratus tutorem dantis perniciem verteretur, ſi fortè poſtea Senatorem iam tum minùs idoneum fuiſſe appareret.

L. in dando 18. D. de tutor. & curat. dat.

ILLATIO XVII.

De poteſtate tutores dandi conceſſa Decurionibus, in abſentia Magiſtratuum.

Decimoſeptimò ex eodem Principio fit, vt vbi abſunt ij Magiſtratus, qui tutores dare poſſunt, iubeantur Decuriones dare tutorem, dũmodo maior pars conueniat; *l. vbi abſunt* 19. *eod. tit.* vbi additur nec eſſe dubium, quin vnum ex ſeipſis dare poſſint. Nam & magiſtratum ipſum decreto Decurionum curatorem dari poſſe conſtat, *l.* 3. *D. qui pet. tutor.* Quantò igitur magis tutorem? Siquidem multò fauorabilior eſt datio tutoris, quàm curatoris: quantò ſcilicet fauorabilior eſt pupillus quàm adultus. Iubendi autem fuerunt Decuriones dare tutores & curatores, abſentibus Magiſtratibus, quoniam alioqui nullum dandi ius habuiſſent, tametſi ea ratione futurum erat, vt miſeri pupilli tutore carentes maximo incommodo afficerentur, quod ne eueniret bene prouiſum eſt, vt iis, quamuis Magiſtratus non eſſent, ius hoc tribueretur.

Quod verò additur, poſſe Decurionum ordinem, ex ipſis Decurionibus aliquem tutorem dare, nullam habet dubitationem, cùm etiam magiſtratus municipalis ſuum collegam, quod multò difficilius eſt tutorem dare poſſit, vt Paulus ſubiicit *in eadem lege*. Ideò autem poteſt, quia tutoris datio non eſt iuriſdictionis, vt diximus ad *Princ.* 1. *Illat.* 14. *in fin.* Nec enim iuriſdictio vlla eſſe poteſt magiſtratus in eum, qui par imperium habeat, parémve iuriſdictionem, *l. apud eum* 14. *D. de manumiſſ.*

ILLATIO XVIII.

De perſonis quas ad tutelam & curationem admittere Magiſtratus non poteſt.

Decimooctauò ex eodem Principio fit, vt magiſtratibus quibus dandi tutoris ius indultum eſt, neceſſe fuerit præſcribi quoſnam tutores aut curatores creare vel poſſent vel deberent, ne alioqui nimia illa licentia abuterentur ſi paſſim & ſine delectu quos vellent tutores dare poſſent. Nihil verò eſt quod tam ob oculos habere debeant quàm pupillorum vtilitatem

vtilitatem vel adultorum, cùm nec ad alium finem niſi vt iis proſpiciatur, tutores vel curatores dentur. Hinc eſt quod mulieres tutrices aut curatrices conſtituere non poſſunt, *l. ſcire oportet 21. D. de tutor, & curat. dat.* cùm minùs iudicij & conſilij ſexus ille habeat, quàm vt tali muneri obeundo par eſſe poſſit, vt diximus ad *Princip. 1. Illat. 23.* Nec ſimiliter eos, qui in legatione ſunt creare magiſtratus poſſunt, quia cùm per id tempus quo in legatione ſunt periculum ad eos non pertineat, neceſſe eſſet vel in damno manere pupillum aut adultum, vel magiſtratus periculo eſſe administrationem *d. l. ſcire, §. eos qui* Adeo vt ſi præfectoriom hominem in legatione exiſtentem Romanus Princeps tutorem dederit (quo caſu ſacrilegium eſſet dubitare de datione quin valeret, ſicut & ab alio quàm à Principe tutorem dari Præfectum prætorio, abſurdum eſſet, propter excellentiam præfectoriæ dignitatis) ſtatim dimittendus ille ſit à legatione propter euidentem legationis & tutelæ incompatibilitatem, *d. l. ſcire §. ſi præfectorum.* Debet etiam magiſtratus cauere quantum poteſt, ne tutorem vel curatorem det contra teſtantis voluntatem, vt puta ſi mater ſub hac conditione ſcripſerit filios hæredes, *ſi ſoluti fuiſſent patris poteſtate*, ac poſtea emancipati ſint à patre & propter hoc hæredes, impleta ſcilicet inſtitutionis conditione, non debet magiſtratus patrem etiam volentem creare tutorem, vel curatorem; vt non alia via fiat, id quod teſtatrix fieri noluit, quam apertum eſt id egiſſe ne quid in bonis ſuis haberet ius maritus, ſiue quantum ad proprietatem, ſiue quantum ad adminiſtrationem: *dict. l. ſcire §. 1.* Nec enim patria poteſtate in plenum liberatus adhuc videtur is, qui tutorem habet, cùm, vt toties diximus, nihil aliud ſit tutela, quàm portio quædam nedum imago patriæ poteſtatis.

d. l. ſi præfectorum d. l. ſcire.

Sed & ſi quis ab aliquo ex parentibus expreſſim prohibitus ſit tutor eſſe, hunc neque creari oportet, & ſi ſit creatus per imperitiam fortaſſe, aut ſordes, aut gratiam Magiſtratus, nec recuſauerit, non eo minùs tutor eſſe prohibetur, ideóque remouendus eſt, manente tamen epitimia, id eſt ſalua exiſtimatione, quia non propter dolum ſuum remouetur, ſed propter teſtantis voluntatem. Etſi enim non cuilibet teſtatori tutorem pupillo dare permittitur, quidni tamen cuique liceat quantumuis extraneo prohibere, ne hic vel ille ſit tutor, & hanc ſi non perſonæ impuberis, ſaltem bonis ſuis legem dare, vt ab eo quem ſuſpectum habeat bona illa nunquã adminiſtrari queant, ne quidẽ tutelę prætextu: Facilius quippe eſt, vt valeat prohibitio, quàm datio tutoris, quoniam datio vnius in tutorem excludit omnes cæteros, ne quis alius quantumlibet idoneus tutor eſſe poſſit: At prohibitio de vno facta, tanto magis cæteros admittit & inuitat, quæ res nullum aut perexiguum incommodum pupillo affert, cùm vix ſit vt ex omnibus aliis qui prohibiti non ſunt, aliquis non reperiatur, qui commodè tutor creari poſſit, vt dici ſolet de legato puellæ relictu ſub ea conditione, *ſi Titio non nupſerit.* Nec enim talis inditio coniungit viduitatem, cùm alij cuilibet ſatis commode poſſit nubere, inquit Caius in *l. cùm ita 63. De condition. & demonſtr.*

Denique vt alia pleraque Magiſtratus inueſtigare debet, cùm dat tutorem, ita & præcipuè mores creandorum, nec enim ſolæ facultates, nec ipſa dignitas ita ſufficiens eſt ad fidem, vt bona electio, vel voluntas, vel benigni mores, vt ait Modeſtinus in *dict. l. ſcire §. penultim.* Subiiciens in *§. vlt.* illud ante omnia obſeruare debere Magiſtratus, ne creent eos qui ſeipſos volunt ingerere vt creentur, quique adeò in eam rem dant pecunias. Hi enim non modò ad tutelam admittendi non ſunt, ſed etiam puniendi; qui tam malo conſilio támque malo more tutelam affectauerint, vt ſcripſimus ad *Princip. 1. Illat. 18.* Nam & aliàs dici ſolet ſuſpectum eum eſſe qui ſe ingerit, vt loquuntur, vel ſi melius loqui volumus, qui operam ſuam ingerit inuito. Sic enim loquitur Vlpian in *l. quæ omnia 25. D. de procurator.* Quamquam alia etiam pœna eſt eius qui tutelam affectauit, vt nimirum tutelæ ſic affectatæ ipſum non excuſent quominùs aliam tutelam ſuſcipere cogatur, etiam à qua poſſet alioquin ſe excuſare, *§. item tria onera, infr. De excuſat. tutor.*

d. l. ſcire §. pen. De tut. & cur. dat. & §. vlt.

Ad hanc illationem illud quoque pertinet quod Imperatores conſtituunt in *l. vlt. C. qui tutor dare darive poſſ.* vt neque patrimonialis colonus, id eſt qui ſit ex patrimonio Principis, neque alius quiſquam qui priuilegium aliquod excuſationis habeat, tutelæ muneris officio adſtringi poſſit, *ne*, inquiunt, *magiſtratuum vlterius procedat licentia*: vt intelligamus, quemadmodum non eſt liberum Magiſtratibus omnibus vt dẽt tutores, ſed iis tantùm quibus dare permiſſum eſt, ita neque iis licere, vt dẽt quos velint. Propter quam cauſam ita conceptus eſt tit. *C. qui dare tutor. vel curat. poſſ. & qui dari non poſſ.* quoniam tutorem dare poſſunt ij tantum quibus ſpecialiter conceſſum eſt vt dent: Dari verò poſſunt omnes, niſi qui ne dentur prohibiti ſunt. Itaque tutorem dare eſt de genere permiſſorum, ne dicam prohibitorum. Tutorem vero fieri eſt de genere permiſſorum. Proinde ſi quis quærat, Cur hic vel ille Magiſtratus tutorem dare poſſit, non bene reſpondebitur ſi dicatur, quia dare prohibitus non eſt, ſed reſponderi oportet quia ius dandi datum ei eſt. Si verò quæratur quo iure hic vel ille tutor dari poſſit, bene reſpondebit qui dicet, quia non eſt prohibitus dari, *l. pen. D. de tutor. & curat. dat.* In cuius ſpecie cùm datus tutor ideò appellaſſet, quòd diceret ſe non debuiſſe collegam ei dari, quem ipſe cùm Magiſtratus eſſet nominauerat ſuo periculo, ne in vna tutela duplex periculum ſuſtineret, condemnatus eſt ab Imperatore, non alia ratione quàm quod nuſquam prohibitum ſit eum tutorem dari qui iam fideiuſſor ſit pro tutore.

Inter eos verò qui dari non poſſunt ponitur maritus, qui licèt affectionem rebus vxoris ſuæ debeat, curator tamen ei dari non poteſt, *l. 2. C. eo tit.* quod quam rationem habeat, ſcripſimus ad *Princip. præcedent. Illat. 5.* Item is qui luminibus captus eſt, *l. 3. eod.* Quomodo enim negotia bene tractare poteſt, qui ea non videt? Loquimur ſiquidem de illo, qui vtroque oculo orbatus eſt, de quo & *l. vnic. C. qui morbo*: nam qui vnum oculum habet, tutor, vel curator fieri non prohibetur, *l. frater 9. C. de excuſ. tut.* Si tamen poſtea cæcus fiat, deponere tutelam poteſt, *l. poſt ſuſceptam 40. D. eod.* Immò vt deponat, etiamſi nolit, cogendus eſt, cùm eo tempore deſierit eſſe idoneus ad eam adminiſtrandam.

Item qui militiæ armatæ muneribus occupatus eſt, neque ſi legitimus ſit, neque ſi ex teſtamento datus fuerit, nec alio modo, etſi voluerit, tutor vel curator fieri poteſt, adeò vt ſi errore ductus putánſque ſe tutorem res adminiſtrauerit, ne-

Digitized by Google

gotiorum geſtorum,non tutelæ actione ſit conueniendus,*l.militia 4.C.qui dar.tutor.poſſ. §. idem & in milite,infr. De excuſ.tut.* Militiæ enim aut ſuis negotiis vacare milites debent,non alienis; ideóque alienarum rerum conductores, ſeu procuratores,aut fideiuſſores, vel mandatores conductorum fieri prohibentur à Leone in *l. milites 31. C.de loca.*ne,inquit,omiſſo armorum vſu, ad opus ruſtre ſe conferant, & vicinis ſuis graues cinguli militaris præſumptione exiſtant. Armis autem non priuatis negotiis occupari debent,vt numeris & ſignis ſuis iugiter inhærentes, Rempublicam à qua aluntur,ab omni armorum neceſſitate defendant.Ex quo apparet non rantùm priuilegij iure hoc habere milites vt tutelæ onus ſuſcipere non cogantur,ſed etiam conſtituto iure fieri vt tutores eſſe non poſſint.Nam ſi priuilegium hoc eſſet, poſſent milites fauori ſuo renunciare,*l.pen.C.de pact.*iunct.*l.pactum 46. D.eo.* At nec volentes poſſunt eſſe tutores,*d.l.militia, l. ab adminiſtratione 8. C.de legat.* vbi hanc ob cauſam ſcriptum eſt,militem,qui legatum meruit eo ipſo teſtamento quo tutor etiam factus eſt, quamuis tutor eſſe nequeat, non eo minùs tamen legatum conſequi debere; quandoquidem non tam propria voluntate quàm legibus impeditur ne tutor eſſe poſſit.

Sanè qui miles non eſt,licèt antea fuerit, tutor quidem eſſe poteſt,ſi velit;ſed ſi nolit, habet iure publico excuſationem & remiſſionem tutelarum aduerſus quemlibet priuatum, dummodò militiæ tempus honeſtè compleuerit,*l.ſed & milites,8. D.de excuſ.tut* vbi tamen ſubiicit Modeſtinus non idem priuilegium ei dandum eſſe aduerſus eorum filios,qui eidem ordini communicauerunt,niſi intra annum dimiſſionis,quo tempore ferè eſt vt adhuc miles eſſe videatur, cùm & iure militari tantiſper teſtari poſſit. At poſt annum ideò priuilegium non retinet, quia coæqualitas honoris militiæ, fortior videtur priuilegio quod quis habet tanquam qui miles non hodie ſit,ſed olim fuerit.Excipe cum Modeſtino niſi fortaſſis aliàs habuerit iuſtas tutelæ excuſationes,vt putà numerum annorum, vel liberorum,vel aliquid tale,quale & priuatos aduerſus omnes excuſare conſueuit. Nec enim priuilegij ratio poteſt tollere beneficium iuris communis, quod & potentius eſſe ſolet & debet. Siquidem odioſa ſunt priuilegia omnia hoc ipſo quod abhorrent à iure communi,indéque facilè fit quod vulgò iactitant, nec malè probatur ex hoc Modeſtini loco,vt priuilegiatus non vtatur priuilegio contra priuilegiatum, *l. ſi apud minorem 12. D.de minor.* quamquam brocardicum illud periculoſum eſt,vt cætera ferè omnia,& plerumque falſum,vt colligi poteſt ex *l.verum 11.§.vlt.eo.tit. & l.vlt. D.ex quibus cauſ.maior.in integ.reſt.* Addit tamen Modeſtinus priuilegium hoc veteranis datum,vt poſt annum miſſionis tutores eſſe non cogantur, licèt iis prodeſſe nequeat contra militum filios, profuturum tamen contra militum nepotes. Eorum enim qui militarunt nepotes, inquit,in eodem loco cum reliquis priuatis eſſe creduntur. Qui locus valde notandus eſt contra eos,qui generaliter volunt in fauorabilibus *filij* appellatione ſemper *nepotem* contineri:De quo alibi latiùs & commodiùs dicendum nobis erit. Cætera quæ Modeſtinus *ibidem* perſequitur apertiora ſunt, quàm vt noſtra egeant interpretatione.

Priuilegiatus contra priuilegiatum.

Obſeruandum verò eſt, Senatores hac in re minùs iuris habere quam milites. Nam creati tutores poſſint,ſicut & alij Conſiliarij quilibet, etiam iis pupillis qui non ſunt ex Conſiliariis, vel Senatoribus,*l.& qui non ſunt 21. De tut.& cur. dat.* Iis qui tutores vel curatores dari non poſſunt, iungendi ſunt illi qui alterius prouinciæ ſunt,quàm cuius Præſes eſt ille,qui dat tutorem vel curatorem, & generaliter omnes ij qui dantis iuriſdictioni ſubiecti non ſunt, ita vt neque ceſſatio iniuncti perperam officij ad periculum eorum pertineat,*l.neque à præſide 5. C. ell. tit. qui dar.tutor.poſſ.* Etſi enim ſuprà diximus ipſam tutoris dationem non magis eſſe iuriſdictionis, quàm imperij, quæ tamen dationem ipſam & præcedunt & ſequuntur, iuriſdictionis ſunt, vt putà inquiſitio,& coactio,quam fieri neceſſe eſt, ſine pignoribus captis, ſine comminatione pœnarum,ſi tutelæ onus ſubire detrectet is, quem Magiſtratus dedit. De illo qui pupilli creditor ſit, dubitari probabiliùs potuit, an tutor dari poſſet:conſtat autem olim quidem potuiſſe,*l.creditorem 8.C.eo.l.quoties 9.§.ſicut autem,D.de adm. tutor.l.fiſtulas 78.§ 1.D.de contr.empt.l.neque 7. C. de excuſ.tutor.* vbi additur ſimiliter & debitorem poſſe tutorem eſſe ſui creditoris,*l.5.§.debitor. D. de admin.tutor.*Hodie verò non poſſe poſt Iuſtin. *Nouell.72.*vnde ſumpta eſt *auth.minoris debitor,eo. tit.C.qui dar.tutor. poſſ.* Viſum enim eſt Iuſtiniano, fauorem pupillorum itémque adultorum exigere, vt nihil omnino intercederet quod vel tantillum ſuſpectam tutoris aut curatoris adminiſtrationem facere poſſet. Quamquam olim ne quidem lis quæ inter tutorem & pupillum eſſet,faciebat ſuſpectum tutorem, niſi vel de ſtatu eſſet,*l.ſi duas 6* aliàs *l.athleta §. amplius D. de exc tutor.*vel de omnibus pupilli bonis, aut ſaltem de maiore bonorum parte, *l. ſi pupillum 20. & l.ſeq.eodem titul.*

Creditor vel debitor pupillaris, an tutor vel curator dari ſit.

ILLATIO XIX.

De magiſtratu municipali dante tutorem qui ſit ex alia ciuitate.

DEcimonono ex eodem Principio fit, vt ſi quando deſint in ciuitate ex qua pupilli oriundi ſunt, qui ad tutelam idonei videantur, non ideirco liceat magiſtratibus municipalibus vindicare ſibi arbitrium dandi tutorem aliquem ex vicina ciuitate,quia nimirum ius dandi tutores,licèt datum ſit Magiſtratibus municipalibus, non tamen abſolutè ac ſimpliciter datum eſt, ſed limitatè, illum qui ſit ex eodem municipio vel ex agro eiuſdem municipij,*l.3.D.de tut.& curat.dat.* Quia nec in alios quàm qui tales ſint vllam habere poſſunt iuriſdictionem; Tutoris autem datio licèt non ſit iuriſdictionis, exigit tamen iuriſdictionem propter cætera, quæ ſunt præcedentia & conſequentia dationi, quæ ſine iuriſdictione expediri non poſſunt, vt proximè diximus. Quid ergo facient Magiſtratus iſti, ſi nullum ex municipij ſui agro tutorem dari poſſint? Officium eorum eſt inquirere ex vicinis ciuitatibus honeſtiſſimum quemque, & eorum, quos idoneos inuenerint, nomina Præſidi prouinciæ mittere,qui poſtea ex iis tutorem ſit electurus,*l Diui 24.D.eod.tit.l. 1. §. ſi quando D. de magiſtr. conueniend.*

ILLATIO XX.

De tutore dato minori quaſi minori.

Viceſimò ex eodem Principio fit, vt ſi minori tutor datus ſit quaſi minori, vſque adeò inutilis datio ſit, vt neque vlla excuſatione tutor egeat, neque ob id magis obligetur quòd tutelam non geſſerit: *l. Stia 16. D. de tutor. & curat. dat.* Nempe quia nullo iure datus fuit, cum nulli vnquam magiſtratui datum ſit ius dandi tutorem minori quaſi minori. Curator enim minori tanquam minori dandus eſt, non tutor. At è contrario tamen ſi curator impuberi datus ſit, qua cunque ex cauſa, ex qua placet etiam impuberi curatorem dari, puta iam habenti tutorem, licèt tanquam impuberi datus ſit, rectè curator datus intelligitur; ſed ita vt non niſi in diem pubertatis tutor perſeueret in eadem cura: *l. curatorem 25. eod. tit.* quia tanquam tutor potiùs quàm quaſi curator datus fuit, qui datus eſt pupillo tanquam pupillo, non tanquam adulto. Ergo cùm pupillus deſiuit pupillus eſſe, hunc quoque neceſſe eſt deſinere eſſe curatorem: quamuis ætas ſuperueniens nihilominùs, immò tanto magis capax ſit curæ. Itaque pupillus ex impubere factus pubes, alium ſibi curatorem petere debebit, vt ait Paulus in *d. l. curatorem*, ne alioqui ſine curatore ſit, ſi alium non habeat, quàm quem in pupillari ætate tanquam pupillus acceperat.

ILLATIO XXI.

De ingenuis non dandis tutoribus vel curatoribus pupillo libertino.

Viceſimoprimò ex eodem Principio fit, vt libertinis pupillis ingenuos tutores vel curatores dare Præſes non poſſit, niſi omnimodo in illo loco penuria ſit libertinorum, *l. pupillo 27. §. 1. eod. l. 1. § libertinis, D. de excuſ. tutor.* quia licèt permiſſum ſit Magiſtratibus dare tutorem vel curatorem libertinis popillis, perinde ac cæteris, cùm ſint æquè liberi & ciues, quorum omnium ſalus ad Reipublicæ vtilitatem pertinet, attamen ex eiuſdem Reipublicæ dignitate fuit vt non permitteretur Magiſtratibus alios libertinis tutores dare quàm qui eſſent libertini, ne aliter poſito iure confuſa eorum conditio videretur cum ingenuis, quos tamen & melioris, & dignioris conditionis, vt ſunt, ita & cenſeri debere certum eſt, *d. §. libertinis.* Ergo ſi quæratur, Cur ingenuus tutor libertino datus tutor non ſit: ratio alia quærenda non eſt, quàm quia Magiſtratus non habuit ius eum dandi, ſi non penuria libertinorum omnimodo fuit: Ideò autem non habuit, quoniam tale ius ei datum non eſt; quinimò è contrario prohibitum per orationem D. Marci, ne libertis ingenui tutores darentur, aut curatores.

Idque adeò verum eſt, vt ingenuo contra orationem illam dato, ſi is non ſe excuſauerit, dubitatum ſit an tutelæ iudicio conueniri poſſit. Fuitque id [illegible] neceſſarium reſcriptum Seueri, quo continetur vt ſi hic adminiſtrationis ſuæ rationes non bene reddiderit, obligatus ſit tutelæ, *d. §. libertinis*, vbi ait Modeſtinus ita reſcripſiſſe Seuerum, quòd impuberum curam haberet. In quo notandum eſt, non id reſcripto factum eſſe, vt ingenuus libertino tutor datus iudicio tutelæ conueniri poſſit ad rationes reddendas, cùm nec fuerit vnquam tutor, ſed vt niſi rationes iuſtè reddiderit, incipiat eſſe obligatus iudicio tutelæ in omne id, quod intereſt pupilli bene iuſtéque redditas fuiſſe rationes. Itaque redditio rationum in præſtatione erit magis quàm in obligatione & actione tutelæ. Non redditis verò rationibus, vel minùs iuſtè redditis, idipſum veniet in iudicium tutelæ, quod intereſt pupilli. Eóque ſenſu accipiendum videtur, quod ſcriptum eſt in *d. §. libertinis*, hunc tutorem perſeuerare: nimirum vt iudicio tutelæ perinde teneatur indemnitatem pupillo præſtare, ac ſi reuera tutor eſſet: ne melioris conditionis ſit qui contra, quàm qui ſecundum leges tutor datus fuit. Alioquin, quid obſecro erat neceſſe reſcribi à Seuero, fauore pupillorum, vt eſſet hic obligatus iudicio tutelæ, niſi iuſtè rationes redderet, ſi reuera tutor fuiſſe dici poſſet?

ILLATIO XXII.

De tutore vel curatore dato eo, qui peregrè agat.

Viceſimoſecundò ex eodem Principio fit, vt ſi peregrè agant qui tutores vel curatores dati ſunt, ad Magiſtratum, qui eos dederunt, curam pertineat vt intra trigeſimum diem notum id faciant eis, quos dederunt. Sic enim D. Marcus reſcripſit, *l. vlt. D. eod. tit. De tutor. & curat. dat.* Nimirum quoniam quiſquis tutorem vel curatorem dandi ius habet, is dare iubetur, *l. 2. §. ſi mater D. ad SC. Tertyll.* vt cautum ſit & conſultum pupillo. Quid autem intereſt an tutor nullus datus ſit, an ita datus, vt ſe datum neſciat is qui datus fuit? Itaque conueniens fuit ad magiſtratum curam pertinere, vt tutor non tantùm daretur, ſed etiam datum ſe ſciret, ne alioqui periculum tutelæ, quod ignorantem tutorem numquam obſtringit, in Magiſtratum ipſum recideret, aut quod eſſet iniquius, in pupillum ipſum redundare oporteret. *L. vlt. D. de tut. & curat. dat.*

PRINCIPIVM V.

Qui tutores petere debeant.

Impuberi, quia tutorẽ ſibi ipſe petere nõ poteſt, ab aliis tutor petendus eſt, ſed aliter atque aliter. Sunt enim qui tutorem petere nõ ſolùm poſſunt, ſed etiam debent, nec tamen coguntur, vt ſunt neceſſarij & cognati & qui ſecundum adfinitatem ſunt, id eſt poſt adfines, familiares parentum maſculorum & fœminarum, itémque amici parentum & educatores ipſorum pupillorum, *l. 1. in princip. D. qui pet. tutor. l. ſi filiis 4. Codice eod.* Alij tutorem petere non ſolùm poſſunt & debent, ſed etiam coguntur, vt putà mater & liberti. Mater enim expellitur à legitima filij hæreditate, quaſi quæ indigna ſit ei ſuccedere, cui tutorem petere neglexit. Liberti verò etiam puniuntur ſi non eos tutores petierint, qui legitimi ſint defenſores: *d. l. 2. §. 1. & ſeq. D. eo. l. 2. C. eod.* Alij denique nec debent nec poſſunt etiamſi velint, puta quorum nihil intereſt: ſed etſi eorum intersit, *L. 2. in prin. D. qui pet. tut. l. ſi filiis 4. C. eod.*

d. § libertinis.

Digitized by Google

interſit, non priùs tamen audientur tutorem impuberi petentes, aut puberi curatorem à Magiſtratu, quàm admonuerint eos, qui ius habeant petendi *d. l. 2. aliàs l. Diuus §. ſiquidem & §. vlt. D. eod. l. 1. C. eo.* Nec enim facilè permittendum fuit cuilibet ſe ingerere negotio, non tantù ad perſonam alienam, ſed etiam ad Magiſtratuum ipſorum curam pertinenti; *l. culpa eſt 36. D. de regul. iur. l. quæ omnia 25. D. de procur.* ne alioqui Magiſtratuum negligentiam, hoc ipſo tacitè incuſare videretur.

Quod autẽ de libertis diximus generaliter accipiendũ videtur de omnibus, id eſt etiã quãtum ad eos qui patroni patronæve liberis tutores petere, tutores tamẽ eſſe non cogerentur. Nec enim libertus aliis patroni patronævæ liberis tutor eſſe cogitur, quam qui patronatus iura ſperare poſſunt, *l. libertus 14. D. de tut. & cur. dat.* In quorum numero non ſunt liberi eius qui fideicommiſſariam libertatem ſoluit, *l. nequaquam 24 D. de excuſ. tutor.* aut ij etiam qui libertum capitis reum poſtularunt, *l. ſi quis à libertis 5. §. ſed & patroni D. de agnoſc. liber.* Item qui à patrono ſunt nominatim exhæredati. Addo enim *nominatim*, vt excludam exhæredationem tacitam, quam facere miles creditur, tùm etiam tùm præterit filium. Etſi namque militis præteritio pro exhæredatione eſt, non tamen vſque adeo ſilentium patris filio nocere debet, vt eum excludat à bonis libertorum ſaltem auitorum, *l. Paulus 47. §. vltim. De bon. libert.* vbi quod additur, Idem reſponſum eſſe etiam de bonis libertorum paternorum, meritò ſuſpectum viſum eſt Cuiacio, & ab eo emendatum, *lib 14. obſeru. cap. 5.* addita ſcilicet negatione. Conſtat enim quod ad libertos paternos attinet, contra reſponſum eſſe ab Vlpiano in *l. ſi patronus 12 eod. tit.* nocere liberis patroni militis tacitam quoque exhæredationem; Nimirum ſi miles ſciat eum ſe filium habere, *l. ſicut 6. C. de teſtam. milit.* neque hac parte intereſt quicquã inter tacitam & expreſſam exhæredationem, niſi quod expreſſa à patre facta liberos ſummoueret à bonis libertorum non modò paternorum, ſed etiam auitorum; quamuis è contrario quæ ab auo facta eſſet, non æquè iis noceret quod ad bona paternorum: *l. ſi ex patronis 10. §. Iulianus l. viuo filio 27. D. de bon. libert.* In eodem libertorum patroni numero, qui patronatus iura ſperare non poſſunt, ponendi ſunt etiam liberi eius qui contra legem Æliam Sentiam à liberto iuſiurandum exegit ne vxorem duceret, *l. qui contra 15. D. de iur. patr.* itémque eius qui non aluit libertum, *l. ſi patronus 33. D. de bon. libert.* Denique liberi eius, qui libertatis cauſa impoſita libertæ reuendidit *l. Iulianus 37. eod tit.*

Libertus 14. D de tutor. & curat. dat.

Cæterum quamuis omnibus his caſibus libertus non cogatur eſſe tutor liberorum patroni, non eo minùs tamen cogetur, vt puto, petere iis tutorem, niſi obſequij deſerti periculum ſubire velit, vt loquitur *d. l. 2. C. qui pet. tutor.* quæ ſicut generaliter & indiſtinctè concepta eſt, ita generaliter & indiſtinctè videtur intelligenda, vt liberti ex hac cauſa apud Prætorem, vel Præſidem accuſari puniantur, & emendentur ſi apparuerit vel propter negligentiam, vel propter malitiam non petiiſſe, *l. 1. §. liberti D. eod.* Sicut enim multò minus & leuius onus eſt, vt cogatur, libertus tutorem petere filio patroni, quàm vt cogatur ipſius tutelam ſuſcipere, ita difficilius eſt vt ab illo, quàm vt ab hoc onere debeat excuſari. Et hæc quidem de libertis dixiſſe ſufficiat.

l. 1. §. liberti D. eod.

De matre verò extat epiſtola Diui Seueri ad Cuſpium Rofinum, cuius verba hæc Modeſtinus refert in *d. l. 1. §. quæ autem*, *Omnem me rationem adhibere ſubueniendi pupillis cùm ad curam publicam pertineat liquere omnibus volo: Et ideò quæ mater, vel non petierit tutores idoneos, vel prioribus excuſatis reiectisve non confeſtim alterum nomine dederit, ius non habeat vindicandorum ſibi bonorum inteſtatorum filiorum.* De cuius conſtitutionis ſententia & interpretatione videnda ſunt, quæ pluribus, & ſigillatim perſequitur Vlp. in *l. 2. §. ſi mater. D. ad SC. Tertyll.* ad finem vſque illius legis, in qua ſunt omnia ita plana, vt nec noſtra, nec alterius egeant explicatione.

Illud potiſſimum obſeruatione dignum eſt, quod ſcribit ille in *§ vlt. eiuſdem legis*, matrẽ prohibita ius ſuum vindicare quod habet ex ſenatuſconſulto Tertylliano, vt filio inteſtato ſuccedere poſſit, eos admittendos eſſe ad hæreditatem, qui venirent, ſi mater in medio non fuiſſet. Non enim ſic accipienda eſt conſtitutio, quaſi matrem ipſam dicamus hæredem fieri, vel aliud nomen ſucceſſionis inducere, ſed tamen denegandas ei actiones. Quo admiſſo fatendum eſſet fiſco delatum iri hæreditatem, quæ ſcilicet matri iam non ſolùm delata, ſed etiam acquiſita, rurſus alteri amplius per legem deferri non poſſat, multò minùs verò citra delationem acquiri, vt in *l. 1 in prin. & l. 2. D. ſi quis aliq. teſtar. prohib. l. cùm fiſco 9. & tot. tit. D de SC. Silan.* Idque poſſet etiam quis exiſtimare ob id, quod Modeſtin. in *d. l. 2. §. 1. D. qui pet. tutor.* ſcribit matrem indignam eſſe quæ accipiat legitimam filij hæreditatem cui tutorem petere neglexit. Quæ enim quaſi indignis auferuntur, ſolent fiſco deferri, *l. 2. & tot. tit. De his quæ vt indign. auffer. D. & C.* Sed in propoſito caſu non ita eſt, quia conſtitutionis verba ſic ſerunt, vt non habeat mater ius vindicandorum ſibi bonorum filij inteſtati, hoc eſt vt non poſſit ei prodeſſe ſenatuſconſultum Tertyllianum; Quo tamen ſublato, ſupereſt ius vetus legis 12. tab. ex quo agnati proximi ad ſucceſſionem inuitantur. Quod ſi nullus ſit agnatus tunc bona vacabunt, & ad fiſcum non tanquam caduca, ſed tanquam vacantia deuoluentur, *d. l. 2. in fin. l. vlt. D. de ſucceſſ. edict.*

ILLATIO I.

De tutore petito per eum qui acturus eſt cum pupillo.

EX hoc Principio illud primum fit quod ſcriptum eſt in *d. l. 2. alias l. Diuus, §. ſiquidem, D. qui pet. tutor.* Si aliquis fœnerator, vel legatarius, vel alius neceſſariam habeat aduerſus pupillum perſecutionem, Non poſſe quidem ipſum tutorem petere pupillo, ſed debere rogare eos qui petere poſſunt, vt petant, Vel ſi hi neglexerint, tunc accedere ad Præſidem, eique hoc ipſum dicere vt conſtituto legitimo tutore ea aduerſus pupillum perſecutio moueatur. Quò etiam pertinet, quod ait *l. 1. C. eod.* Si aduerſus adoleſcentem agere quis velit, debere illum ante omnia admonere adoleſcentem, vt curatores ſibi dari poſtulet, cum quibus ſecundum iuris formam conſiſtat: Qui ſi in petendis iis ceſſabit,

d. l. 1. aliàs l. Diuus § ſiquidem D. qui pet. tut.

Digitized by Google

bit, tum demùm adeundum eſſe iudicem competentem, vt in dandis cutatoribus officio ſuo fungatur. Eſt enim hic vnus ex iis caſibus, in quibus inuito adoleſcenti curator datur, ſcilicet in litem, cùm non habeat legitimam perſonam ſtandi in iudicio, *l. 1. & tot. tit. C. de in lit. dand. tutor. vel curat. l. 2. & tot. tit. C. qui legit. perſon. ſtand. in iudic. hab.* De quo iam diximus ad *Priu. primum, illat. 5. ſupr. eo.* Etſi alius hac parte tractatus eſt de pupillo, alius de adulto. Pupillus enim tutorem ſibi numquam petit, Adultus ſibi petit, aut per ſe ipſum ſi adſit; aut ſi abſit, per procuratorem. Alij verò non licet curatorem petere minori, *d. l. 2. §. hac quidem, & ſeq.* quaſi hæc res æſtimationem ipſius ſuggillare videatur. Idque adeò verum eſt, vt ſi tutor ei quæ pupilla fuit ignoranti, nec mandanti curatorem petierit, eùmque cutatorem magiſtratus dederit, non iure datus curator dici poſſit, periculúmque eorum quæ ipſe geſſerit agnoſcere cogatur ille qui petiit, *d. l. 2. §. curatorem.* Adultam tamẽ quæ nec petiit, nec mandauit ſufficiet conſenſiſſe, *l. mutus 43. §. is qui curatorem D. de procurat.* Sed etſi matris iudicium Princeps ſecutus curatores filiæ ipſius dederit, licèt dubitari non poſſit, quin valeat datio, quæ à Principe ipſo facta eſt, periculum tamen adminiſtrationis curatorum ad matrem pertinebit, vt ex Paulo ſubijcit Modeſtinus in *d. §. curatorem.*

ILLATIO II.

De petendo etiam curatore per matrem.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt quamuis conſtitutio quæ matrem ſollicitam eſſe iubet de tutore liberis ſuis impuberibus petendo, non niſi de tutore locuta ſit, porrigi tamen debeat etiam ad curatorem, ſi quo caſu impuberi curatorem peti oporteat, *l. 1. D. qui pet. tut.* Eadem enim ratio eſt huiuſmodi curatoris petendi, quæ & tutoris, cùm non niſi impuberi & tanquam impuberi detur *l. 2. § quid ſi curatores D. ad SC. Tertyll.* vbi dicitur non fieri hoc ex reſcripti verbis, quæ proculdubio deficiunt, ſed ex ſententia conſtitutionis, cuius vtique non alia mens fuit quàm vt pupillis proſpiceretur. Hunc verò curatorem tutoris iure ac loco cenſeri ex eo quoque intelligimus, quod ſcriptum eſt in *l. curatorem 25. D. de tutor. & curat. dat.* perſeuerare illum curatorem in diem vſque pubertatis duntaxat. Poſt pubertatem verò, alium curatorem ſibi petere pupillum debere: quod non verè diceretur, ſi curator impuberi tanquam minori datus eſſet, quia maneret tandiu curator, quandiu ille minor.

l. 1. D. qui pet. tutor.

ILLATIO III.

De matre quæ perfunctoriè tutorem petiit filio.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt ſi mater petierit quidem filio tutorem, ſed puritatis gratia, id eſt perfunctoriè, ac vt aliàs loqui Prudentes ſolent, dicis cauſa, *l. 4. D. commod. l. 1. §. excuſantur, D. de SC. Silan.* & ob id tantùm vt poſſit dicere, officium à ſe deſertum non fuiſſe, atque ita petierit tutorem eum qui dimitti poterat quod iuſtam haberet excuſationem, deinde dimiſſo eo, vel reiecto, alium rurſum non petierit, vel ex ſtudio & data opera malos tutores petierit, non eo minùs incidat in ſententiam conſtitutionis, *d. l. 2. §. 1.* Quid enim refert an mater tutorem nullum petierit, an eum quem petere non debuit, aut cuius petitio nullum habuerit effectum? *l. quoties 6. D. qui ſatiſ. cogant. l. 2. D. de autor. tutor.* Denique non poteſt videri ſatisfactum conſtitutioni, quandiu in eo res eſt, vt nondum pupillus eum tutorem habeat, cuius conſilio & prudentia regi poſſit, & indemnis ſeruari.

d. l. 2. §. 1. D. qui pet. tut

ILLATIO IV.

De matre quæ non petiit confirmari tutores per patrem minùs ritè datos.

QVartò ex eodem Principio fit, vt ſi pater minus legitimè tutores vel curatores teſtamento, aut codicillis dederit filio impuberi, nec mater eos decreto confirmari petierit, perinde incidat in Conſtitutionem, ac ſi ceſſaſſet in petendis tutoribus filio, cui pater tutores nullos dediſſet. Cùm enim nihil prorſus referat an tutorem nullum pater dederit, an minùs legitimè dederit, conſequens eſt, vt vtroque caſu perinde mater teneatur, ſiue non petierit dari tutorem à magiſtratu, cùm nullum pater dedit, ſiue non petierit eos confirmari quos pater inutiliter dedit; *l. vlt. D. qui pet. tutor.* vbi addit Tryphoninus ſi tamen pluribus idoneis tutoribus datis vnus eorum vel deceſſerit, vel temporalem excuſationem acceperit, matrem quæ propterea in locum illius alium non petiit, quia numerus reliquorum adminiſtrationi tutelæ ſufficiebat, incidere quidem in verba Conſtitutionis, ſed nihilominùs ſententia excuſari. Non enim tam id agit Conſtitutio, vt matrem puniat, quàm vt pupillo conſulat, quem proinde ſatis eſt damnum ex matris negligentia nec paſſum eſſe, nec pati potuiſſe.

l. vlt. D. qui pet. tut.

Ex quo apparet quod contrà ſcriptum videtur in *l. 2. §. quod ergo ſi non fuerint, & ſeq. D. ad SC. Tertyll.* ſic accipi oportere, ſi numerus qui ſupereſt tutorum, nec excuſatorum, nec reiectorum, non ſufficiat adminiſtrationi, vt ob non petitos alios in locum demortuorum, vel excuſatorum credibile ſit pupillum aliquod damnum, vel paſſum fuiſſe, vel pati potuiſſe. Nec ſanè ad pupilli vtilitatem valde pertinet, vt plures habeat tutores quàm quot neceſſarij ſint ad tutelam bene adminiſtrandam, cùm ſuperuacuus numerus plerumque ſit potiùs impedimento quàm vſui pupillo, propter diſſenſiones quas tutelæ, vt & cæterarum rerum communio excitare ſolet, ita ferente naturali hominum omnium ad diſſentiendum facilitate, *arg. leg. cùm pater ſeptuageſimaſeptima, paragrapho dulciſſimis, de legat. ſecundo,* iunct. *lege Item ſi vnus, decimaſeptima, paragrapha principaliter, D. de recept. qui arbit. lege tertia in principio,* illis verbis, *Ne vtilitates furioſi impediantur; D. de admin. & peric. tutor.* iunct. *paragrapho Apparet, eiuſdem leg.* Adeò autem vtilitas pupilli in hac quæſtione totum facit, vt etiamſi mater filio ſuo impuberi qui ſoluendo non erat, nullum prorſus tutorem petierit, ei tamen ignoſcendum ſit quaſi quæ conſuluerit pupillo, vt minùs inquietaretur, quaſi indefenſus, *d. l. 2. §. Etiamſi, C. ad SC. Tertyll.*

Cui

Digitized by Google

Cui ſimile illud eriam eſt quod *in eiuſdem legis §. præcedente* tractat Vlp. ſi pupillo amplum legatum ſub conditione relictum ſit, *ſi tutores non habuerit*, & propterea mater ei non petierit, ne conditione deficeretur, ceſſare Conſtitutionem, ſi damnum quod ſenſit pupillus ob id, quod non habuit tutorem minus ſit cumulo legati; Exemplo, inquit, eius quod in Magiſtratibus municipalibus non diſſimiliter tractatur: Dandam ſcilicet in eos actionem, quatenus plus eſſet in damno quàm io legato, niſi fortè quis putet conditionem hanc quaſi publicæ vtilitati repugnantem remittendam eſſe, vt alias pleraſque; aut verba teſtamenti cauillatus quæ de tutoribus tantùm locuta fuerant, imputare velit matri cur filio non petierit curatores.

Sed finge vt quæſtioni locus ſuperſit pleniùs, conſcriptam eſſe conditionem, vt in ea oon ſolum de tutoribus locutus fuerit teſtator, ſed etiam, de curatoribus. Nonne erit ignoſcendum matri? An fortè adhuc ei imputabimus cur non deſiderauerit à Principe remitti conditionem quæ nec edicto Prætoris remiſſa fuit, nec decreto remitti potuerit. Verius igitur eſt, vt concludit Vlpianus his omnibus caſibus nihil eſſe matri imputandum, quia nec damnum vllum pupillus ſenſiſſe intelligitur.

ILLATIO V.

De matre qui non petiit adiungi tutorem ei, qui ſuſpectus dictus fuit.

QVintò ex eodem Principio fit, vt ſi ſuſpecto tutore pupilli accuſato decretum erit alios ei adiungi oporrere, mater eos quoque petere debeat, & ſi non fecerit, incidat in ſententiam

L. vlt. §. ſed ſi ſuſpecto D. qui pet. tut.

Conſtitutionis *d. l. vlt. §. ſed ſi ſuſpecto, D. qui pet. tut.* Non incidit quidem in verba Conſtitutionis, quia Conſtitutio locuta non eſt, niſi de matre quæ non petiit tutorem filio non habenti, aut in locum defunctorum, vel excuſatorum, vel remotorum. In boc autem caſu pupilles tutorem habet qui nondum remotus eſt. Nec enim ſtatim atque accuſatur quis de ſuſpecto, remouetur tanquam ſuſpectus, ſed magna cauſæ cognitio adhibenda eſt, ne facilè infamia irrogetur, quamuis interim adminiſtratione ipſi interdicatur; *l. eum quem 7. C. de ſuſp. tut. §. ſi quis autem, Inſt. eo. l. quod ſi fortè 14. §. 1. in fi. D. de ſolut.* Aut ſi mitiùs agere iudex volet, curator ei adiungatur, qui acta eius obſeruet, ac prouideat ne quid in pupilli necem fiat, vel prætermittatur ab eo, qui ſuſpectus videri incipit, hoc ipſo quod de ſuſpecto accuſatur. Incidit tamen hæc mater de qua agimus in ſententiam Conſtitutionis, quia ſic pupillus iſte tutorem habet, vt longè melius ei futurum ſit nullum babere, quàm talem habere qui ſit ſuſpectns, ſi non ei curator adiungatur. Itaque non minùs offendit pupilli vtilitatem mater quæ huic tutori noo quætit adiungi curatorem, quàm ſi filio tutorem non habenti non quæreret tutorem.

Quid ergo ſi mater non fecerit ſuſpectum tutorem, qui tamen ſuſpectus fieri & poterat & debebat? Certum eſt non contineri eam verbis Conſtitutionis. Sed an ſeotentia continebitur? Nec enim negari poteſt quin per huiuſmodi omiſſionem fiat vt pupillus damnum patiatur. Sed tamen magis eſt, vt in pœnam Conſtitutionis nullo modo incidat, quòd tale factum æſtlmare ac diiudicare, id eſt, an ſuſpectus poſtulari tutor debeat, necne, virilis animi eſt, & poteſt etiam delicta ignorare mater, ſatiſq; eſt eam petiiſſe talem tutorem, qui habita per Prætorem inquiſitione idoneus apparuetit. Et ideò nec iudicium eius ſufficit ad eligendos turores, ſed inquiſitio fit, etiamſi maximè in bona propria liberis ſuis teſtamento turores dederit, *d. l. vlt. D. qui pet. tut.* Nec eſt contrarium, quod Vlp. ſcribit in *d. l. 2. §. quid ſi non compulit, D. ad SC. Tertyll.* plenum officium à matre deſiderari. Neque enim negari poteſt quin plenum officium præſtiterit mater quæ curauerit dari filio tutorem, qui ex inquiſitione idoneus ſit repertus, licèt poſtea idem ille fiat ſuſpectus.

ILLATIO VI.

De filio defuncto pubere cui mater non petierat tutorem.

SExtò ex eodem Principio fit, vt ſi filius hic cui mater tutorem petere debuit, nec petiit, decedat pubes, quamuis ab inteſtato, non eo minùs mater ipſi ſuccedat ex Tertylliano, *l. matres 3. C. ad SC. Tertyll.* Nec enim ad hunc caſum Seueri conſtitutio pertinet, ſed ad illum præcisè quo filius cui mater tutorem non petiit impubes deceſſerit, Nempe quia culpam matris videtur deleuiſſe voluntas filij, qui cùm iam pubes factus teſtamentum facere poſſet, aliúmq; ſibi hæredem pro arbitrio eligere, maluit tamen decedere inteſtatus vt matrem hæredem haberet, atque ita eam tacito quodam iudicio hæredem inſtituiſſe intelligitur, *l. 3. in princ. l. conficiuntur 8. verſ. ſed ideo, D. de iur. codicill. l. ab exheredati 126. de leg.* 1. Certum autem eſt non eam fuiſſe mentem Seueri, vt matri, quæ tutorem non petiiſſet, auferret filij hæreditatem, quam filius ipſe ſiue expreſſo ſiue tacito iudicio matri relictam voluiſſet, ſed eam tantùm quæ ex mero ſolius Senatuſconſulti Tertyll. beneficio matri deferretur, ſi conſtitutio non obſtaret. Cùm enim filius moritur impubes, non poteſt maser dicere ſe vocatam ſiue expreſſo ſiue taciro filij ſui iudicio quod nullum eſt, quamuis defuncto, ei puberi perinde ſuccedat mater ex Tertylliano, atque ſi impùbes deceſſiſſet.

ILLATIO VII.

De fideicommiſſo conſeruando matri quæ non petiit filio tutorem.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt ſi maritus vxori ſuæ fideicommiſſum reliquerit à filio impubere, cui mater non petiit tutorem, ſub ea conditione *ſi ſine liberis deceſſerit*, vel ſub hac ipſa conditione, *ſi inteſtatus mortuus erit*, fideicommiſſi petitio quæ mortuo filio competit, ex alieno iudicio non poſſit dici perempta: *l. vlt. §. hac autem, D. qui pet. tut.* quia ſcilicet non petiti tutoris pœna alia eſſe nequit, quàm quæ Seueri conſtitutione ſtatuta eſt: conſtitutio autem non fuit locuta niſi de impùberis inteſtati hæreditate, nec abſtulit matri niſi quod Senatuſconſultum Tertyllianum ei dederat, adeóque ſub ea reſtrictione & limitatione ſi filius ille cui tutor peritus non eſſet io pupillari ætate decederet. Quod igitur mater alio iure habere poteſt, vtputà ex iudicio ſui mariti aut alterius cuiuſlibet,

d. l. vlt. §. hac autem, D. qui pet. tutor.

quamuis

quamuis ſub ea conditione, ſi filius inteſtatus moreretur, non eſt ei aufferendum.

Adieci, *quamuis ſub ea conditione ſi filius inteſtatus moreretur*, quia dubitabilior videbatur hic caſus, quàm ſi fideicommiſſum matri relictum fuiſſet ſub alia conditione, *ſi filius ſine liberis decederet*, quod & Triphoninus inſinuat iis verbis, *vel ſub hac ipſa conditione*, Nempe quia cùm eadem conditio ſit, ſub qua vocatur eadem mater ex Senatuſconſulto Tertylliano ad legitimam filij hæreditatem, facilius videbatur, vt eadem Seueri conſtitutio, quamuis non niſi de legitima filij impuberis hæreditate eſſet locuta, porrigeretur tamen ad ea omnia, quibus eadem quæ hæreditatis delationi conditio ineſſet, quàm ad cætera quæ ſub alia planéque diuerſa conditione deberentur: quale illud eſt quod matri reſtituere rogatus eſt filius ſub ea conditione *ſi ſine liberis ipſe deceſſerit*: Nihil ſiquidem vetat filium hunc & teſtatum & ſine liberis decedere, atque ita & conſtitutionis verba ceſſare, & fideicommiſſi conditionem exiſtere. Immò & ſi verum amamus, cùm magis propriè dicatur ſine liberis decedere ille qui liberos ſuſcipere potuit, nec ſuſcepit, (priuatio enim vt dici ſolet præſupponit habitum) ſuſcipi verò liberi non poſſint niſi poſt annos pupillares, & conſequenter in ea ætate, in qua teſtamenti quoque faciendi ius eſt, fieri nequit vt Seueri conſtitutio, quæ conditionem illam habet ſi filius impubes deceſſerit, porrigatur ad fideicommiſſum, quod pater reliquerit vxori ſuæ a filio ſub ea conditione *ſi filius ſine liberis moreretur*. Quamquam ſatendum eſt, ab hac verborum proprietate nos recedere, cùm nihilominùs matri hoc fideicommiſſum deberi admittimus filio intra pupillares annos defuncto. Eſſet enim excludenda mater quaſi defecta conditione, ſi verba illa *ſi ſine liberis*, eo quem diximus modo acciperemus, id eſt priuatiuè, ac non potiùs abnegatiuè, quomodo loquitur Boër. *quæſt. vlt.* Verum quippe eſt ſine liberis eum quoque decedere, qui liberos habere numquam potuit, non minùs quàm ſi habere potuiſſet. Vnde & illud eſt quod interpretibus noſtris placet communiter, & ego non improbo, ſi pater filio ſuo impuberi ſubſtituerit compendio verborum ſub ea conditione, *ſi ſine liberis deceſſerit*, non eo minùs admitti ſubſtitutum tanquam ex pupillari ſubſtitutione, ſi filius hic in pupillari ætate, & quod eſt conſequens ſine liberis deceſſerit. Eſtque in eam rem hic textus meo iudicio apertus. Alioqui mortuo filio impubere, mater, vt diximus, à fideicommiſſi petitione excluderetur.

Conditio ſi ſine liberis exiſtit etiam in perſona pupilli intra pupillares annos defuncti.

ILLATIO VIII.

De matre tutrice quæ conuolauit ad ſecunda vota, non petito priùs alio tutore.

OCtauò ex eodem Principio fit, vt non ſine ratione videri debeat quod ab Imperatoribus Theodoſio & Valentiniano conſtitutum eſt in *l. omnem 8. C. ad SC. Tertyll.* Omnem matri, ſiue ab inteſtato, ſiue iure ſubſtitutionis ſi filius impubes moriatur, denegandam eſſe ſucceſſionem, ſi ea legitima liberorum tutela ſuſcepta ad ſecundas contra ſacramentum præſtitum aſpirauerit nuptias, antequàm tutorem ei alium fecerit ordinari, eique quod debetur ex ratione tutelæ geſtæ perſoluerit. Quæ conſtitutio ad priorem illam, de qua iam diximus, Conſtitutionem Seueri hoc addit, vt pupillaris quoque ſubſtitutionis iure priuetur mater, cui Seuerus legitimam duntaxat hæreditatem filij abſtulerat. Nec immeritò, quia multò grauior culpa eſt matris quæ non modò filium negligit oblita maternæ pietatis, vt genio ſuo indulgeat, ſed etiam violat iuriſiurandi religionem. Iidem enim Imperatores Theodoſius & Valentinianus, qui primi conceſſerant matribus, vt liberorum ſuorum tutrices eſſe poſſent, etiam citra beneficium reſcripti Principalis, quod olim neceſſarium erat, *l. 2. C. quand. mul. tutel. offic. fung. poteſt.* iunctis *l. vltim. D. de tute.* Illud quoque induxerant, vt antequam mater tutelam ſuſpicere poſſet, cogeretur iurare ſe ad alias nuptias non venturam.

Quod & Iuſtinianus ſecutus eſt, *Nouell. 118. de hered. ab inteſt. venient. cap. 5.* idem tamen poſtea ſuſtulit *Nouell 94. vt ſine prohib. matres, &c.* vnde ſumpta eſt *Authent. ſacramentum, C. ill. titu. quand. mul. tute. offic. fung. poteſt.* vbi ſcriptum eſt, ſacramentum hodie non exigi à matre de non conuolando ad ſecunda vota, ſed tantùm expelli eam à tutela, ſecundis nuptiis contractis. Idque ita conſtitui conſentaneum erat ſacroſanctæ Religioni noſtræ, quæ ſicuti ſecundas, tertias, & deinceps alias vlteriores in Domino nuptias permittit, ita pati non poteſt, vt contrarium iuſiurandum interponatur, per quod mulier quæ nubere prohiberetur, vti cogeretur.

Sed & in propoſita ſpecie non parum creſcit matris culpa, ex eo, quod tutelam à ſe ſuſceptam deſerens relinquit filium indefenſum, nullo ei alio petito tutore nulláque priùs reddita ratione ſuæ adminiſtrationis, Ob idque grauius eam puniri æquum fuit, ablata ei non tantùm legitima, ſed etiam teſtamentaria filij hæreditate. Etſi enim de illo filio loquimur, qui teſtamentum facere non poteſt cùm ſit & moriatur impubes, non eo minùs tamen habet hæreditatem teſtamentariam, ſi pater ei ſubſtituerat matrem pupillariter, quandoquidem notiſſimi iuris eſt pupillarem ſubſtitutionem eſſe teſtamentum filij, *l. 2. l. patris 20. & paſſ. D. de vulg. & pup. ſubſtit. l. Papinianus 8. §. ſed nec impuberis D. de inoff. teſtam.*

Teſtamentaria pupilli hæreditas.

Quid igitur ſi pater filio ſuo matrem ſubſtituerit non pupillariter, vt in *d. l. omnes*, ſed per fideicommiſſum, vt in ea ſpecie quam *proxima illatione* tractabamus ex *d. l. vlt. §. hac autem, D. qui pet. tutor.* Deficiunt quidem verba conſtitutionis, ſed non ſententia. Etſi enim nihil commune habet fideicommiſſum cum pupillari ſubſtitutione, tamen multò facilius & iuſtius eſt, vt priuetur mater fideicommiſſo ſibi relicto, quàm vt pupillari ſubſtitutione. Quoniam pupillaris ſubſtitutio in fauorem matris facta non ſolùm ad ipſius commodum & honorem reſpicit, ſed etiam ad ipſius impuberis vtilitatem, cui vtique longè honorificentius eſt teſtamentarium hæredem habere, quam legitimum, *l. Iulianus 42. aliàs l. ſi pupillus, D. de acq. hered.* At fideicommiſſum nihil niſi onus eſt filij, qui grauatus fuit, ideóq; nec nouum eſt poſſe ſubſtitui pupillariter ei qui fideicommiſſo non poſſet onerari, vt in ſpecie *l. ſi adrogator 22. §. 1. D. de adopt.* Et in fidecõmiſſo proprias impuberis facultates cõtineri negamus, quæ in pupillari ſubſtitutione cõtinerentur

Differentia quæ eſt inter pupillarē ſubſtitutionem & fideicommiſſariam.

tur, *l. cohæredi 41. §. cùm filia D. de vulg. & pupill. ſubſt.* Si ergo ne quidem pupilli fauor poteſt conſeruare ſubſtitutionem pupillarem, quantò minùs poterit conſeruare fideicommiſſariam? Præſertim verò cùm nihil ſit matri æquè debitum ac luctuoſa filij hæreditas, *l. vlt. C. de inſtit. & ſubſtit.* quæ porrò per pupillarem duntaxat ſubſtitutionem defertur, non etiam per fideicommiſſum. Nam per fideicommiſſum ſucceditur in bonis defuncti, non in bonis hæredis rogati, *d. §. cùm filia l. 2. l. in fideicommiſſaria 18. & paſſ. D. ad SC. Trebell.*

Neque huic noſtræ ſententiæ obſtat quod Tiyphoninus contrà ſcribit *d. §. hac autem*, tale fideicommiſſum matri deberi, [*d. §. hac autem, l. vlt D. qui pet. tut.*] Non enim potuit Tryphoninus reſpicere ad illam Impp. conſtitutionem multis pòſt ſeculis latam, neque rurſus ad eam legis nouæ rationem quod grauiùs peccet mater quæ ſuſceptam tutelam deſeruit contra ſacramentum, cùm iis temporibus inauditum eſſet matrem admitti ad tutelam filij, ſaltem ex iure communi, illud verò multò magis inauditum iurare viduam ſe ad ſecundas nuptias non venturam. Illud difficilius videtur, An hodie locus ſit pœnis ex ea conſtitutione Theodoſiana infligendis, cùm tale iuſiurandum hodie nullum interponatur, ideóque ceſſet maiore ex parte ratio noua exacerbandi contra matrem iuris veteris. Tritum enim eſt, vbi legis ratio locum non habet, nec legem ipſam habere locum poſſe, *l. adigere 6. §. quamuis, D. de iur. patr.* Sed tamen verius eſt ſupereſſe poteſtatem conſtitutionis, quia non tantùm ad illam violati iuriſiurandi ratione reſpexiſſe Imperatores videntur, ſed etiam ad id, vel maximè, quod ea matris ad ſecundas nuptias tantopere feſtinantis improbitas, pupillum magnum damnum adferat, cui tamen matris potiſſimùm pietas & diligentia debuerat prodeſſe. Nemo autem dixerit eo minus eſſe hodie damnum pupilli, quòd ad feſtinationem nuptiarum impietas periurij non accedat hodie vt olim, Nec enim propter matris periurium, ſed propter vitricum ſuperinductum pupillus damnum patitur: Nec ob id ſolum quod ex poſteriore matrimonio naſci poſſint liberi, quos illa vel æquè, vel quod frequentius eſt magis dilectura ſit, ſed etiam quod longè difficilior pupillo futura ſit explicatio & redditio rationum, ob artes & dolos vitrici, qui nihil non ſit moliturus, vt noceat priuigno, ſibíque & liberis quos ex nouo patrimonio ſperat, amplioris patrimonij ſpem paret.

Duplex igitur hoc caſu fit iniuria pupillo per matrem, Vna, quod cùm faciat ipſa, vt pupillus deſinat tutorem habere, nullum tamen illa ei tutorem quærit. Altera, quod cùm pupilli bona per multos fortè annos, aut perfidè, aut negligenter adminiſtrauerit, ita vt ſi rationes bona fide redderentur, plurimùm eam filio debere conſtiturum eſſet, facit tamen pupilli ſui conditionem deteriorem ſuperinducendo vitricum ante redditas rationes, id eſt ante plenam reliquorum exſolutionem. Id enim demum eſt rationes reddere, non tantùm eas edere computandas cum exhibitione inſtrumenrorum omnium ad eam rem pertinentium, ſed etiam reliqua ſoluere, *l. non ſolum noſtrum 8 §. is qui reddere, D. de liber. legat. l. cùm ſeruus 82. l. qui ſub conditione 111. D. de condit. & demonſtr.*

Planè non poſſum ferre quod Pragmaticis noſtris placere ſcio, vt legis Theodoſianæ pœna tanquam nimis dura, & vt loquuntur inhumana non eo vſque ſit extendenda, vt legitimam quoque portionem quæ matri in bonis filij quandocunque & quomodocunque defuncti debetur, matri auferat, quaſi non tam ſucceſſionis quàm ſpeciali & ſingulari quodam iure ac naturali ratione debeatur. Nam ſi legitima nihil aliud eſt, quàm portio eius, quod quis ab inteſtato habiturus eſſet, vt vulgo definiunt, & rectè ex *l. parentibus 8. & l. quæ nuper 31. C. de inoff. teſtam.* quænam legitima deberi poteſt ei, cui nulla penitus ſucceſſio debetur? Præſertim verò cùm parentibus non naturalis aliqua ratio ſucceſſionem liberorum deferat, ſed ſola ratio miſerationis contra votum parentum ipſorum & naturæ, vt loquitur Papin in *l. ſcripto 7. §. vlt. D. vnd. liber. l. nam etſi 15. D. de inoff. teſtam.* [*l. ſcripto 7. §. vlt D. vnd. liber.*] De quo quia iam ſatis multa ſcripſimus *in Chiliade noſtra, De error. pragmat.* plura nunc non dicemus. Hoc tantùm monebimus, ad excuſandam aut potiùs delendam matris culpam, minùs poſſe pupillarem ſubſtitutionem, quamuis ſit expreſſum teſtamentum filij, quàm ſi filius ipſe inteſtatus decederet, dummodò iam pubes factus. Pupillaris enim ſubſtitutio teſtamentum quidem eſt filij, vt diximus, adeóque expreſſum non tacitum, ſed tamen iudicium eſt patris non filij. Pater verò, qui matrem filio impuberi ſubſtituit, non potuit cogitare de matre, vel inuitanda ad eam iniuriam filio inferendam, vel excuſanda ne in in legis pœnam incurreret ob delictum, quod eo tempore nondum commiſiſſet. At cùm filius cui facta iniuria eſt decedit pubes, nullo facto teſtamento quod facere poterat, ſi hæreditatem ſuam ex ſenatuſconſulto ad matrem pertinere noluiſſet, hoc ipſo tacitè teſtari, matrémque ſuam hæredem inſtituere creditur, atque ita ſibi irrogatam iniuriam vltrò remittere, quia licèt non niſi tacitum filij teſtamentum ſit, ipſius tamen proprium iudicium eſt, eo tempore conceptum quo & iniuria iam irrogata remitti potuit, & de ea remittenda à beneuolo pióque filio cogitari.

ILLATIO IX.

De excuſatis à tutela non cogendis vt petant tutorem.

NOnò ex eodem Principio fit, vt qui qualitercumque dimiſſi ſunt per excuſationem à tutela, neceſſe non habeant petere pupillis tutorem, vt ait Seueri & Antonini Conſtitutio, *l. 2. §. vltim. qui pet. tutor.* [*l. 2. §. vlt. D. qui pet. tut.*] Ad eos enim qui legitimè ſunt excuſati nihil attinet an pupillus tutorem habet, nécne, pertinétque ad curam eorum qui deſiderabant dari tutorem hunc qui excuſatus eſt, vt alium in ipſius locum petant: Alioquin eſſet periculoſa & ipſi excuſato captioſa excuſationis admiſſio, ſi ob non petitum tutorem præſtare indemnitatem pupillo teneretur, nec in effectu excuſatus dici poſſet, qui ob hoc ipſum teneretur, quod ſe excuſaſſet. Q:id enim refert an teneatur ob id quod tutorem nullum petierit, an ob id quod ſe excuſauerit: cùm nec alia ratio neceſſitatem petendi tutoris attulerit, quàm quod fuerit hic excuſatus?

PRIN

Digitized by Google

PRINCIPIVM VI.

De poteſtate & prouidentia tutoris in rerum pupillarium adminiſtratione.

l. tutor 27. D. de admin. tutor.

TVtor qui tutelam gerit, *quantum ad prouidentiam pupillarem attinet domini loco habetur* : *l. tutor 27. D. de admin. & peric. tuto.* id eſt quantum ad ea quæ facienda ſint, vt pupillo prouideatur, ipſiúſque commodis conſulatur. Nam ſiquando in re pupilli malè verſetur, puta ſi quid ex bonis pupillaribus ſubripuerit & vendiderit, non nocet pupillo, ita vt nec emptori poſſit contingere vſucapio priuſquàm res redeat in ipſius pupilli poteſtatem, *l. qui fundum 7. §. ſi tutor D. pro empt.* vbi ratio elegans redditur, quia tutor in re pupilli tunc domini loco habetur, cùm tutelam adminiſtrat, non cùm pupillum ſpoliat. Ratio autem *Principij huius* pendet ex iis quæ diximus ad *Princip.* 1.

ILLATIO I.

De tutore in cuius poteſtatem rediit res pupilli furtiua.

EX hoc Principio illud primùm fit, vt qui tutelam gerit, tranſigere cum fure poſſit, ita vt ſi in poteſtatem ſuam redigat rem furtiuam, deſinat ea res furtiua eſſe, tanquam quæ in domini poteſtatem peruenerit, cùm tutor domini loco habeatur, inquit Iulianus in *l. interdum 56. §. penult. D. de furt.* vbi additur circa tutorem furioſi non aliud dicendum eſſe, quandoquidem adeò ille perſonam domini ſuſtinet, vt etiam tradendo rem furioſi alienare illam exiſtimetur.

ILLATIO II.

De tutore condicente rem pupilli à fure, & de curatore furioſi etiam condicente.

d. § pen l. 56. de furt.

SEcundò ex eodem Principio fit, quod ſequitur in *d. §. qui tutelam*, Tutorem pupilli ſui nomine, & curatorem furioſi poſſe rem furtiuam condicere, Nimirum quia condictio furtiua ſoli domino competit, *l. 1. D. de condict. furt.* Vnde eſt quod dici ſolet neminem condicere rem ſuam niſi à fure, *l. vlt. D. vſufr. quem adm. cau. §. ſic itaque, Inſt. de act.* Tutor autem itémque furioſi curator domini loco habentur. Aliud ergo erit in aliis curatoribus minorum. Illos enim dominorum loco non haberi certum eſt.

ILLATIO III.

De ſeruo qui obtemperauit tutori in iis, quæ non habent atrocitatem facinoris.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt in iis quæ atrocitatem facinoris & ſceleris non habent, ignoſcatur ſeruo qui obtemperauit tutori, quoniam & ignoſceretur ei ſi domino obtemperaſſet, *l. ſeruus 20. D. de obligat. & action. l. is qui in puteum 11. §. an ignoſcitur D. quod vi aut clam.* vbi tamen additur idem eſſe hac parte in curatore, quod in tutore: Non quaſi tantundem iuris habeat curator quantum tutor vt rerum minoris dominus dici poſſit, ſed quia licèt dominus non ſit, vice tamen domini eſt quod attinet ad minoris bonorum adminiſtrationem. Ob idque ſic locutus eſt Vlpianus vt diceret in *d. §. an ignoſcitur vel in his qui vice dominorum ſunt.* Nec in hoc tantùm, ſed & in aliis pleriſque ad bonorum adminiſtrationem pertinentibus, tutori ſimilis eſt curator, vt domini vice habeatur, vt in ſpecie *l. quoties 21 §. ſi tutor, D. de noxal. action.* vbi idem Vlp. ait ſi tutor vel curator ſit, & noxali actione quis experiatur contra pupillum vel adultum, debere tutorem ipſum vel curatorem iurare, ſeruum, qui noxam fecit, in poteſtate domini non eſſe: Cùm tamen ſi quis procurator eſſet, non ipſe, ſed dominus iurare deberet: vt intelligamus quod verum eſt, plus iuris habere etiam curatorem quàm procuratorem, licèt ex alia parte minus habeat quàm tutor.

ILLATIO IV.

De danda exceptione doli contra pupillum ex dolo tutoris.

QVartò ex eodẽ Principio fit, vt de dolo tutoris pupillo benè obiiciatur exceptio doli, *l. 4. §. illa etiam quæſtio, & § ſeq. D. de dolo mal. exc.* quia cùm tutor ſit dominus, non tam quid fecerit pupillus, qui vt plurimùm doli capax non eſt, quàm quid tutor ipſe, inſpiciendum eſt. *L. 4. § illa etiam quæſtio & ſeq. D. de dolo mal. exc.* Quamquam ſi quis ex hoc probare vellet tutorem dominum eſſe rerum pupillarium ob id quod tutoris dolus pupillo noceat, bona conſecutio non eſſet. Doli ſiquidem exceptio etiam alij poteſt opponi quam ei qui dolum ipſe admiſerit, dummodo ſit perſona illa quæ dolum fecit ex earum numero quarum dolus obeſt, vt ſcriptum eſt in *l. 2. §. 1. D. eod.* Inter eas verò perſonas non tantùm tutor enumeratur, ſed etiam curator, nec furioſi duntaxat, verùm etiam prodigi & minoris vigintique annis, vt ſubiicit Vlp. in *d. l. 4. § quæ de tutore.* Itaque quamuis maior ſit ratio, vt tutoris, quàm vt curatoris minorum dolus nocere debeat, idem tamen in omnibus iuris eſt.

Quod tamen dicimus tutoris dolum pupillo nocere debere, non ita ſimpliciter & indiſtinctè verum eſt, ſed eo demum caſu quo pupillus ex eo locupletior ſit factus, *l. ſed & dolo 15. D. de dolo. l. 3. D. quand. ex fact. tutor.* Locupletior autem factus intelligi debet, ſi tutorem eo nomine obligatum habeat iudicio tutelæ, & tutor ſoluendo ſit. Hoc enim caſu etiam de culpa tutoris nedum de dolo pupillus tenetur, *l. vlt. D. de admin. tutor.* Quòd ſi extrinſecus, id eſt extra tutelæ cauſam tutor aliquid dolo malo admiſerit, nihil id pupillo nocere debet, *l. 4. D. quand. ex fact. tut.* quia nec dominus eſſe intelligitur tutor in ea re. Sic dicimus, ob dolum malum vel culpam tutoris pupillum poſſeſſorem condemnandum eſſe, etiam quanti actor in litem iuraret, ſi modò rem à tutore pupillus ſeruare poſſit, *l. 1. eod. tit. quand. ex fact. tut.* Nempe quia cùm pupillus poſſeſſor eſt, tutor ipſe intelligitur eſſe dominus poſſeſſionis, & ideò tanquàm poſſidens ipſe dolo malo

præbet cauſam faciendæ contra pupillum condemnationi quanti actor in litem iurauerit. Sed de tota quæſtione iſta videnda, & tenenda ſunt ea quæ poſt hæc ſcripſimus *in Rationalibus*, ad *d. l. ſed ex dolo*.

ILLATIO V.

De tutore qui tutelam non gerit.

QVintò ex eodem Principio fit, vt qui tutelam non gerit, domini loco haberi non poſſit, quia necdum tutor eſt, licèt ab eo iuſſus ſit tutor eſſe qui iubendi ius habet, *l. qui iuſſus* 17. *D. de admi. tut.* vbi ſcribit Pomponius eum, qui iuſſus eſt ab illo, qui iubendi ius habet, tutelam gerere, ſi ceſſauerit, debere indemnem præſtare pupillum ex quo iuſſus eſt, non ex quo tutor eſſe cœpit.

Quod ita eſt accipiendum, vt eam indemnitatem præſtare pupillo debeat non directa tutelæ actione, ſed vtili tantùm: nec enim directa actio tutelæ poteſt eum tenere qui tutor non eſt, tutor verò non eſt qui non geſſit, *l. 4. §. ſed enim, D. rem pupill. ſal. fur.* vbi ex hoc infert Vlpianus, ſi tutor cauerit rem pupilli ſaluam fore, in eámque rem vt fieri ſolet fideiuſſores dederit, non aliter teneri actione ex ſtipulatu, neque ipſum neque fideiuſſores ipſius, quàm ſi tutelam ipſe geſſerit, ob ídque quod eſt valde ſingulare, compellendum eum vt adminiſtret, propterea vt ſtipulatione quoque iſta poſſit teneri: quamuis aliàs dici ſoleat neminem ad factum præcisè cogi quod fieri id nequeat citra vim & impreſſionem, ob ídque in locum obligationis facti ſuccedere eius quod intereſt præſtationem, *l. ſi quis ab alio* 13. *in fin. D. de re iudic. l. quoties* 81. *de ver. oblig.*

L. 4 § ſed enim, D. rem pupill. ſalu. fur.

Idque eſt quod ait Vlp in *l. 1. in princ. De adm. tutor.* ſolere cogi tutorem extra ordinem vt tutelam gerat, & adminiſtret. Cur verò extra ordinem? Nimirum quia in rem nulla actio prodita eſt aut eſſe poteſt. Præpoſterum enim eſſet dari actionem tutelæ contra eum, qui tutor non eſſet ad hoc vt tutor fieret. Cogeretur ergo tutor extraordinario imperio Prætoris, aut comminatione pœnarum, aut pignoribus captis, quomodo & cogi hæredes ſolent ad ſuſpectam hæreditatem adeundam. Neque tamen conſequens eſt, vt qui tutor eſſe iuſſus eſt, impunè ceſſet in tutela gerenda: Ceſſat enim ſuo periculo ex quo tempore ſcit ſe tutorem datum, niſi excuſationem quam habet alleget intra tempora præſtituta, *d. l. 1. §. t.* & vtili actione tenetur ad præſtandam pupillo indemnitatẽ, *d. l. 4. §. 1. rem pup. ſalu. fur.* Sufficit verò qualiterqualiter innotuiſſe tutori ſe tutorẽ eſſe, non vtique teſtatò eum conueniri. Nam etſi citra teſtationem ſcilicet vndecumque cognouit, nulla dubitatio eſt quin periculum ad ipſum reſpicere debeat: Planè ſi tutor neget ſe ſciuiſſe, pupillo incumbet onus probandi ſcientiam, *L. ita autem* 5. *§. vlt. cum l. ſeq. D. de admi. & peri. tut.* Indéque ratio dubitandi petenda eſt ad *l. qui tutor.* 18. *eo.* vbi Vlp. ait eum qui tutor negotia pupilli geſſit quamuis in nulla re pupillo autor fuerit, nihilominùs tutelæ iudicio teneri. Videbatur enim non teneri quaſi nihil geſſiſſet, qui nulla in re autoritatem pupillo præſtitiſſet Sed nihil prohibet, inquit Vlp. ita patrimonium pupilli compoſitum eſſe vt nihil gerere neceſſe ſit: in quo tutoris autoritas debeat interponi: poteſtque fieri vt aliis multis modis quàm præſtando autoritatem tutor tutelam gerat.

ILLATIO VI.

De pluribus tutoribus quorum alij geſſerunt, alij non geſſerunt ſuo ordine conueniendis.

AD hanc illationem illud etiam pertinet, quod dici ſolet, Pluribus datis tutoribus ſi quidam geſſerint, quidam non geſſerint, eos qui geſſerunt priore loco conueniendos eſſe, alios verò non niſi in ſubſidium, ſi ij qui geſſerunt non ſint ſoluendo, *l. 3. C. de diuid. tutel. l. 1. & 2. C. ſi tut. vel curat. non geſſer. l. 1. §. nunc tractemus D. de tutel. & ration. diſtr.* Nempe quoniam qui geſſerunt verè tutores fuerunt, qui verò non geſſerunt, tutores fuiſſe dici non poſſunt, nec alia ratione tenentur, quàm quia periculo ſuo ceſſauerint, Ne ſc. aliter poſito iure dicendum eſſet, ceſſaſſe illos periculo pupilli, quod porrò periculum nullum ſubeſt, quandiu pupillus indemnitatem conſequi poteſt ab aliis qui & vere tutores fuerint, & adhuc ſint ſoluendo. Vnde etiam eſt quod tutores, qui licèt à Prætore, alióve Magiſtratu dati fuerint, tutelam tamen adminiſtrare non poſſunt, ideò quòd alij adminiſtratio data ſit, honorarios appellare ſolemus, tanquam qui non tam reuera tutores ſint, quàm honoris cauſa tutores dicantur, *l. 3. §. cæteri, D. de adm. & peric. tutor.* *L. 3. § cæteri, D. de admin. & peric. tut.*

Qua de cauſa nec defuerunt qui putauerint ad honorarios iſtos periculum tutelæ non pertinere. Quo enim iure teneri poteſt qui tutor non eſſe intelligitur? Sed blandiuntur ſibi qui ſic putant, inquit Vlp. in *d. § cæteri*, Conſtat enim etiam honorarios tutores, excuſſis priùs facultatibus eius qui geſſerit, conueniri oportere, Dati ſiquidem ſunt quaſi obſeruatores actus eius, & cuſtodes, eiſque imputabitur quandoque cur ſi eum malè verſari videbant, ſuſpectum non fecerint. Aſſiduè igitur & rationem ab eo exigere illos oportet, & ſollicitè exquirere qualiter conuerſetur, & ſi pecunia ſit quæ deponi poſſit, curare vt deponatur ad prædiorum comparationem. Id ni faciant, tenentur, non tanquam tutores, nec proinde directa tutelæ actione, ſed vtili actione, quia ceſſauerint, nec rurſum quia ceſſauerint in gerendo, quomodo tenentur ij qui iuſſi ſunt gerere, ſed quia ceſſauerint in faciendo ſuſpecto tutore quem malè tutelam gerere ſciebant aut ſcire debebant.

Qua etiam ratione placet debitorem pupillarem ſoluentem tutori honorario liberari, non quaſi ſoluerit ei qui reuera tutor ſit, ſed quia ſoluit ei ad quem tutelæ periculum reſpicit, *l. quod ſi fortè* 14. *§. 1. D. de ſolut.* Hinc fit, vt ſi plures tutores vel curatores dati ſint, ratum haberi debeat etiam quod per vnum geſtum eſt, ſi modò ſolus ille ius habuerit gerendi, vt *ſequenti illatione* dicemus ex *l. 3. in princip. D. de admin. tutor.* Nam ſi ex pluribus tutoribus ille quid fecerit, vel autoritatem præſtiterit, cui adminiſtratio decreta non eſt, id ratum à Prætore haberi non debebit, *l. 4. D. de autor. tutor.* Ideóque tales tutores quibus adminiſtratio decreta non eſt, tanquam extraneos rectè à pupillo emere placet, *l. tutores* 6. *eod.*

Digitized by Google

ILLATIO VI.

De validitate eorum quæ geſta ſunt per vnum ex pluribus tutoribus.

L. 3. D. de adm. & peric. tuto.

SExtò ex eodem Principio fit, quod Vlpianus ſcribit in *d. l. 3. D. de admin. & peric. tutor.* Si plures curatores dati ſint (idem in pluribus tutoribus magis obtinet) ratum haberi debere etiam quod per vnum ex iis geſtum ſit. Ponimus enim geſtum eſſe ab eo qui habuerit ius gerendi, hoc eſt qui tutor vel curator datus fuerit ad hoc ipſum vt tutelam vel curam adminiſtraret. Cùm verò qui ſic tutor datus eſt, verè tutor ſit, & conſequenter domini loco habeatur, quídni rata debebunt haberi omnia per eum geſta? Quod enim alius quoque tutor vel curator ſit, qui eandem tutelam curámve pro ſuo iure ſimiliter gerat, non facit quin hic verè tutor ſit, & domini loco habendus, tùm etiam cùm ſolus eſt. Nec enim ideò plures tutores dantur vt in quocumque actu omnes conſentire neceſſe ſit, ſed vt tantò commodiùs per vnumque ex iis pupillo conſulatur, dummodò alius non contradicat, *l. conſilio 7 paragrapho vlt. D. de cur. fur.* Scilicet cùm agimus de tutoribus teſtamentariis, vel ex inquiſitione datis, ſecundùm iuris veteris diſtinctionem à Iuſtiniano relatam & ſublatam in *l. vlt. C. de autor. præſt.* de qua diximus in præcedentibus ſuo loco. Hoc ita, niſi ponas duobus pluribúſve ſimul tutelam gerendam permiſſam eſſe vel à parente, vel à contutoribus, vel à Magiſtratibus: nec enim hoc caſu quicquam vni ſine alio agere permittitur, *l. Titium 47. in fine. D. de admin. tutor.* Niſi quod ſi qua actio exercenda ſit, permittitur ſingulis agere, quia nimirum duo ſimul agere non poſſent, *l. decreto 24. §. 1. D. eod. de admin. tutor.* vbi ait Paulus hoc ipſum benignè receptum eſſe, quandoquidem ex ſtricta iuris ratione potiùs dicendum eſſet, neutri agere permittendum quàm vni ſoli, cùm ſit verum non eſſe illum tutorem ſine contutore, ius autem agendi nullum habeat niſi tanquam tutor. Hi contrarij ſunt tutores qui tutelam inter ſe diuidi voluerunt vt ſcilicet diſtribueretur inter eos tutelæ adminiſtratio ſiue in partes, ſiue in regiones. Hoc enim caſu ſingulis pro ſua parte & regione competit in ſolidum adminiſtratio, ita vt vnuſquique ſummoueatur ſi agere velit pro ea parte regione quam non adminiſtrat, *d. l. ſi plures 3. §. vlt. cum l. ſeq. eod. tit.* iunct. *l. Lucius 46. §. pen. ac fin. l. Titium 47. §. tutores, l. ſi duo 61. eod. ti. l. 2. C. ſi ex plurib. tutor. l. 2 C. de peric. tutor. l. 2. C. de diui. tute.* Quod & in curatoribus qui bonis dati ſunt obſeruatur, vt ſi per regiones conſtituti fuerint, debeat vnuſquiſque ſuam conſeruare, *l. 2. §. ſi plures, D. de curat. bon. dand.* Eáque dubitandi ratio erat ad *d. l. Titium 47. paragrapho vlt.* vbi ſcriptum eſt ſi tutor rerum Italicarum conuentus à creditore prouinciali vbi rem pupillus habuit ei ſoluerit, poſſum illum tutelæ iudicio id repudiare. Videbatur enim aptior in eam rem actio negotiorum geſtorum quàm tutelæ, cùm hic in ea ſolutione non tam tutoris quam amici officio functus exiſtimari poſſet. Verùm non ita eſt. Semper enim verum eſt, & tutorem eum fuiſſe, & pupilli negotium vtiliter geſſiſſe, quod non æquè geſturus fuerat ſi tutor non fuiſſet: cùm eo caſu conueniri à creditore non potuiſſet, ſoluerit autem ideò duntaxat quod à creditore fuerat conuentus. Quídni ergo tutelæ iudicio idipſum quod ſoluit reputabit?

ILLATIO VII.

De eo quem ex pluribus tutoribus tutelam gerere pater deſtinauit.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt ſi parens vel pater qui liberos in poteſtate habet, deſtinauerit teſtamento quis tutorũ tutelã gerat, ille ſolus tutelam gerere debeat, *d. l. 3. §. ſi parens, eod. tit. de admin. tuto.* Cùm enim lex 12. tab. patri poteſtatem fecerit tutoris dandi filio, iſque qui tutelam gerit magis verè ac propriè tutor ſit, quàm qui non gerit, conſequens eſt vt non minùs ſtandum ſit patris voluntati in eo quod pater iuſſit vt hic vel ille gereret, quàm in eo quod plures filio tutores nominauit. Vtrique enim rectè filio proſpexiſſe pater creditur, vt ſcriptum eſt in *d. §. ſi parens,* Vbi additur tantundem facere Prætorem, & de his quos parens deſtinauit ſuo teſtamento veriùs quàm dedit, id eſt, quos inutiliter dedit, quique ideò confirmandi ſunt à Prætore. Nam ſi parens declarauerit quem ex iis adminiſtrare velit, ſic eos omnes Prætor confirmabit, vt tamen ſolus ille adminiſtret, quem pater adminiſtrare iuſſit: cæteri verò tutores non niſi honorarij erunt. Quamuis autem ei potiſſimùm tutelam ſe commiſſurum Prætor dicat, cui teſtator delegauit, nonnumquam tamen ab hoc recedit, vtputa ſi pater minus penſo conſilio hoc fecerit, fortè minor 25. annis vel ſi eo tempore fecit quo tutor iſte frugi vel bonæ vitæ videbatur; deinde poſtea idem cœpit malè conuerſari ignorante teſtatore: vel ſi contemplatione facultatum eius res ei commiſſa eſt, quibus facultatibus poſtea fuerit exutus. Nam & ex his cauſis ſi vnum duntaxat tutorem pater dederit, nonnumquam ei adiunguntur curatores, ſi fortè tutoris perſona talis ſit cui tutelam ſoli committere, aut potiùs tutelæ adminiſtrationem periculoſum pupillo videatur. Quidni verò liceat Magiſtratui negligere interdum voluntatem patris, cum idipſum liceat etiam tutori, vt poſtea dicemus.

Itaque cùm quidam duos libertos ſuos tutores dediſſet, vnum rerum Italicarum, alium rerum Africanarum, placuit Impp. curatores eis adiungendos, nec patris ſecuti ſunt voluntatem, vt ſubiicit Vlp. in *d. l. 3. §. nam etſi.* Addens nec aliud in curatoribus obſeruandum, nimirum vt ſi plures teſtamento pater deſtinauerit (dare enim non poteſt) Prætor cum eos confirmabit, debeat obſeruare ne alij ex curatoribus detur adminiſtratio quam cui pater ipſe dedit, niſi cauſa aliqua iuſta ſit propter quam recedere debeat à patris voluntate. Sed etſi pater non declarauerit quis ex tutoribus vel curatoribus quos dedit vel deſtinauit, gerere debeat, Prætor tamen id agere ſolet vt per vnum tutela vel cura adminiſtretur, nec per multos ſpargatur, quia ad pupilli vtilitatem id pertinet, cum tutor vnus multo faciliùs actiones omnes pupilli nomine & exerceat & excipiat, vt idem Vlp. ait in *§. apparet, eiuſd. leg.* Quemadmodum enim pluralitas dominorum eandem rem in communi habentium nihil niſi materiam diſcordiarũ præſtare ſolet, *l. cum pater 77. §. dulciſſimis, De leg. 2.* quoniam in pari iure ſolet melior

§. apparet eiuſd. leg.

eſſe

eſſe conditio prohibentis, *l. in re communi 26. D. vrb. præd. l. Sabinus 28. D. comm. diuid.* Ita & pluralitas totorum qui in bonis pupillatibus dominorum iure cenſeantur, idem adferre ſolet incommodum, ſingulis id agentibus vt domini eſſe videantur. Hoc verò incommodum mèlius deuitari non poteſt, quàm ſi tum quoque cùm plures tutores, vel curatores ſiue dantur, ſiue confirmantur, vni tamen adminiſtranda totela, curàve concedatur, cum non tutor quilibet dominus videri poſſit, ſed ſolus ille qui tutelam gerit, vt Principium noſtrum habet. Nam neque ex alia re poteſt apertius dignoſci an quis ſit dominus, quam ſi de bonis de quibus agitur pro arbittio diſponat, *vulg. l. in re mandata 21. C. mandat. l. Iulianus 10. D. de curat. furioſ.* Vnde eſt quod ſuos hæredes non fieri dicimus, ſed exiſtere & apparere, quod Græci dicunt ἀναφαίνεσθαι, quia tametſi iam inde ab eo tempore quo pater viuit dominus eſſe intelligatur bonorum paternorum, indéque ſuus, non alienus hæres eſſe intelgitur, non priùs tamen id ita eſſe apparet, quam pater deceſſerit, quia nec prius habet liberam bonorum paternorum adminiſtrationem, *l. in ſuis 11. D. de liber. & poſt.*

L. Iulianus 19. D. de cur. furioſ.

Qoid ergo ſi cùm pater tutores plures teſtamento vtiliter dedit, quos proinde à Prætore confirmari nil neceſſe ſit, non tamen declarauerit à quo ex ipſis tutelam geri vellet? Is gerere debebit cui maior pars tutorum, tutelam, id eſt tutelæ adminiſtrationem decreuerit, *l. ſi nemo 19. §. 1. D. de teſt. tut §. 1. verſ. quòd ſi non fuerit, Inſt. de ſatiſ. tut d. l. 3 §. ſi non erit D. de adm. tut.* Prætor igitur inquit Vlp. iubebit tutores omnes conuocari, aut ſi non coibunt, aut coacti in vnum decernere nolent, Prætor ipſe cauſa cognita ſtatuet quis tutelam gerere debeat. Planè ſi non conſentiant tutores Prætori, ſed velint omnes gerere quia fidem non habent electo, nec pati volunt ſe fieri ſuccedaneos alieni periculi, dicendum eſt Prætorem eis permittere debere vt omnes gerant, *d. l. 3. §. pe. D. de adm. tut.* Iam enim diximus vno ex tutoribus ad gerendam tutelam electo, non eo minùs cæteros, periculo tutelæ manere obſtrictos tanquam tutores, quamois non niſi honorarios & in ſubſidium, *d. l. 3. §. cæteri.* Nemo autem dixerit alieni facti periculum ſubire quem debere, ſi ex proprio putet ſibi quæri poſſe ſecuritatem.

Solet tamen Prætor in hâc tutorum diſſenſione illum præferre, qui offert ſatiſdationem, ſiue teſtamentarij tutores proponantur, ſiue dati ex inquiſitione, vt edicto perpetuo cauetur, *l. 4. C. de tut. vel cur. qui ſat. non ded. l. teſtamento 17. D. de teſt. tut.* quamuis verba edicti ad teſtamentarios tantùm pertineant, *d. l. ſi nemo 19. §. 1. in fi.* Non quod poſſit vnos ex tutoribus ſiue teſtamentariis ſiue datiuis ſatis petere à collega ſuo, ſed vt audiendus ſit ſi offerat ei an ſatis accipere velit, an dare, *l. datiuus 9. D. rem pupill. ſalu. for.* Nec enim ſic Prætor edictum propoſuit, vt promiſerit datutum ſe adminiſtrationem ei, qui primus offerret ſatiſdationem, ſed omnibus tutoribus eandem conditionem delatam voluit, ſi & ipſi ſatiſdare vellent. Qui enim ſatiſdare parati ſunt, non debent excludi, alterius oblatione. Ac proinde oblata ab omnibus præſtitáque ſatiſdatione, omnes gerent. Qui verò contentus erit ſatis accipere, magis quàm dare & gerere, is ſecutus erit; *d. l. teſtamento.*

l. datiuus 3. D rem pup. ſalu. for.

Non omnimodo tamen is qui ſatiſdat præferendus eſt, etiamſi cæteri ſatiſdare nolint. Quid enim ſi ſuſpecta perſona ſit, vel turpis, cui tutela commiti non debeat, nec cum ſatiſdatione? Vel, quid ſi iam multa flagitia in tutela admiſit? Nonne magis repelli à tutela & reiici debet quàm ſolus adminiſtrare? E contrario finge illos qui ſatiſdare nolunt, benè probatos eſſe ac idoneos atque honeſtos tutores. Non temerè erunt repellendi ob id ſolùm quòd non ſatiſdent. Immò nec iubendi ſatiſdare *d. l. teſtamento §. 1.* cùm nec alia ratio vlla præterquàm vtilitatis pupilli moueat Prætorem, vt à tutore exigat ſatiſdationem. Duplex igitur cauſæ cognitio eſt, Alia ex perſona contutorum qui ſatiſdare nolunt, num fortè ſint eius exiſtimationis & honeſtatis, vt non facilè hanc ſatiſdationis contumeliam ſubire debeant, vt loquitur Vlp. in *d. l. teſtamento §. vlt.* Parum enim à contumelia diſtat exactio ſatiſdationis, quæ ſcilicet præſtari non ſolet niſi ab iis quorum vel ſuſpecta fides & probitas ſit, vel ſuſpectæ facultates, Adeò vt ipſe quoque fideiuſſor qui acceptus non eſt cùm eſſet idoneus, poſſit conqueri de iniuria ſibi facta, in eamque rem habere actionem iniuriarum vt Caius innuit in *l. ſi verè 5. §. 1. D. qui ſatiſd. cogant.* Ergo quod Prætoris edicto continetur, præferendos eſſe illos qui offerunt ſatiſdationem, ſic omnino accipiendum eſt ſi cætera omnia ſint paria. Quod ſi plures ſatisdare parati ſint, tunc idoneior præferendus eſt, vt & tutorum perſonæ inter ſe & fideiuſſorum comparentur, *l. quod ſi plures 18. eod. tit. D. teſtam. tutel.* videlicet ex dignitate, ex eo quod intereſt, vel ex ætate vel ex moribus, vel alia iuſta de cauſa. Vt & in ſpecie *l. ſi plures 16. D. de accuſat. & inſcript.* Quid igitur ſi nemo tutorum prouocet ad ſatiſdationem, ſed tamen exiſtat quidam non tutor qui vltro Prætorem adeat, & deſideret vt tutores ſatiſdent, aut ſi non dent, parato ſibi ſatiſdare tutela committatur. Non eſt audiendus. Nec enim aut extero committenda eſt tutela ſolo prætextu oblatæ ſatiſdationis, aot teſtamento dati tutores contra iuris rationem ſatiſdationis oneri ſubiiciendi ſunt, *d. l. ſi nemo 19. in princip.*

Obſeruatione tamen dignum illud eſt, in quo facilè quis erraret, geſtam videri tutelam non ab eo ſolo qui ſatiſdedit contutori vt ſolus poſſet adminiſtrare, ſed ab illo etiam qui ſatis accepit Rem pupilli ſaluam fore, multóque magis ab illo qui tutelam alij gerendam mandauit, *l. tres tutores 55. verſ. non ſolum D. de adm. & peric. tutor.* vbi additur non poſſe iſtos ſe defendere conſtitutionibus quæ iubent ante conueniri eum qui geſſit, *d. l. fin. C. de diuid. tutel. d. l. fin. C. ſi tut. non geſſer.* nimirum quod omnes geſſiſſe intelligantur. Geſſiſſe ſi quidem videtur is, qui attigit aliquid pupillare quantumcunque modicum, ita vt hoc caſu ceſſent partes eorum qui ſolent cogere ceſſantes vt adminiſtrent, *l. ita autem 5. §. geſſiſſe, eod. tit.* Atqui non poteſt negari quin pupillarem adminiſtrationem attigerit, qui tanquam contutor ſatis accepit à contutore ſuo vt pupillo ſibíque cautum eſſet, non minùs quàm ſi admioiſtrationem tutelæ partitus eſſet cum contutore, qui poſtea ſine bonis & ſine hærede deceſſiſſet. Videtur enim hic negotia omnia geſſiſſe hoc ipſo quod aliqua geſſit, cùm hoc ipſo ſe obligaoerit vt etiam alia gereret, ſaltem hactenus vt curaret pupillo cautum eſſe, *l. duo tutores 5. D. de magiſt. conuen.*

l. tres tutores 55. verſ. non ſolum, D. de adm. & peric. tutor.

Neque tamen his conſequens eſt, vt ſi ex pluribus tutoribus quidã geſſerint attingendo aliquid pupillare, quidam oon geſſerint ob ea quæ

gesta

Digitized by Google

geſta non ſunt debeant priores conueniri ij qui cætera geſſerunt. Nam immò verò in eo quod nemo geſſit, periculum eſt communiter omnium: nec aliter illud exigi oportet ab eo ſolo qui alia geſſit, quam ſi ſint talia quæ vel comſummationem inceptorum ab eo deſiderabant, vel ita fuerunt coniuncta vt non debuerint ſeparari, vt eleganter Tryphoninus tractat in *d. l. tres, ver. item in eo.* Videntur enim omnes tutores æqualiter eſſe in lata culpa ob ea quæ geſta non ſunt cùm geri debuiſſent, *d. l. vlt. C. ſi tut. vel cur. non geſſer.* In eo autem qui tutelam alij gerẽdam mandauit apertius eſt videri eum tutelã geſſiſſe. Quid enim refert an per ſe geſſerit an per aliũ? Nempe ſi geſta fuerit tutela ab eo cui mandatum eſt, eritque hoc caſu locus directæ actioni tutelæ, *d. l. ita autem 5. §. quòd ſi quis tutelam.* Sed ſi ad geſtionem non acceſſerit is cui mandatum fuerat vt gereret, ſicuti non poterit videri tutor geſſiſſe per eum qui ipſe nihil gerere voluit, ita fatendum erit non directa tutelæ actione conueniendum eum eſſe, ſed vtili, qua conueniuntur cæteri qui gerere debuerunt, & omnino non geſſerunt, *d. §. quòd ſi quis, & l. 4. § ſed enim, D. rem pupill. ſalu. for.* Alia ratio eſt eius qui poſteaquam cœpit gerere, tunc ſe geſtu abſtinuit. Is enim non ſolùm ſe non liberat, ſed etiam poſtulari poteſt tanquam ſuſpectus, *d. l. ita autem §. quod ſi poſteaquam. de adm. tut.*

d. l. tres tutores verſ. item in eo.

ILLATIO VIII.

De tutore non cogendo ſatiſdare ſi paratus ſit defendere pupillum.

OCtauò ex eodem Principio fit, vt ſufficiat tutoribus ad plenam defenſionem, ſiue ipſi iudicium ſuſcipiant, ſiue pupillis ipſis autoribus, id eſt, vt non ſint tutores cogendi cauere ſicut cæteri defenſores ſolent, *l. 1. §. ſufficit, eod. tit. De admin. tut. l. vlt. §. defenſionem, C. eod.* Ratio enim propter quam cæteri defenſores cauere tenentur, non alia eſt, quàm quia nemo alienæ litis defenſor idoneus eſſe intelligitur ſine ſatiſdatione, *l. qui proprio 46. §. qui alium, l. non videtur 53. D. de procurat.* adeò vt nec ſi filius, vel pater ſit, remittatur ei neceſſitas ſatiſdandi, *l. exigendi 12. C. eod. l. filiusfamilias 14. D. qui ſatiſd. coga.* nempe quia quiſquis rem alienam defendit, numquã locuples habetur, *l. qui rem alienam 166. iunct. l. in eo 100. §. 2 De reg. iur.* Atqui tutor qui tutelam gerit quomodo gerit proculdubio quiſquis tanquam tutor pupillum defendit, hoc ipſo quodeum defendit, domini loco eſt, vt Principiũ noſtrum habet. Ergo cùm magis ſuam quàm alienam litem defendere videatur, ſatiſdare cogendus non eſt. Igitur licentia erit tutoribus vtrum malint ipſi ſuſcipere iudicium, an pupillum exhibere, vt ipſis autoribus iudicium ſuſcipiatur. Intereſt tamen an pupillus fari poſſit, vel abſit, an non. Nam ſi vel abſit, vel fari non poſſit, ſupradictam electionem habere tutor non poteſt, cùm pupillus hic iudicium accipere etiam tutore autore non poſſit. Itaque tutorem ipſum pupilli nomine iudicium accipere neceſſe eſt, ſi verò ſupra ſeptimum ætatis annum ſit pupillus, idémque præſens, eo demum caſu ſupradicta electio habere locum poteſt. Quod quamquam ex ratione iuris verè dicitur, tamen neſcio quid diuerſum præ ſe ferre videntur verba Vlp. in *d. §. ſufficit*, Nimirum cogendum hoc poſteriore caſu tutorem vt autoritatem pupillo præſtet, nec ei permittendum etiamſi maximè velit, vt iudicium ſuſcipiat pro pupillo. Sic enim ſcriptum eſt, *Ita tamen vt pro his qui fari non poſſunt, vel abſint, ipſi tutores iudicium ſuſcipiant, pro his autem qui ſupra ſeptimum annum ætatis ſunt & praſto fuerint autoritatem præſtent.* Quo tamen admiſſo dici non poterit, quonam caſu tutor poſſit habere electionẽ, quam ei dat eadem lex in *verſ. licentia & ratio etiam ipſa iuris.* Quis enim dubitat licere tutori accipere iudicium pro pupillo ſine pupillo quamuis præſente ac infantiæ annos egreſſo? *l. pen. D. de aut tut.* Sicut & poteſt tutor pupilli nomine contrahere, perindeque dominium rei pupillaris in alium transferre, atque ſi pupillus ipſe tutore autore contraxiſſet, *l. 1. l. 5. §. ſi fundus & §. non paſſim. & tot. tit. D. de reb. eor. qui ſub tutel.* Iis enim ſolis pupillorum res diſtrahere denegatum eſt, qui neque tutores ſunt ipſo iure, neque curatores, ſed tantum pro tutore, vel pro curatore negotia gerunt, *l. qui neque 8 eo.* Quare nec dubitatur quin tutor ad vtilitatem pupilli ſicut nouare obligationem, ita & rem in iudicium deducere poſſit, adeo vt nec cogatur cauere pupillũ ratã rem habiturum niſi de hoc ipſo dubitetur an tutor ſit, vel adhuc duret tutor, vel denique an geſtus illi commiſſus ſit, ne aduerſarius ſcilicet decipiatur, *l. tutor. 2 t. cum l. ſeq. D. de admin. tut.* Quantò igitur magis licebit tutori ſuſcipere iudicium pro pupillo etiam præſente, nec amplius infante? Hoc enim ad tutoris officium multò magis pertinet, vt pupillum defendat & tueatur, vnde & tutoris nomen habet, quàm vt pro eo agat. Quidni ergo eandem adhibemus diſtinctionem agente tutore, vt non aliter poſſit ipſe agere ſine pupillo, quàm ſi pupillus, vel infans ſit, vel abſens, ſi ea diſtinctio adhibenda eſſet cum pupillus conuenitur? Sed & illud me valde monet quod ſequitur in *d. l. 1.* in adultorum cauſis licentiam eſſe agentibus, vel ipſum adultum præſentem in iudicium vocare, vt conſenſu curatoris conueniatur, vel contra curatorem agere, vt ipſe litem ſuſcipiat. Nam ſi in arbitrio & electione curatoris eſt, vtrum litem ſuſcipere velit ſolus pro minore etiam præſente, an verò minori vt litem ſuſcipiat autoritatem præſtare, quanto magis eam electionem habere tutor debet? An non enim magis domini loco habetur tutor quàm curator? quippe qui etiam in liberum pupilli caput habeat poteſtatem quàm curator nullam habet. Fateor in iis, quæ ad bonorum adminiſtrationem pertineat parum diſtare autoritatem curatoris ab autoritate tutoris; ſed quis vnquam ferat plus iuris habere curatorem quàm tutorem? Atqui habebit proculdubio plus iuris ſi præſente minore habeat electionem, quam non habet tutor præſente pupillo. Abſente verò minore tantundem iuris quantum tutor abſente pupillo, vt nimirum qui contra minorem vult litem inſtituere, contra curatorem agere omnimodo compellatur. Id enim eſt quod ſequitur in *d. l. 1. in abſentibus autem adultis omnimodo contra curatorem agendum.* Itaque, vt dicam quod ſentio, non dubito quin Triboniani ſit tota illa diſtinctio ab iis verbis, *Licentia igitur erit.* Nam & dictio hæc *licentia*, Triboniano familiariſſima eſt, vt ex Codicis Conſtitutionibus appareret, ac quamuis in pleriſque Pandectarum locis reperiatur, quoties tamen ea lego, toties Triboniani maoum vel detego vel ſuſpicor. Sed in propoſita quæſtione hoc amplius eſt quod Tribonianus more ſuo non tantum pugnat cum iuris

Tribonianiſmus apud Vlpianum in d. l. 1.

tatione,ſed etiam cum ſeipſo.Iuris rationem Vlpianus ſatis apertè expellerat primis illis verbis, *ſufficit tutoribus ad plenam defenſionem, ſiue ipſi iudicium ſuſcipiant, ſiue pupillus ipſis autoribus.* vt intelligeremus generaliter & indiſtinctè,id eſt ſiue pupillus infans ſit, ſiue infantiam egreſſus, ſiue abſens, ſiue præſens,dandam tutori electionem an iudicium ipſe malit ſuſcipere pupilli nomine,an pupillo autoritatem præſtare. Quamquam primus ille lapſus fuit Triboniani, quod exiſtimauit Vlp. ſupradictis verbis id agere, vt doceret tutorem iſtam habere electionem. Cùm tamen nihil minus cogitauerit Vlp. quàm vt id diceret quod nullam habere dubitationem poterat. Immò verò hoc vnum docere voluit, tutorem ſiue iudicium ſuſcipiat pro pupillo, ſiue autoritatem præſtet, defendere ipſum idoneè videri,nec eo magis cogi,vt præterea ſatiſdationem illam præſtet, quam cæteri defenſores præſtare ſolent, quod vel primum illud verbum *ſufficit* apertè ſignificabat,etiamſi non fuiſſet adiectum, *nec cogendi tum tutores cauere, vt cæteri defenſores ſolent*, quæ adiectio non nouam continet ſententiam,ſed præcedentis tantùm interpretatio quædam eſt. Quæ autem ſequitur illatio iis verbis, *licentia igitur erit vtrum malint ipſi ſuſcipere iudicium,an pupillum exhibere, vt ipſis autoribus iudicium ſuſcipiatur.* etſi vera eſt in ſe,tamen ab hoc quem fuiſſe diximus, Vlpiani ſenſu omnino eſt aliena, nec valde diſſimilis ei,quam ridiculè faceret is, qui ex reſcriptis illis pontificiis, quæ tam multa incip. *Ad aures*, inferre vellet Papam habere aures. Cùm verò ea illatio vera ſit, vt diximus, quæ arbitrio tutoris relinquit, an velit ipſe iudicium pro pupillo accipere, an ipſi pupillo accipienti autoritatem præſtare, Non poteſt fieri quin falſa ſit ſequens illa reſtrictio, *ita tamen vt pro his qui fari non poſſunt, vel abſint, ipſi tutores iudicium ſuſcipiant, pro iis autem qui ſupra ſeptimum annum ætatis ſunt, & præſto fuerint, autoritatem præſtent.* Deſtruit enim ſupraſcriptam Illationem, hoc ipſo quod facit vt nullus ſuperſit caſus in quo tutor habeat electionem, quæ præcedentibus verbis datur. Taceo quod ipſa conceptio verborum parum elegans eſt, variato etiam tempore, quod idem eſſe debebat in illis verbis, *non poſſunt vel abſint*: ſcribendum enim erat, *abſunt*, Item in ſequentibus illis, *ſunt & præſto fuerint.* Scribendum enim erat *& præſto ſunt.* At neque ſolent Iureconſulti pupillis qui fari nõ poſſunt opponere eos qui ſeptimum annum egreſſi ſunt, ſed ſimpliciter eos qui fari poſſunt ſine vlla certi temporis definitione, quod an poſſit quis fari necne, nõ ex certa ætate æſtimandum ſit,ſed ex re ipſa,quandoquidem alij citius, alij tardius loqui incipiunt. Nec in eo fuit neceſſe honeſtatis cauſa, ſiue qua alia ratione certam ætatem definire, quomodo neceſſe fuit in æſtimanda pubertate. Habitus enim ille corporis occultus eſt, nec ſine pudoris offenſa detegi poteſt. At cum quæritur an quis infans ſit necne, quid aliud quærere volumus, aut inſpicere, quàm verum loqui ſciat an neſciat? Quare & cùm dicimus pupillum qui fari poteſt, hæreditatem ſibi delatam adire poſſe tutore autore, *l. pupillus 9. D. de acq. hæred.* non de illo tantum intelligimus qui ſeptimum annum exceſſerit, ſed de illo etiam qui ſeptennio minor ſit, immo & ſexennio ſi modò loqui poſſit. Contra verò, quod dicimus patrem infanti filio bonorum poſſeſſionem accipere poſſe, *l. ſeruus 7. §. pen. D. de bo. poſſ. l. 1. D. de bon. poſſ. furioſ.* non puto verum

L. pupillus D. de acqu. hæred.

eſſe in filio, qui fari poſſit,licet ſeptimum annum nondum attigerit nedum compleuerit, quia neceſſitas nulla eſt, vt contra iuris regulas liceat patri pro filio petere bonorum poſſeſſionem,cùm infans ipſe cui delata fuit, eam petere poteſt. Adeò vt etiam pupillus habens tutorem, poſſit eam petere ſine tutore,dummodo ſciat iudex impuberis conditionem, *l. bonorum 7. C. qui admitt. ad bonor. poſſ* (quomodo accipienda videtur *d. l. 7. §. penult. de bonor. poſſ.*) cùm tamen plus iuris hac parte habuerit tutor quam pater, ſiquidem pater non niſi infanti filio bonorum poſſeſſionem petere poteſt, tutor verò pupillo petere poteſt; ſine vlla ætatis diſtinctione, *dict. l. bonorum.* Solam ſponſaliorum cauſam excipio. Cùm enim ſponſalia contrahantur per ſtipulationem, ob idque ſit neceſſarius duorum conſenſus,fieri nequit,vt ab eo cõtrahantur qui licet fari poſſit, nondum tamen intelligat quid agat, *l. in ſponſalibus 14. D. de ſponſ.* vbi tamen quod in fine additur, *id eſt ſi non ſint minores quam ſeptem annis*, mihi ſanè non minùs ſuſpectum eſt, ſapitque interpretationem Tribonianeam pugnantem ſcilicet cum eo ipſo textu ad quem adhibetur: Cùm eo nimirum quod in legis principio ſcriptum eſt, in ſponſalibus contrahendis ætatem contrahentium definitam non eſſe vt in matrimoniis: An non enim eſſet definita ſi ante ſeptimum annum contrahi ſponſalia non poſſent? Aut quo ſenſu poſſit quis dicere melius definitam eſſe ætatem in contrahendis matrimoniis? An fortè cogitur quis vxorem ducere ſtatim vbi compleuit decimumquartum annum? Aut quid aliud ſignificamus, cùm dicimus tempus pubertatis definitum eſſe contrahendis matrimoniis, niſi quod ante illam ætatem contrahi nuptiæ non poſſunt? Quidni ergo perinde dicere liceat certam ætatem definitam eſſe ſponſalibus contrahendis, ſi ius ita eſt, vt ante ſeptimum annum ſponſalia contrahi prohibeantur? Adde quod ſequitur in eadẽ lege in modum illationis, & rectè: *quapropter & à primordio ætatis ſponſalia effici poſſunt.* Quodnam enim primordium ætatis eſſe poteſt in quo contrahi poſſint ſponſalia, ſi non poſſunt ante ſeptimum annum completum? At cùm de bonorum poſſeſſione infantis nomine agnita ſecundum iuris rationem tractatur, infantem toti iuriſprudentiæ veteri dictum eſſe eum qui non loqueretur,non qui ſeptennio minor eſſet, conſtat apertiſſime ex *l. infantis 3. C. qui admitt. ad bonor. poſſ.* Primúſque Tribonianus fuit, meo iudicio qui eam infantis definitionem & interpretationem inuexit tam in reſponſa Prudentum, quam in Theodoſij & Valentiniani conſtitutionem in *l. ſi infanti 18. C. de iur. delib.*

L. in ſponſalibus 14. de ſponſal.

Sed redeamus ad *d. l. 1. D. de adm. tut*, Sequitur in *§. in cauſis, in fi. in abſentib. autem adultis omnimodo contra curatorem agendum*, vbi articulus *in* abundat. Erat enim multo elegantius dicere *abſentibus autem adultis.* Deeſt verò aliquid in ſequentibus: Nam ſi dicas quod ſtatim occurrit, ſupplendum eſſe tātùm verbum, *eſt*, vt plerumque fit, quomodo conſtrues, quod ſubiicitur in *§. vlt. non denegari autem.* Quid enim præcedit, aut ſequitur, ad quod infinitiuum illum referre poſſis? Sed id paſſim Triboniano vſuuenire videas, vt eius manum prodat mala grammatica nedum imperitia iuris. Denique quis vnquam dixit *proſpectu officij* quomodo ſcriptum eſt in *d. §. vlt.* pro eo quod dicere Tribonianus voluit *intuitu officij*, aut vt frequentius dicere ſolemus, *reſpectu officij.* At

nec

Digitized by Google

nec facilè credi poteſt ſcripturum fuiſſe Vlpianum *in iudicium vocare*, pro eo quod cæteri Iureconſulti ſolent dicere, & verba ipſa edicti habent *in ius vocare.* Manſit enim toto iure vetere perpetua differentia inter ius, & iudicium, ſicut & inter iudicem & ius dicentem: quam poſtea ſublatam ex Diocletiani & Maximiani conſtitutione in *d. l. 2. C. de ped. iud.* Tribonianus quantum in ipſo fuit paſſim deleuit, & id egit quoad potuit, ne qua eius differentiæ veſtigia ſupereſſent. Nec poſtremò placent mihi valde vltima illa legis verba, *vel eis hoc facientibus ſuum accommodare conſenſum.* Non enim ſolus tutoris, vel curatoris conſenſus ſufficit, vt iudicium à pupillo, vel adulto bene inſtitutum dici poſſit, ſed autoritas etiam neceſſaria eſt, quæ multò plus quàm conſenſus eſt, Autoritas pars eſt adminiſtrationis, atque expreſſa adprobatio tutoris, vel curatoris, vt definit Cuiacius in Paratitlis ad illum *tit. De autor. & conſenſ. tutor.* At conſenſus etiam tacitus plerumque eſt, potéſtque interuenire citra ſpeciem autoritatis. Præſtare autoritatem actus legitimus eſt, & ideò purè non conditionaliter interponi debet, vt pupilli contractus tametſi conditionalis confirmerit, *l. etſi 6. ill. tit. D. de autor. & conſen. tut.* iunct. *l. actus legitimi 77. De regul. iur.* At conſenſum præſtare quid priuatum eſt & extra legitimi actus cauſam. In ſumma tutoris autoritas, vel curatoris debet in ipſo negotio cùm fit, interuenire, vel ſtatim atque negotium perfectum eſt, non ante negotium, aut poſt tempus, itémque præſente tutore, vel curatore, non per epiſtolam, aut per nuncium, *l. obligari, 9. §. tutor, eod. tit. D. de autorit. & conſenſ. tutor. l. ſi quis mihi 25. §. iuſſum. D. de acquir. hered.* Cùm verò de conſenſu tantùm præſtandu agitur, etiam epiſtola & internuncius ſufficere poteſt, *d. §. iuſſum, l. cùm tabernam 34. §. 1. D. de pignor.* Verùm de his omnibus contra Tribonianum iam ſatis.

Differentia quæ eſt inter conſenſum & autoritatem.

ILLATIO IX.

De actione iudicati danda pupillo & in pupillum, non tutori neque contra tutorem.

NOnò ex eodem Principio fit, vt ſiue tutor pupilli nomine agens fecerit vt aduerſarius condemnaretur, ſiue fuerit ipſe condemnatus, & pupillo & in pupillum actio iudicati danda ſit, non tutori & in tutorem, *l. 2. D. de adminiſtr. tutor.* Cùm enim tutor non habeatur loco domini in rebus pupillaribus niſi quia tutor eſt, abſurdum ſanè eſſet tutori ipſi, aut in tutorem ipſum dari actionem iudicati proprio nomine: Quod addo, quia nec dubitandum eſt dari poſſe & tutori & in tutorem nomine tutorio. Dubitationem tamen illud faciebat, quòd abſurdum videbatur dari actionem iudicati ei, vel in eum cuius mentio nulla facta eſſet in iudicato, Præſertim cùm dici ſoleat a Noſtris ſententiam eſſe ſtricti iuris, vt ex ea neque actio, neque exceptio poſſit competere vltra quàm diſertè verbis ſententiæ comprehenſum ſit, *l. miles 6. §. 1. l. in ſententiis 59 in princip. & §. 1. & 2. D. de re iudic.* Sed reſpondendum eſt quod in perſona tutoris iudex ſtatuit, ſiue pro tutore, ſiue contra tutorem, perinde accipiendum eſſe pro pupillo, aut contra pupillum eſſe conſtitutum. Nec aliter poſito iure fieret iniuria tutoribus condemnatis, qui litem non apertè iniuſtam ſed dubiam pupilli nomine ſuſcipere ex officij neceſſitate coacti fuiſſent. Semper enim obſeruandum eſt, ne cui officium ſuum ſit damnoſum, *l. videlicet 28. D. ex quib. cauſ. maior. l. tutorem 22. D. de his quæ vt indign.* iunct. *l. poſt legatum 5. §. aduocatum, eod.* Et ob eam cauſam dicimus huic tutori ſuccurri, cùm iudicati actio non in eum, ſed in pupillum datur. Sic enim loquitur Scæuola in *l penult. D. quand. ex fact. tutor.* Nimirum quia ſtrictæ iuris rationi conuenientius erat, vt iudicati actio daretur in tutorem qui eſſet ipſe condemnatus. Ideò autem loquitur Scæuola de tutore qui infantem defendit, Non quaſi aliud ſit in eo qui pupillum infantiæ annos egreſſum defenderit, ſed quia longè dignior eſt tutor cui ſuccurratur ſi infantem quàm ſi maioris ætatis pupillum iudicio defenderit, cùm eo caſu quo pupillus infantiam egreſſus eſſet, imputari quodammodo tutori poſſet cur pupilli nomine iudicium ſuſcepiſſet, ac non potiùs pupillo ipſi iudicium proprio nomine accipiendi autor fuiſſet. Videtur enim ſe offerre liti tutor qui mauult ipſe pro pupillo iudicium accipere, quam pupillo, vt ipſe accipiat, autoritatem præſtare. In eum qui ſe liti obtulit, iudicati actio dari ſolet, *l. 4. D. de re iud.* Quod non ſimiliter obiici poteſt tutori, qui infantem defendit. Maximè ſi infantem intelligas eum non qui ſit minor ſeptennio, ſed qui fari non poſſit, quomodo interpretati ſumus in præcedente illatione. Idque eſt quod Vlpian. ait in *d. l. 2. & maximè ſi non ſe liti obtulit, ſed cùm non poſſet propter abſentiam pupilli, vel propter infantiam autor ei eſſe ad accipiendum iudicium.* Cæterùm quamuis fauorabilior ſit tutor qui coactus iudicium accepit pro pupillo, non tamen vſque adeò poteſt imputari ei qui pupillo autor fieri potuiſſet, vt idcirco debeat morari in damno, cùm tantò diligentiorem & fideliorem ſe exhibuerit, malens ipſe iudicium accipere quàm autoritatem præſtare. Et ob id generaliter & indiſtinctè ſequitur in *d. l. 2. & exinde multis reſcriptis declaratum eſt in pupillum dandam actionem iudicati ſemper tutore condemnato.* Vt non vna fortaſſe coniectura ſit dictionem illam *infantem*, quæ extat apud Scæuolam in *d. l. pen. D. quand. ex fact. tut.* irreptitiam eſſe, & à Triboniano ſubſtitutam pro dictione *pupillum*, quam & reponi mallem. Quid enim cauſæ eſt cur tractemus de infante ſi idem iuris eſt in pupillo quolibet, etiam qui infantiæ annos exceſſerit? Idque fiet probabilius ex iis quæ adnotauimus illatione ſuperiore. Sequitur apud Vlpianum in *d. l. 2. niſi abſtineatur, Tunc enim nec in tutorem, nec in pupillum, nec pignora tutoris capienda eſſe ſæpe reſcriptum eſt.* Pupillus namque ſiue abſtineat ipſe, ſiue à tutore abſtineatur (ſiquidem tutor etiam pupillum abſtinere dicitur, *l. cùm hæreditas 50. eod. tit. l. penult. D. de aut. tut.*) pro eo habetur ac ſi nunquam hæres fuiſſet, ſcilicet quod ad Prætorem attinet, *l. ſi filius 12. D. de interrog. in iur. fac.* Itaque cũ neque ipſe, neque ipſius nomine tutor iudicium acceperit, niſi iure hæredis, conſequens eſt, vt quamuis abſtineat pupillus, vel abſtineatur poſt rem iudicatam, nihilominus iudicati executio in eum dari non poſſit, *l. ex contractu 44. D. de re iudi. d. l. pen. D. de aut. tut.* Quò pertinet quod Papin. ſcribit in *l. vlt. D. ſi quis cautio.* Si tutor iudicio ſiſti promiſerit, & ſtipulationi non obtemperauerit & interea pupillus vel abſoluerit, vel mortem obierit, aut etiam abſtentus ſit hæreditate, denegandam

l. penult. D. quand. ex fact.

gandam

Digitized by Google

gandam ex ſtipulatn actionem, ſcilicet non minùs contra tutorem ipſum, quam contra pupillum. Nam & ipſius rei quæ petebatur, inquit, ſi tutor condemnatus fuerit, & eorum quid acciderit, iudicati actio in eum danda non erit. Ergo & ſi ſatiſdederit tutor, mox abſtinuerit pupillus, fideiuſſoribus quoque ipſius ſubueniri debebit. Quemadmodum dici ſolet, cùm pupillus poſt immixtionem ſe abſtinet, ſuccurrendum eſſe fideiuſſoribus ab eo datis ſi ex hæreditario contractu conueniantur, *l. ſi pupillus 89. D. de acquir. hered. d. l. 2. § amplius D. de admin. tut.* vbi additur, ſed & ſi pupillus non abſtinuit, quemadmodum ipſi tutori non eo minus ſuccurritur, ita & fideiuſſoribus eius ſubueniri, ne ex iudicato tutoris nomine conueniri poſſint, maximè ſi pro abſente pupillo, vel pro infante tutor ſatiſdedit. Quod tamen ſic intelligendum videtur ſi fideiuſſores à tutore dati ſint tanquam pro tutoris perſona ipſa, non pro pupillo. Qui enim pro pupillo interuenerunt licèt mandante tutore, fieri non poteſt vt non remaneant obligati quamdiu pupillus ipſe, & pupillus remanet, & obligatus. Alioqui ad quid vnquam prodeſſet datos a tutore fideiuſſores de iudicato ſoluendo: Planè ſi pupillo ipſi ſubueniatur ex aliqua cauſa iuſta cui fauor ætatis coniunctus ſit, non nego ipſius quoque fideiuſſoribus ſubueniri oportere, vt ſolent cætera beneficia omnia quæ debitoribus principalibus indulgentur, etiã colore ætatis, prodeſſe ipſorũ fideiuſſoribus, *l. 1. & 2. C. de fideiuſſ. minor.* Niſi proponas ob eam tantùm cauſam acceptos fideiuſſores, vt contra periculum reſtitutionis eſſet cautum creditori & contemplatione iuris prætorij, vt loquitur Papin. in *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. quod vulgo, D. de ſolut.* aut propter incertum ætatis ac reſtitutionis, vt idem Papin. ait in *l. ſi Titius 48. § 1. D. de fideiuſſor.*

ILLATIO X.

De tutore qui debuit patri pupilli, nec ſoluit.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt debitor patris qui tutelam filij adminiſtrauit, tutelæ iudicio teneatur etiam ob id quod patri debuit, *l. ita autem 5. §. debitor D. de admin. & peric. tutor.* Nempe quia cùm ſicuti cæterorum pupilli bonorum ita & actionum quas pupillus contra debitores ſuos habet dominus ſit, potuit ille & debuit à ſeipſo exigere ſicut & à cæteris debitoribus pupilli, ſibique debet imputare ſi non fecerit id, quod præter eum alius pupilli nomine facere non potuit. Nam generaliter quod aduerſus alium præſtare debuit pupillo ſuo, id aduerſus ſe quoque præſtare debet: fortaſſis & plus. Aduerſus alios enim experiri ſine actione non potuit, aduerſus ſe potuit, inquit eleganter Vlp. in *l. quoties 9. §. & generaliter, eod. tit.* Quod enim dici ſolet neminem poſſe agere ſine actione, *l. ſi pupilli 6. §. vlt. D. de nego. geſt.* ad hunc caſum non pertinet, in quo nihil aliud exigimus à tutore niſi vt pupilli rationibus ſoluat, quod ei debet, vt verò ſoluat nulla actio neceſſaria eſt, ſi modò bonam fidem præſtare velit, cùm actiones non niſi contra perfidos comparatæ ſint, eóſque iuris gentium violatores. *l. cùm amplius 84. §. ſi natura debet, de reg. iu.* Theoph. *in pr. tit. De act.* Quis verò & cui bonam fidem præſtare magis debet quàm tutor pupillo: Inde fit vt ſi ſub vſuris grauioribus patri pupilli pecuniam debuit quam ſint pupillares, nihil ſit quod ei imputetur, ſi ſoluerit. Etſi enim non fuit vtile pupillo eam pecuniam ſolui, quæ maiores vſuras pariebat quam quas ratio pupillaris, à tutore poſtmodum exactura ſit, quidni tamen licere tutori debuit ſoluere, ne grauioribus illis vſuris ſe oneraret? At ſi non ſoluit, cogendus eſt eas vſuras agnoſcere quas à ſe exigere debuit, *d. l. quoties 9. § ſed ſi ſub vſuris.* Quid verò ſi pupilli pater non debitorem ſuum, ſed eum pro quo fideiuſſit, tutorem dederit filio? Tutoris officio conueniet, vt cùm dies præſtandæ pecuniæ venerit creditori debitum ſoluat, *d. l. quoties §. ſi paterfamilias:* vbi ex hoc infertur, ſi ceſſante tutore pupillus ſuę tutelæ factus ſoluerit ex cauſa fideiuſſoria, non ſolùm mandati, ſed etiam tutelæ actione contra tutorem hoc nomine agi poſſe, propterea quod ei ſit imputandum cur pro ſe non ſoluerit. Sed ſi debitor in diem fuit iſte tutor, quibuſdam placuit diſtinguendum eſſe an is dies poſt tutelam finitam ſuperuenerit, an veró durante adhuc tutela: Vt priore caſu non veniat ea res in tutelæ iudicium, poſteriore verò in tutelæ iudicium omnimodo deuoluatur. Quæ diſtinctio apertam ſanè habet rationem? Cùm enim dies non niſi poſt finitam tutelam ſuperuenit, nemo dixit imputandum eſſe tutori cur non ſoluerit eo tempore quo tutor adhuc erat, cùm is qui in diem debitor eſt, totum tempus medium habeat liberum ad ſoluendum, *l. quod quis 50. de oblig. & act. l. qui hoc anno 42. De verb. oblig.* Ex eo igitur duntaxat tempore iam finita erat tutela. Ergo tutelæ actione conueniri eo nomine non poteſt, cum actio illa contra tutorem non ab alia competat, quàm ob ea quæ tutor vel geſſit, vel gerere debuit quaſi tutor, aut ſaltem occaſione tutelæ. E contrario ſi durante adhuc tutela dies venerit, quoniam ex eo tempore imputandum eſt tutori cur non ſoluerit, fatendum eſt omnimodo ex hac cauſa obſtringi eum iudicio tutelæ. Et tamen improbat hanc diſtinctionem Vlpianus diſtinguitque ipſe aliter, An ſcilicet tutor cœperit labi facultatibus, necne, vt ſi cœperit labi facultatibus, teneatur iudicio tutelæ, ſiue ante, ſiue poſt finitam tutelam dies obligationis venerit: ſi verò idoneus ſit, nihil veniat in tutelę iudicium, nec ſi durante adhuc tutela venerit dies Cuius diſtinctionis tota æquitas in eo conſiſtit, quod cum tutor ſoluendo eſt, parum intereſt pupilli an tutelæ actionem aduerſus tutorem habeat, an verò mandati. At cum ſoluendo eſſe deſiit, intereſt ſanè propter priuilegiũ quod actio tutelæ habet, non etiam actio mandati inter actiones perſonales: itémque propter fideiuſſores qui ſolent accipi, Rem pupilli ſaluam fore, ex cauſa ſcilicet tutelæ, non mandati. Verum non poſſum ego videre quænam vel iuris, vel æquitatis ratio hanc Vlpiani diſtinctionem tueatur. Quantumuis enim idoneus & ſoluendo ſit tutor, non ideò tamen pupillo auferenda eſt actio, quam ſuo iure habet contra tutoris fideiuſſores ob culpam quam in adminiſtranda tutela tutor admiſit ſi ante finitam tutelam debuerit ſoluere proprio creditori, vt à fideiuſſione pupillum liberaret nec ſoluerit. Noſtra enim valde intereſt plures habere debitores pluresque actiones tum etiam cum debitores omnes ſunt ſoluendo, *l. generaliter 28. C. de fideiuſſ.* Ex diuerſo autem tum quoque cùm tutor facultatibus labi cœpit, non debet ei vſque adeò faueri, vt actionem tutelæ habere debeat ob culpam quæ à tutore admiſſa non

l. ita autem 5. §. debitor D. de admin. tutor.

d. §. ſi pater familias.

Digitized by Google

non ſit, niſi finita iam tutela. Ita enim fit vt qui pupillo fauor indulgetur, vergat in diſpendium cæterorũ creditorũ tutoris contra quos actio mandati ſola pupillo competens, nullum, vel temporis, vel taciti pignoris priuilegium eſſet habitura; itémque in detrimentum fideiuſſorum tutelæ, contra quos nulla dari poſſet actio ex ea cauſa quæ induceret mandati, non tutelæ actionem. Quod vtrumque tam apertum eſt, vt non poſſit fieri mihi probabile Vlpianum contrà reſpondiſſe. Quare niſi me fallo, eſt etiam hic locus vnus ex iis quos Tribonianus corrupit, nec minus inſulsè quàm audacter. Illa enim verba à quibus Triboniani nota incipit, *Ego & hoc & ſuperius ita verum eſſe puto ſi facultatibus labi tutor cœpit. Cæterum ſi idoneus tutor fuit, nihil venire in tutelæ iudicio*, nullam interpretationem commodam admittunt, niſi quæ præcedentibus ex diametro repugnet, quantum ad priorem illum caſum quem initio diximus cùm dies ſoluendæ pecuniæ præterit priùs quàm tutela finiretur. Qui caſus procul dubio ſignificatur iis verbis, *& ſuperius*, Et tamen ſuperiore illo caſu dixerat Vlpianus officio tutoris conuenire, vt cùm dies ſoluendæ pecuniæ præterierit ſoluat creditori, ideóque nec dubitandum quin ex ea cauſa non ſolùm mandati, ſed etiam tutelæ teneatur. Addita etiam ratione, quod ei imputetur cur pro ſe nõ ſoluerit, nec adhibita illa diſtinctione, An idoneus poſtea manſerit, an factus ſit non ſoluendo. Quis ergo credat Vlpianum tam citò nulláque cogente ratione à ſeipſo diſſenſiſſe? In poſteriore ſpecie facilius poſſet hoc admitti, quia Vlpianus non tam ſuam quam aliorum ſententiam retuliſſe videbatur iis verbis, *quibuſdam videtur*. Quamquam nec illud poſſum videre quænam ſit hæc poſterior ſpecies ad quam accommodari velit Vlpianus eam diſtinctionem, Vtrùm ante an poſt finitam tutelam dies venerit, & in quo differat à priore. Nam ſi dicas, quod ipſe verborum contextus coget te dicere poſteriorem ſpeciem eſſe de tutore qui fuerit debitor in diem: Replicabo nec de alio priorem ſpeciem fuiſſe, vt conuincunt verba illa, *vt cum dies pecuniæ præterierit*, Niſi dicas poſſe videri diem pecuniæ præteriiſſe tum etiam cùm pecunia non in diem debita fuerat, ſed ſub conditione quæ fuerit impleta. Sed quamuis hoc verum ſit, quid tamen poteſt referre an debitum fuerit in diem certum, an ſub conditione quod ad hoc vt tutori qui ceſſauit in ſolutione, vel plus, vel minùs imputetur, Immò ſi verùm amamus, quid refert an purè tutor ab initio debuerit, an in diem qui durante tutela venerit, an ſub conditione quæ ante finitam tutelam extiterit? Aut ſi cùm tutor in diem certum debuit adhibenda eſt aliqua diſtinctio, ſiue prior illa, Vtrum dies ante, an poſt finitam tutelam venerit: ſiue poſterior, Vtrum tutor idoneus manſerit, an verò labi facultatibus cœperit; Quidni etiam diſtinctiones eaſdem adhibebimus cùm tutor debuit ſub conditione? Sanè quamuis admitterem verba, *cùm dies pecuniæ præterierit*, eum caſum comprehendere quo debitum contractum fuiſſet ſub conditione quæ extitiſſet, numquam tamen fatebor non etiam illum complecti quo tutor fuiſſet debitor in diem. Cùm ergo ſententia eſſet generalis & verbis generalibus concepta, nihil attinebat ſubiicere quaſi diuerſum quiddam & de quo nihildum dictum eſſet, *Quod ſi in diem debitor fuit iſte tutor*. Sed cùm vellet Tribonianus ſupra modum fauere tutori eiúſque fideiuſſoribus eo caſu quo non oportebat, quaſi nihil intereſſet pupilli, an tutelæ, an potiùs mandati iudicio ſuum conſequeretur à tutore qui ſoluendo eſſet, non animaduertit immò fieri pupillo iniuriam, cùm ex duabus actionibus quas ſuo iure contra tutorem habiturus erat altera ei auffertur, nec vlla contra tutoris fideiuſſores relinquitur, quantumuis debitor ſit ſoluendo. Cæterum ita ſenſiſſe Vlpianum & ſcripſiſſe vt quod iſte tutor alioqui iudicio mandati debiturus fuerat, in tutelæ iudicium deuolueretur, ex eo apparet quod ſtatim ſequitur in verſic. item ſi. *Item ſi temporali actione obligatus fuit tutor, dicendum eſt locum eſſe tutelæ iudicio vt perpetua actio ſit.* Etſi ad aliã ſpeciem hic verſiculus pertinet, in qua ſcilicet tutor fuerit debitor ipſius pupilli. Tota enim ferè hac lege id agit Vlp. vt oſtendat tutelæ iudicio teneri tutorem qui non fecit durante tutela quod facere debuit, Præſertim verò ſi ipſe pupilli debitor aut creditor fuit. Hodie nullus his quæſtionibus locus relinquitur, niſi in perſona matris & auiæ, quibus ſcilicet ſolis permiſſum eſt tutelam habere liberorum, etiam quorum ſint ipſæ debitrices vel creditrices, quod alij nulli licet, *Nouell. 94. Vt ſine prohib. matr. debitr. & creditr.*

Tribonianiſmus.

ILLATIO XI.

De tutore qui creditor fuit patris pupilli.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt ſicuti poteſt tutor & debet ſoluere pupillo quod ei debet, ita & exigere quod ſibi debetur ſi creditor fuit patris pupilli. Nam & ſibi ſoluere poteſt ſi modo pecunia fuit vnde ſolueret, Ait Vlp. in *d. l. quoties 9. §. ſicut autem*, Nempe quia cùm tutor ſit dominus pecuniarum vt & cæterarum rerum pupillarium nihil vetat quominùs ex iis poſſit ſibi ſoluere. Ipſa vtilitas pupilli exigit vt id facere debeat, ad hoc vt pupillo liberatio acquiratur. Finge enim debitam fuiſſe pecuniam tutori ſub grauioribus vſuris: Releuandus ab iis erit pupillus, quia tutor eum potuit liberare, ſicut aliis quoque ſoluere & potuiſſet & debuiſſet. Nec vtique neceſſe habet ſi conueniatur per iudicem ſoluere, idcircóque ſi mala cauſa pupillaris eſt, ſibi ipſi denunciare verum debet. Denique Imp. Antoninus cum patre ſuo reſcripſit, nec honoraria Aduocatis præſtita pupillo imputare tutores poſſe, ſi ſupernacaneam & temerariam litem inſtituiſſent, cùm conuenirentur à vero creditore, vt ſubiicit Vlpian. in *verſ. nec vtique*, vbi rationem & optimam & elegantem reddit, quia tutores bonam fidem agnoſcere non prohibentur, Immò iubentur, quia probus ac diligens paterfamilias quilibet idem faceret. Non tantùm autem ſibi ſoluere tutor poteſt, verùm etiam ſibi creditam pecuniam ſcribere, ſéque mutua pecunia obligare, ſibi mutuam datam proſcribendo, *§ non tantùm, d. l. quoties*. Cùm enim ad mutuum contrahendum nihil aliud exigatur, niſi vt per cauſam crediti pecunia ex mea fiat tua, *l. 2. §. appellata, D. de reb. cred.* tutor autem dominus ſit pecuniæ pupillaris, conſequens eſt vt Titius tutor Sempronij poſſit tanquam tutor & Sempronij nomine pecuniam credere ſibi ipſi tanquam Titio, atque ita duplicem perſonam ſuſtinere & mutuam dantis, & mutuũ accipientis.

d. l. quoties 9. § ſicut autem, D. de adminiſt.

ILLA

ILLATIO XII.

De vno ex pluribus tutoribus volente agere in contutorem.

L. cum plures 12. in princ. eod. tit. De admin. tut.

DVodecimò ex eodem Principio fit, vt cùm plures tutelam gerunt, nulli eorum in contutorem nomine pupilli actio dari debeat, *l. cùm plures 12. in princ. eod. tit.* quia cùm omnes ſint æquè domini, nemo ex iis plus iuris habere poteſt quam cæteri, quod tamē eſſet neceſſe vt aduerſus alios agere poſſet. Itaque cùm tutores duo poſt factam rerum pupillarium venditionem pecuniam inter ſe diuiſiſſent, & poſt eam diuiſionem alter eorum in exilium datus eſſet durāte tutela, deinde actore conſtituto contutor eius partem pupillaris pecuniæ ab eo actore petere vellet. Modeſtinus reſpondit in *l. ſine herede 42. §. vlt. eo. tit.* neque hoc etiam caſu permittendum contutori vt tutelæ actionem exerceat. Idque eſt quod Vlp. in *l. actus ſui 19. eod. tit.* actus ſui rationem contutori vel concuratori reddere compellendum non eſſe contutorem aut concuratorem, ſed niſi cum eo adminiſtrationem communicet, aut ſi non ex fide tutelam vel curam gerat, ſuſpectum eum poſtulari poſſe. Item quod Impp. in *l. 2. C. eod.* aduerſus adoleſcentis curatorem non poſſe collegas iudicium exercere quandiu communis adminiſtratio durat. Nam ſi adminiſtratio non duraret communis, aliud eſſet; nihilque prohiberet ei, qui tutor maneret, actionem dari contra eum qui tutor eſſe deſiiſſet. Ideóque Modeſtinus in *d. l. 42. § vlt* reſpondit aduerſus contutorem quamuis relegatum non poſſe iudicium exerceri, nempe quia relegatus non deſinit eſſe tutor, cùm neque libertatem amittat, neque ciuitatem.

ILLATIO XIII.

De tutore ſeruo pronunciato qui emerat ex pecunia pupilli.

L. circa 11. eod. tit.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit, quod ſcribit Vlp. in *l. circa 11. eo tit.* circa pupillum cuius tutor ſeruus erat pronunciatus, reſcriptum eſſe à D. Pio in iis rebus, quas ex pecunia pupilli ſeruus comparauerat, dominum non poſſe vti prærogatiua deductionis, hoc eſt non habere priuilegium vt ſi quid ei ſeruus debuit, in iis bonis præferatur. Quamuis dici ſoleat nullum priuilegium præponi patri vel domino poſſe, cùm ex perſona filij vel ſerui de peculio conueniuntur, *l. ex facto 52. D. de pecul.* Nimirum, quia in eo quod ſeruus hic geſſit tanquam tutor, non poteſt fieri vt habeatur pro ſeruo, cùm pro domino haberetur. Ergo hoc caſu res comparatæ ex pecunia pupilli, erunt pupilli, ſaltem quoadusque pleniſſimam indemnitatem ſit conſecutus: Nam & extantem pecuniam vindicare pupillus poſſet, & conſumptam condicere, ſi mutuò data non in prædiorum comparationem verſa fuiſſet, quia ius alienandi pecuniam pupillarem non habuit, qui verus tutor non fuit, *d. l. ex facto, verſ. planè.*

ILLATIO XIV.

De comprobandis omnibus iis quæ geſta ſunt à tutore bona fide.

DEcimoquartò ex eodem Principio fit, vt quæ bona fide à tutore geſta ſunt, rata haberi debeant etiam ex reſcriptis Traiani & Hadriani, ac ſi à pupillo ipſo geſta eſſent, aut tutor verus dominus fuiſſet, *d. l. cùm plures 12. §. 1. D. eod.* vbi ex hoc infert Paulus, pupillum non poſſe vindicare rem quam legitimè tutor diſtraxerit. Nam & inutile eſſet pupillis, inquit, ſi adminiſtratio tutorum non ſeruaretur, nemine alioqui futuro qui vel ab iis emere vel aliter cum ipſis contrahere vellet. Itaque vel ipſa pupillorum vtilitas ius hoc extorſit, quamuis prima facie pupillorum vtilitatem impugnare videatur. Magnum enim eſſet pupillorum incommodum ſi nemo cum tutoribus contrahere vellet, nemo accedere ad emptionem rerum pupillarium, nec ſi bona fide diſtraherentur, *l. aut prætor 7 alias, l. etſi ſine. § quæſitum, D. de min.* vbi ob hanc cauſam Vlp. monet Prætores, qui quotidie reſtituūt pupillos in integrum aduerſus venditionem rerum pupillarium, ſi forte ſuperueniat qui plus liceatur, vt circumſpectè id faciant, non temerè nec paſſim. Quod & in cæteris minoribus obſeruandum eſſe monet Paulus in *l. quod ſi minor 14. § 1. eod.* *Alioqui*, inquit, *quodammodo eis commercio interdicetur.* Nec intereſt an tutor ſoluendo ſit necne: quia ſi bona fide res geſta ſit, ſeruāda eſt; etiamſi tutor ſoluendo non ſit. Si verò mala fide ſeruanda non eſt, nec valet alienatio, vt maxime tutor ſit ſoluendo, *d. l. cùm plures, §. 1.* Vnde enim diuinare poteſt is qui cum tutore contrahit bona fide, an tutor ſoluendo ſit, an non? *l. 4. §. illa etiam quæſtio 23. D. de doli mal. except. l. 4. in fin. de euict.*

ILLATIO XV.

De tutore qui poſt finem tutelæ perſeuerauit in officio per errorem.

DEcimoquintò ex eodem Principio fit, vt tutores qui poſt finem tutelæ per errorem in officio durantes rerum adminiſtrationem retinuerunt, nominum paternorum periculum quæ poſt pubertatem adoleſcentis idonea fuerunt, præſtare cogendi non ſint, *l. tutores 39. D. de adminiſtr. tuto.* quia nimirum nec ſine actione agere potuerunt, *l. ſi pupilli 6. §. vlt. de negot. geſt. l. ſi quid poſſeſſor 31. §. pen. D. de petit. hered.* nec habere actionem poſt pubertatem, cùm pubertate deſierint eſſe tutores, & conſequenter domini rerum pupillarium. Dominum enim eſſe neceſſe eſt eum qui velit agere, cùm actio nihil aliud ſit quàm ius perſequendi in iudicio quod ſibi debetur, *l. nihil aliud 51. D. de oblig. & act.* Nec diſſimile eſt quod idem Papin. ſcribit in *§. tutores, d. l. tutores.* pupillo conſtituto pubere, ſi tutores litem appellationis inchoatam iuſſu Conſulum ob notitiam rei perfecerint, non ſubiici eos periculo culpæ ſi iudicatum perſecuti non fuerint, cùm neque perſequi potuerint qui ſcilicet tutores eſſe deſierunt.

L. tutores 39. D. de adm. tutor.

ILLA

Digitized by Google

ILLATIO XVI.

De nomine pupillari quod deſiit eſſe idoneum poſt mortem pupilli.

l. cum poſt mortem 43. in princ. eo. tit.

DEcimoſextò ex eodem Principio fit, vt cùm poſt mortem pupilli deſinit eſſe nomen idoneum, tutor periculo eximatur, *l. cùm poſt mortem, in princ. eod. tit.* Cùm enim alia ratio non ſit propter quam periculum nominum pupillarium ad tutorem pertineat, niſi quia ſit ipſe quodammodo dominus, periculum autem ad dominum ſpectare ſoleat, *l. qua fortuna 6. C. de pignor. act.* conſequens eſt vt ſicut morte pupilli finitur tutela, ita & finiatur dominium illud quod in bonis pupilli tutor non niſi tanquam tutor habuit. Quæ etiam ratio eſt reſponſi Scæuolæ in *l. Titium 47. §. Lucius, eod. tit. De admin. tut.* vbi cùm proponeretur Lucium Titium pecuniam mutuam à tutore accepiſſe, ac rem hereditariam pignori ei dediſſe, deinde poſt triēnium iam puberibus his quorum tutela adminiſtrata fuerat, fiſco adiudicata eſſe bona defuncti, quia mortem eius non eſſet vllus heres, reſpondit Scæuola id nomen nec à pupillo recuſari poſſe, nec ad tutorum onus pertinere, Non quia damnum ſubitò emergens in re pignorata non ſit tutori imputandum, vt voluit Bart. (nec enim ſubitò emerſiſſe damnum videri poſſet quod poſt triennium emerſiſſet) ſed quia deſierat hic eſſe tutor cùm pupilli cœpiſſent eſſe puberes. Dices, ſi bona eſſet hæc ratio, perinde fore conſequens vt fundorum etiam pupillarium periculum ad tutorem tanquam ad dominum pertineret, quod tamen non ita eſt. Sed reſpondeo aliam eſſe rationem fundorum, aliam actionum. Fundorum enim periculum ideò ad tutorem pertinere non poteſt, quia non eſt in tutoris poteſtate vt eos alienet ad hoc vt ſe periculò liberet, cùm non ſit tutor dominique loco vt diminuat patrimonium pupilli, ſed vt augeat potiùs & ex bona fide adminiſtret, *l. Lucius 46. §. vlt. de admin. tuto. l. tutor 35. D. de furt. l. qui fundum 7. §. ſi tutor, D. pro empt.* At actiones impunè extinguere tutor poteſt dummodo ita extinguat vt pro actione pecuniam pupillo acquirat, quod tunc facit cùm accipit ſolutionem, quia id ex pupilli vtilitate eſt, cuius proculdubio intereſt pecuniam exactam in patrimonio habere potiùs quàm actionem ad eam exigendam, *l. minor. 40. in princ. D. de minor.* Itaque ſi durante tutela nomen debitoris factum ſit minùs idoneum, probè imputari poteſt tutori cur id non exegerit, cùm potuerit exigere tanquam dominus, & conſequenter ad eum ſpectare debeat periculum tanquam ad dominum.

ILLATIO XVII.

De tutore qui pecuniam pupillarem ſuo nomine fœnerauit.

DEcimoſeptimò ex eodem Principio ſit, vt tutor qui pecuniam pupillarem ſuo nomine fœnerauit, nihil videatur feciſſe contra Conſtitutiones quæ prohibent tutori ne pecuniam pupillarem in ſuos vſus conuertat, *l. Lucius 46. §. tutorem, D. de admi. tut.* Nempe quia cùm tutor tanquam tutor ſit dominus rerum pupillarium,

nihil facit contra officij ſui rationem ſi pecuniam pupillarem quamuis ſuo nomine fœneret, ſiquidem non eo minùs ſalua ſunt pupillo nomina, ſi modò ſint integra & bene contracta, *l. cùm quæritur 16. eod.* Nec eo minùs videtur tutor negotium pupillo geſſiſſe quamuis ſuo nomine fœnerauerit, cùm hoc ipſo quod pecuniam pupillarem fœnerauit, oſtenderit ſe tutorio nomine agere. Quod verò ſibi ſtipulatus eſt, facere ſuo iure potuerit, tanquam qui dominus eſſet hoc ipſo quod tutor eſſet. Sanè in vſus ſuos pecuniam pupillarem conuertiſſe dici non poteſt qui eam ſibi fœnerauit, nec ſi animum ſibi non pupillo gerendi negotij habuiſſet, quoniam qui fœnerat conuertit pecuniam in nomen, non in vſum aliquem, quandoquidem transfert eam in accipientem nec facit ſuam: Ideóque nihil poteſt videri facere contra Conſtitutiones quæ prohibent ne tutor pupillarem pecuniam in ſuos vſus conuertat. Sed illud hic obſeruatione dignum eſt, quod neceſſariæ fuerunt eæ Conſtitutiones, non aliam ſcilicet ob cauſam, quàm quòd alioqui liceret impunè tutori id facere pro ſuo iure, quippe qui pecuniæ pupillaris perinde ac ſuæ dominus eſſe exiſtimetur.

ILLATIO XVIII.

De tutore qui putans ſe rectè à matre datum diſtraxit res pupillares.

DEcimooctauò ex eodem Principio ſit, vt ſi à matre datus teſtamento tutor cùm putaret ſe tutorem eſſe diſtraxerit bona materna & paterna pupillorum, & deceſſerit non ſoluendo, pupillum nihilominùs eas res ab emptoribus vindicare poſſe dicendum ſit, *l. Titium 47. §.* *l. Titium 47. § à matre, eod. tit.* *à matre, D. eod. tit. de admi. tut.* quia non poſſunt videri alienatæ à domino quæ fuerunt venditæ à non tutore. E contrario pone verum tutorem rerum & animalium pupilli venditionem feciſſe, ſed quædam animalia emptoribus pretium non ſoluentibus retinuiſſe, & apud ſe habuiſſe, eundémque rationibus pupilli pretium accepto tuliſſe, ex his animalibus aliquot nata eſſe, ſi pupillus poſtea pubes factus, ea vindicare velit, non erit audiendus, *l. tutor. rerum 56. D. eod.* Nempe quia verum eſt fuiſſe animalia iſta vendita à vero tutore, proindéque à domino, atque ita translatum dominium in emptores, quibus non ſoluentibus licuit tutori animalia quamuis vendita retinere, & quidem ſibi, cùm alioqui periculo ipſius futurum id fuiſſet, ſi emptores pretium numquam ſoluiſſent, quia imputari tutori potuiſſet cur cum talibus emptoribus contraxiſſet. Itaque ad hunc caſum non pertinet quod dici ſolet, tutorem lucrum facere ex tutela non debere, *l. qui negotiationem 58. in fine principij, eod.* facit enim non tanquam tutor, ſed tanquam is qui in iuſtorum emptorum locum fuerit ſubſtitutus.

ILLATIO XIX.

De neceſſitate autoritatis pupillo per tutorem præſtanda.

DEcimononò ex eodem Principio ſit, vt pupillus nihil poſſit facere ſine tutoris autoritate; non magis quàm alius quilibet extraneus

qui nihil omnino iuris in rebus pupillaribus haberet, Et è contrario, vt tutoris ſit autoritatem præſtare, id eſt, dicere ſe probare id quod agitur. Hoc enim eſt autorem fieri, *l. 3. & tot. tit. D. de autor. tut.* Nempe quia nemini permiſſum eſt vt inuito vel ignorante domino diſponat, Cùm hoc ipſum ſit eſſe dominum, liberam rei pro arbitrio tractandæ facultatem, habere, *l. in re mandata 21. C. mandat. l. in ſuis 11. D. de liber. & poſthum.* Igitur cùm tutor quantum ad prouidentiam pupillarem intelligatur dominus rerum pupillarium, non pupillus, conſequens eſt, vt nihil pupillus ex bonis ſuis adminiſtrare poſſit ſine tutore, poſſit verò tutor omnia etiam ſine pupillo.

ILLATIO XX.

De eo qui emit à pupillo ex autoritate tutoris tutelam non gerentis.

VIceſimò ex eodem Principio fit, vt ſi à pupillo plures habente tutores aliquid emerim, eo tutore autore qui tutelam non gerat, id eſt cui adminiſtratio tutelæ conceſſa non ſit, non magis dominus fieri poſſim rei pupillaris, quàm ſi emiſſem eo tutore autore qui iam à tutela remotus fuiſſet, *l. etſi pluribus 4. D. de autor. tutor.* quia nimirum non tutor quilibet pro domino habetur, ſed is demum qui tutelam gerit, vt diximus Illat. 6.

ILLATIO XXI.

De tutore volente rem pupillarem emere à pupillo.

VIceſimoprimò ex eodem Principio fit, vt rem pupillarem emere tutor non magis poſſit à pupillo quàm ſuam propriam, nec per ſe, nec per interpoſitam perſonam. Vtroque enim caſu fieret vt idem & venditoris & emptoris officio fungeretur, *l. pupillus 5. § item ipſe tutor, D. eod.* vbi tamen ſubiungit Vlp. ſi tutor hic habeat contutorem cuius autoritas ſufficere poſſit, hoc eſt qui & tutelam ipſe adminiſtret, & ſolus adminiſtrare non ſit prohibitus poſſe emere à pupillo adhibita iſtius contutoris autoritate, dummodo bona fide: Alioqui ſi mala fide emptio facta eſt, licèt autoritas eius contutoris interceſſerit, nullius momenti erit emptio, ita vt nec debeat prodeſſe ad vſucapionem, Niſi pupillus ætatis ſuæ factus comprobauerit emptionem. Tunc enim cõtractus valebit. Nihil autem intereſt an tutor ipſe per ſe emat, an per interpoſitam perſonam, Niſi quod hoc caſu apertius eſt eum mala fide rem gerere, qui alienam perſonam adhibet, vt callidiùs & obſcuriùs ſub adminiſtratione tutelæ pupillique vtilitate latenter ſua commoda iuuet, quemadmodum loquitur Tryphoninus in *l. non exiſtimo 54. De adm. & peric. tut.* Quid ergo ſi palam & publicè fiat venditio rei pupillaris, hoc eſt autoritate iudicis interueniente, vt fieri paſſim ſolet, ipſique tutori multò conſultius eſt, ne pupillus quandoque poſſit ei imputare multò pluris vendi rem potuiſſe ſi publicè diſtracta fuiſſet, An emere tutor poterit ſicut alius quilibet poſſet? Vtique [illegible] quid callidè fiat, & mala fide, Adeò vt [illegible] ſi poſteaquam emit palam dederit

L. pupillus 5. § item ipſe tutor. eod.

nomen alterius pro ſuo, non per fraudem, ſed ſimpliciter vt honeſtiores ſolent non pati nomina ſua inſtrumentis publicis inſcribi, *§. ſanè ſi ipſe, eiuſd. leg.* Et ratio diuerſitatis inter hunc caſum & ſuperiorem illa eſt, quod cùm palàm & publicè autoritate iudicis quid venditur, iudex ipſe vendere intelligitur eius nomine cuius res eſt, ob idque nihil prohibet quominùs tutor ſit emptor, qui hoc caſu venditor non eſt. Sicut euenit tunc etiam cùm creditor pupilli diſtrahit, vt æquè poſſit tutor ab eo emere bona fide. *§ ſed etſi creditor, eiuſd. leg.* At cùm tutor vendit, non poteſt emere, ſicut nec ipſe creditor cùm vendit iure creditoris emere pignus poteſt, ſiue per ſe ſiue per interpoſitam perſonam, *l. & qui ſub imagine 10. C. de diſtr. pign.* Sed etſi filius tutoris, vel quæ alia perſona iuri eius ſubiecta emerit, idem dicendum erit atque ſi ipſe emiſſet, *d. l. pupillus 5. in fin.* facilè enim fraudis conſilium initum creditur inter perſonas domeſticas & ſuſpectas, *l. data 27. C. de donat.*

ILLATIO XXII.

De tutore autoritatem præſtante in rem ſuam.

VIceſimoſecundò ex eodem Principio fit, vt tutor in rem ſuam pupillo autor fieri non poſſit, *l. quod dicimus 7. D. de aut. & conſenſ. tut.* non magis quàm cum ſeipſo contrahere, & agere de ea re cuius ipſe ſit dominus, Nimirum quoties per ſemet vel per ſubiectas perſonas acquireret ſibi ſtipulationem. Itaque nec filio ſuo, aut ſeruo contrahenti cum pupillo poterit ille autor fieri, nec rurſus ſi filius ſit tutor poterit autor eſſe pupillo in rem patris non magis quàm in rem ſuam, *d. l. quod dicimus 7. §. vlt.* quia ſicut perſona, ita & res patris & filij vna eadémque eſſe creditur, *l. in ſuis 11. De liber. & poſth. l. vlt. C. de impub. & aliis ſubſt.* iunct. *l. 1. vtr. & cùm quidam D. de autor. tutor.* Poteſt tamen tutor autoritatem ſuam accommodare pupillo adeunti hæreditatem ſui debitoris, licèt ita fiat vt pupillus debitor ſui tutoris efficiatur. Quia ratio prima autoritatis ea eſt vt pupillus hæres fiat: Per conſequentias verò & vbi hæres factus eſt contingit vt debitum ſubeat, quemadmodum ſubtiliter ratiocinatur Vlp. in *d. l. 1.* Attendendum autem eſt quod fit principaliter, non quod per conſequentias. *d. l. quod dicimus.*

L. 1. l. quod dicimus 7. eod. tit. D. autor. tut.

ILLATIO XXIII.

De autoritate ſtatim & in ipſo negotio vel incontinenti præſtanda.

VIceſimotertiò ex eodem Principio fit, vt tutor ſtatim in ipſo negotio præſens debeat autor fieri, h. e. vel tunc cùm negotium geritur, vel ſaltem incontinenti poſtquam perfectum negotium eſt, vt ſupra explicauimus: poſt tempus verò, aut per epiſtolam interpoſita eius autoritas nihil agat. *l. obligari 9. § tut. D. de aut. tut.* Nempe quia cùm negotium à pupillo geſtum vires accipiat ex autoritate tutoris perinde ac ſi tutor ſolus id geſſiſſet, non poteſt fieri vt videatur tutor geſſiſſe negotium, in quo gerendo non fuerit præſens.

Digitized by Google

præſens. In eóque minus iuris habet pupillus quàm alius quilibet diſponens etiam de re aliena. Sufficeret enim ſequi quandocunque domini ratihabitionem, vt contractus à non domino geſtus confirmaretur. Ratihabitio ſiquidem pertinet ad ea negotia quæ alius geſſit nomine ratum habentis. Atqui pupillus nihil geſſiſſe intelligitur, quia nullum negotium gerere poteſt ſine tutore, & quicquid facit ſine tutoris autoritate non tam pro malè facto quàm pro non facto habetur, cùm ea ætas ignoret etiam illa quæ videt, *l. in negotiis 5. D de reg. iur. l. 1. C. de falſ. monet.* Ergo quod pupillus ſine tutore geſſit ratum poſteà haberi à tutore non poteſt, ſed ex integro contractum iniri neceſſe eſt vel à tutore ſolo, vel à pupillo ex tutoris autoritate.

ILLATIO XXIV.

De tutoris autoritate præſtita, non exaudiente illo, qui contrahit cum pupillo.

Vigeſimoquartò ex eodem Principio fit, vt etiamſi tutoris autoritatem non exaudiat is qui cum pupillo contrahit, & tamen ſcriptis hoc adprobetur, nihilominùs rectè negotium geratur, Veluti ſi pupillo abſenti vendam aliquid aut locem per epiſtolam, & is tutoris autoritate conſentiat, *d. l. obligari, §. vlt.* quia vt conſenſus ex quo æſtimanda eſt venditio & locatio interueniſſe intelligatur, ſufficit vt eodem tempore & pupillus & tutor & conſenſerint, ille emendo vel conducendo, hic autoritatem præſtando. Nec eo minùs tutor domini loco habetur quod autoritatem eius non exaudiat is qui contrahit cum pupillo. At vt valeat eius autoritas nihil aliud exigitur, niſi quod domini loco habeatur: Dummodò illud etiam addas vt negotium, quod geritur intelligat. Neque enim multum intereſſet an abfuiſſet tutor cùm negotium contraheretur, an præſens ignoraſſet, quale eſſet quod contrahebatur, *l. non multum 14. eod. tit.* Sicut & nulla differentia eſt an non interueniat tutoris autoritas, an perperam adhibeatur, *l. 2. eo.*

d. l. obligari 9. §. vltim. de autor. tut.

ILLATIO XXV.

De tutore cæco autoritatem præſtante.

Vigeſimoquintò ex eodem Principio fit, vt etiamſi tutor cæcus factus ſit, autor tamen fieri poſſit, *l. etiamſi 16. D. eo. tit. de autor. tut.* Quamuis enim ex quo tempore cæcus factus eſt, deponere tutelam poſſit ſi velit, *l. poſt ſuſceptam 40. de excuſ. tut.* tamen quouſque depoſuerit tutor manet, ac proinde dominus. Illa tamen dubitandi ratio erat, quod non videretur hic poſſe tutelam adminiſtrare: ſolus autem tutor ille domini loco habeatur, qui tutelam adminiſtrat. Sed pertinet hoc ad excludendam eorum autoritatem qui vel adminiſtrandi ius nullum habent, vel cùm haberent adminiſtrare tamen numquam cœperunt, quos omnes ſuprà diximus, licèt reuera tutores ſint, tamen nec tutorum nec dominorum loco habendos eſſe quod ad præſtandam autoritatem. At is qui ſemel adminiſtrare cœpit, & vel minimum ex tutela attigit, licèt poſtea ceſſet adminiſtrare, non eò minùs remanet vetus tutor, dummodo ius adminiſtrationis retineat, quamuis inutile ob aliquod

L. etiamſi 16. eod.

impedimentum facti quod superuenerit. Pars tamen eſt adminiſtrationis eáque non minima præſtare autoritatem. Poteſt quidem patrimonium pupilli eſſe ita compoſitum vt nihil gerere neceſſe ſit in quo tutoris autoritas interponi debeat, *l. qui tutor. 37. de adm. tut.* Sed è contrario fieri nequit vt autoritas in aliquo vel minimo negotio interponatur quin hoc ipſo tutela adminiſtretur.

ILLATIO XXVI.

De impubere cui tacenti autoritatem præſtat tutor.

Vigeſimoſextò ex eodem Principio fit, vt impuberes tutore autore obligentur etiamſi taceant, puta mutuam pecuniam accipiendo ſi modò tutoris autoritas interponatur. Et ſimiliter ſi non debitam pecuniam acceperint, quãuis tacuerint, tamen interpoſita tutoris autoritas ſufficiet vt condictione teneantur, *l. impuberes 13. D. de autor. tuto.* Quid enim neceſſe eſt loqui pupillum cùm tutor ipſe ſit dominus?

ILLATIO XXVII.

De tutore actoris & rei præſtante autoritatem vtrique.

Vigeſimoſeptimò ex eodem Principio fit, vt ſi & accipientis & edentis iudicium idem tutor ſit, vtrique autor fieri poſſit, adeóque vna ſufficiat autoritas, dummodò facta eo animo vt ad vtrumque pertineat, *l. accipientis 15. eo. tit. De aut. tut.* quia cùm autoritas præſtetur à tutore tanquam à domino, ſicut vnus tantùm tutor eſt, ita vnus tantùm dominus, & conſequenter vna tantùm autoritas ſufficere poteſt, licèt Marcianus referat Pomponium de hoc dubitaſſe. Ratio autem dubitandi erat, quia ſi duo iſti vellent dare vnum procuratorem dumtaxat, non eſſet eis permittendum, quoniam res expediri non poteſt citra adiudicationes & condemnationes, *l. licèt 42. §. ſi plures, D. de procur.* vbi manifeſtum eſt pro *circa* legendum, *citra.* Cur ergo tutorem vnum habere poterunt, qui non poſſent habere vnum procuratorem? Sed diuerſitatis ratio eſt euidens, quia tutor nihil niſi autoritatem præſtat, quam pluribus præſtari nihil impedit, deinde iudicium ipſum reddi inter pupillos, & ex iis alij adiudicationem fieri, alium condemnari. At procurator ſaltem per conteſtationem fit dominus litis ita vt in ipſius non in conſtituentis perſonam concipienda ſit ſententia. Inde fit vt & actoris & rei procurator idem eſſe nullomodo poſſit.

L. accipientis 10. eod. tit.

ILLATIO XXVIII.

De non cogendo tutore vt autoritatem pupillo præſtet.

Vigeſimooctauò ex eodem Principio fit, vt ſi pupillo autor fieri tutor nolit, non debeat Prætor eum cogere, *l. ſi tutor 17. eo. tit. De autor. tut.* Cùm enim ea ſola ratio ius ei tribuat præſtandæ autoritatis, quòd ſit dominus, aut

Digitized by Google

ſaltem domini loco, an non fuerit iniquum cogi dominum id facere quod nolit? Et verò aut expedit pupillo autoritatem præſtari aut non expedit. Si non expedit, iniquiſſimum ſit cogi tutorem id facere quod ab vtilitatibus pupilli alienum eſſe videat, & propter quod futurum ſit vt aliquando tutelæ iudicio teneatur. Sin expedit, hoc vnum ſufficere pupillo debet, quod tutorem ſuum iudicio tutelæ obligatum habet ad hanc iacturam faciendam. Quo dilemmate Paulus vtitur in *d. l. ſi tutor.*

ILLATIO XXIX.

De non delegando tutore qui pupillo ſuo debeat, ipſo autore.

Viceſimonono ex eodem Principio fit, vt quamuis pupillus debitorem ſuum tutore autore delegare poſſit, ſi tamen tutor ipſe pupillo ſuo debeat, neque delegari tutor ipſe poſſit, neque procurator aduerſus eum dari tutore ipſo autore, quia futurum eſſet, vt autoritate ſua liberaretur, *l. poteſt 18. l. vlt. eod. tit. De autor. tut.* Iam autem ſuprà diximus tutorem pupillo autorem fieri in rem ſuam non poſſe, non magis quàm eiuſdem rei dominum eſſe & non eſſe. Nam quatenus autoritatem præſtat dominus eſſe intelligitur. Quatenus verò delegatur tanquam debitor pupilli, non poteſt videri dominus, ſed potiùs creditoris ſui quodammodo ſeruus. At vt in eodem negotio dominus & non dominus ſit, vel eſſe intelligatur, fieri nequit, non magis quàm vt debitor & creditor.

ILLATIO XXX.

De tutore dando ad præſtandam autoritatem in iis quæ ſolennitatem iuris deſiderant.

Trigeſimò ex eodem Principio fit, vt licèt curator etiam impoberi tutorem fortaſſe iam habenti dari poſſit, vt diximus in præcedentibus, tamen ad ea quæ ſolennitatem iuris deſiderant explicanda, tutore opus ſit ad præſtandam autoritatem, *l. curatorem 19. D. de autor. tutor.* Nempe quoniam actus illi ſolennes & legitimi, cùm per procuratorem expediri non poſſint, exigunt neceſſariò interuentum perſonæ, cuiuſmodi eſt manumiſſio, aditio hæreditatis, & alij ſimiles, de quibus in *l. actus legitimi 77. De regul. iur. l. cùm in vna 17. §. tutor, D. de appellat.* Curator autem licèt domini loco ſit, quod ad bonorum adminiſtrationem pertinet, in eóque tutori ſimillimus, tamen in perſonam ipſam ſiue impuberis, ſiue minoris, nullum ius habet; tantum abeſt, vt videri poſſit dominus pupilli, quomodo tutor quodammodo eſt, qui pupillum habet in poteſtate. Ideóque mirū non eſt quod ſcribit Modeſt. in *l. puberes 101. De ver. ſi. l.* puberes ſine curatoribus ſuis rectè obligari, cū obligatio ex facto perſonæ proficiſcatur.

L. curatorem 19. eod.

Nec eſt contrarium, quod minor habens curatorem, pupillo, & prodigo cui bonis interdictum eſt æquiparetur, *l. ſi curatorem 3. C. de in integ. reſtit. minor.* Id enim verè dicitur in iis tantùm quæ ad cauſam adminiſtrationis pertinent, vtputa ſi minor hic vendere aliquid velit ex iis bonis, etiam quorum alienatio alioquin ei permiſſa eſſet autore curatore. At vt ſe obliget ex ſtipulatu, vel quo alio modo qui ex bonorum ipſius adminiſtratione non proficiſcatur, extra cauſam adminiſtrationis eſt, ideóque non indiget in eam rem autoritate curatoris, vtputa ſi hæreditatem quantumuis damnoſam adire velit, atque ita ex quaſi contractu obligare ſe & creditoribus & legatarijs, *l. 3. §. vlt. cum l. ſeq. D. quib. ex cauſ. in poſſ. eat. l. ſi quis abſentes 5. §. hæres quoque, D. de oblig. & act.* Nemo enim dixerit prohiberi minorem quominus ſibi delatam hæreditatem adeat ſine curatoris autoritate. Si verò bona ſua velit vendere, vel locare, vel permutare, aut de ijs alio quolibet modo contrahere, non poteſt niſi curatore autore, quia hoc demum caſu verum eſt minorem, vel pro impubere, vel pro eo quem magiſtratus prodigum pronunciauerit habendum eſſe. Quæ diſtinctio ab Interpretibus noſtris non obſeruata, magnam ijs errandi occaſionem præbuit in ijs, quæ tractari ſolent circa in integrum reſtitutionem minorum habentium curatorem.

ILLATIO XXXI.

De autoritate præſtita per tutorem qui non adſignauit inſtrumentum.

Trigeſimoprimò ex eodem Principio fit, vt contractus à pupillo initi valeant, ſi tutoris autoritas interuenerit, licèt non adſignauerit inſtrumentum, *l. inter pupillos 20. eod. tit. De autor. tutor.* vbi cùm proponeretur factam paternæ hereditatis diuiſionem inter pupillos præſente tutore, ſed non adſignante, reſpondit Scæuola non idcirco minus diuiſioni ſtandum eſſe, quod tutor non adſignaſſet. Nam nec ſubſcriptio, nec alia ſcriptura vlla neceſſaria eſt vt valeat contractus, ſi modò conſtet ab eo initum eſſe qui fuerit dominus, aliterve habuerit ius contrahendi.

L. inter pupillos 20. D. de autor. tutor.

ILLATIO XXXII.

De poteſtate quam habet tutor abſtinendi pupillum, vel immiſcendi.

Trigeſimoſecundò ex eodem Principio fit, vt quamuis tutor non poſſit pupilli nomine adire hæreditatem pupillo delatam, poſſit tameo pupillum ſolus abſtinere aut immiſcere, quia nullam iuris ſolennitatem id deſiderat, cùm pupillus ſiue ſe immiſceat, ſiue abſtineat, ſit hæres patris ipſo iure; *l. 1. §. qui ſunt in poteſtate, De ſi quis omiſ. cauſ. teſt. l. cùm quaſi 30. §. ſed etſi ſuus, D. de fideic. libert.* Itaque pertinet ea res ad nudam adminiſtrationem bonorum pupilli, cùm bona paterna ſi pupillus ſe non abſtineat, ſint à tutore adminiſtranda tanquam pupillaris; ſi verò ſe abſtineat, hoc ipſo videantur quodammodo alienata. Quam ob cauſam non tantùm tutori hoc permittitur, ſed etiam curatori, quem toties diximus non minùs iuris habere quàm tutorem, in iis quæ circa bonorum adminiſtrationem verſantur, *l. pen. D. eod. De autor. tut.* vbi tractans Scæuola de pupillo qui defendente curatore condemnatus fuerat

ex

Digitized by Google

ex contractu patris, ponit datum ei poſtea curatorem, qui abſtinuerit ipſum à bonis patris, & quidem citra reſtitutionem in integrum iis ſolis verbis prolatis apud Cæſaris procuratorem. *Abſtineo pupillum.* vbi notandum eſt, datum pupillo curatorem, non quaſi tutor quo autore ſe immiſcuerat eum abſtinere non poſſet (poterat enim vt conſtat ex *l. ex contractu* 44. *D. de re iud.*) ſed quia finita erat tutela pubertate, vt ex eo colligi poteſt, quòd quem lex prius dixerat pupillum, ſubinde vocat adoſcentem, illis verbis, *quæſitum eſt an ſecundum hæc acta adoleſcens à bonis patris abſtentus ſit.* Priuilegium enim pupillaris ætatis illud eſt inter cætera, vt pupillus qui ſe immiſcuit etiam tutore autore, poſſit ſe poſtmodum abſtinere tutore autore, vel abſtineri à tutore, vel poſt pubertatem ſeipſum abſtinere ſine curatoris autoritate ſi nullum habeat curatorem, aut ſi habeat, interueniente curatoris autoritate, aut etiam ab ipſo curatore abſtineri. Nec enim inutilis eſt in eam rem autoritas curatoris, ſicut eſſet inutilis ad hæreditatem adeundam, Non ob id ſolum quòd abſtentionis actus non ſit ſolennis, & legitimus ſicut aditionis; ſed etiam quia paterna bona, quibus ſe pupillus immiſcet, vel à quibus abſtinet, cùm ſint ei iam ipſo iure acquiſita, ſunt pupillaria, ideóque ad tutoris, vel curatoris adminiſtrationem pertinent. Quæ verò nunquam fuerunt acquiſita, ea non poſſunt videri pupillaria, ob idque nec ratio vlla eſt cur in iis tutor, vel curator poſſit, aut debeat ſe interponere ſine pupillo, vel minore.

Cur ſufficiat autoritas curatoris ad pupillum abſtinendum, non etiã ad adeundam hæreditatem.

Planè ſi ſuus hæres iam pubes factus ſe immiſcuerit, non habet beneficium abſtinendi citra auxilium reſtitutionis, *l. neceſſariis* 57. *D. de acq. her.* quoniam in ea ætate iam creditur intelligere quid agat, licèt nondũ ſatis iudicij & conſilij habeat vt ea omnia præuidere poſſit, quæ deberet. Quod in pupillo diuerſum eſt, qui quoniam cùm acquirit ſibi hæreditatem, acquirendæ eius cauſam non intelligit, nec tutore autore permittendus eſſet ſibi eam acquirere, niſi hoc fauorabiliter ei præſtaretur, *l. pupillus* 9. *eod.*

Cæterùm hoc priuilegium quòd pupillo conceſſum eſſe diximus vt poſt immixtionem etiam tutore autore factam, poſſit & abſtinere & abſtineri; non vſque adeò finitur ipſius pubertate, vt prohibeatur eo tempore vti ſuo priuilegio, quia non tam illus tempus debet inſpici quo ſe vult abſtinere, quàm quo ſe immiſcuit. Et hæc nimirum ratio eſt propter quã in ſpecie *d. l. pen. De aut. tut* etiam curator abſtinet adoleſcentem, qui in pupillaribus annis immiſcuerat ſe tutore autore. Non eadem diſtinctio adhibetur ſi pupillus aut minor qui ſe abſtinuerat, ſubinde velit ſe immiſcere. Semper enim eum Prætor audiet, dummodò res ſit integra, id eſt dum ne bona hæreditaria iam vendita proponantur. Immò quod magis eſt, ſi nondum certus an velit abſtentionem reuocare, petat tempus ad deliberandũ, debet ei à Prætore indulgeri, *l. ſi quis ſuus* 8. *D. de iur. deliber.* Nec minùs puberi quàm impuberi; adeóque non minùs maiori vigintiquinque annis, quàm minori, ſi iuris veteris formam ſpectes à Iuſtiniano relatam in *l. vlt. C. de repud. vel abſtin. hæred.* Nempe quia vt ſolent Noſtri dicere, vnaquæque res de facili redit ad ſuam naturam; *l. ſi vnus* 27 *§. pactus ne peteret, in fin. D. de pact.* Cùmque ſuus hæres poſt abſtentionem quoque nihilominùs hæres remaneat, multò difficilius eſt, vt eum qui non tantùm ignorans & inuitus, ſed etiam ſponte per immixtionem hæredis nomen & iura nactus fuit, patiatur ſubinde abſtinere, quàm, vt poſt abſtentionem patiatur eum ſe immiſcere, ſiquidem qui poſt abſtentionem vult ſe immiſcere, petit duntaxat vt à Prætore habeatur pro tali qualis eſt, id eſt pro hærede, qualis re vera eſt, *l. cùm quaſi* 30. *§ ſed etſi ſuus D. de fideic. libert.* Qui verò poſt immixtionem vult abſtinere, petit vt pro tali habeatur qualis re vera non eſt, id eſt pro non hærede, *l. ſi filius* 12. *D. de interrog. in iur. faciend.* Iuſtiniano tamen placuit corrigere hac parte ius vetus, vt qui maior iam vigintiquinque annis ſe abſtinuit non niſi intra triennium mutare conſilium poſſit, & ſe immiſcere: Qui autem in minori ætate ſe abſtinuit, quoniam aduerſus eam abſtentionem reſtitui poteſt, *tot. tit. C. ſi min. ab hæred. ſe abſtin.* habet quadriennium illud quod Iuſtinianus vice veteris illius anni vtilis ſubſtituit ad petendam reſtitutionem, & poſt quadriennium rurſus triennium, *l. vlt. C. de repud. vel abſtin. hæred.* vbi tamen valde impropriè Iuſtin. tractans de ſuis hæredibus vtitur verbis *aditionis, & abdicationis*, quæ extraneis tantùm conueniunt, pro ea quam Iureconſulti perpetuò vocant *immixtionem, & abſtenſionem.*

d. l. vlt. C. de repud. vel abſtin. hæred.

Sanè in eo Iuſtinianus confirmauit ius vetus, quòd ſi poſt abſtentionem venditæ ſint res hæreditariæ, non permittitur ei qui ſe abſtinuit vt ſe immiſceat, quoniam ſcilicet id fieri non poſſet citra iniuriam emptorum, & conſequenter Prætoris, cuius autoritate emptores decepti eſſent. Hoc ipſo enim reperirentur bona vendita nullo iure ac citra voluntatem eius, qui non poteſt nunc haberi pro hærede, quin per totum tempus præteritum ex mortis die talis fuiſſe retrofingatur. Fuerunt quippe vendita tanquam bona debitoris defuncti ſine hærede, quæ tamen ſi filius poſt eam venditionem ſe immiſceret, bona hæredis fuiſſe appareret, ac proinde eiuſmodi, quæ non niſi ab hærede, aut ſaltem ex eius voluntate vendi potuiſſent. Nulla igitur ratio eſt cur poſt abſtentionem quam ſecuta ſit, vt ſequi ſolet venditio bonorum (quid enim aliud facere poſſint creditores, vbi filius abſtinuit qui non habuit ſubſtitutum, niſi vt petant mitti ſe in poſſeſſionem bonorum, eáque diſtrahi curent, *l. paterfamilias* 18. *De reb. aut. iudic. poſſid.*) liceat ſuo hæredi ſe immiſcere, aut ius deliberandi à Prætore impetrare, *d. l. ſi quis ſuus* 9. *D. de iur. delib.* Quod poſtremum etiam difficilius eſt, quia ius deliberandi non ſolo Prætoris edicto conceditur, ſed decreto opus eſt, & cauſæ cognitione per Prætorem interponenda, quia tempus ad deliberandum edicti verbis nullum certum præſtitutum eſt, *l. 1. 2. & 3. eod. t.* Prætor autem numquam patietur derogari venditionibus ſe autore factis. At ius ſe immiſcendi, vel abſtinendi, ex ſolo Prætoris edicto eſt, neque decretum vllum requirit.

ILLATIO XXXIII.

De vtili actione regulariter non acquirenda pupillo per tutorem.

TRigeſimotertiò ex eodem Principio fit, vt nec per tutorem actio vtilis pupillo regulariter acquiratur, id niſi ex certis cauſis, vt loquuntur Impp. in *l. vlt. C. quãd. ex fact. tut.* Præpo-

ſterum enim eſt, vt acquiratur nobis actio per eum in cuius poteſtate ſumus, & qui ipſe ſit dominus; cùm è contrario per ſeruos, aut filiosfamilias, dominis aut patribus acquiratur, *tit. Per quas perſon. oblig. nob. acquir. l. placet 79. D. de acqui. hered.* Itaque ſi tutor nomine pupilli pignus dederit vel acceperit, pignoratitiam actionem ſoluto poſteà debito neque exercebit, neque excipiet pupillus, ſed tutor, *l. ſolutum 11. §. penult. D. de pigner. act.* vbi alia etiam huius ſententiæ ratio redditur, quòd per liberam perſonam nihil præter poſſeſſionem acquiri nobis poſſit, *l. 1. C. per quas perſon. nob. acq. l. 1. & l. per procuratorem 8. C. de acquir. poſſ.*

Certi tamen caſus ſunt, in quibus vtilis actio ex contractu tutoris acquiri pupillo poteſt, Vtpotà ſi tutor fuerit ſtipulatus ipſi pupillo ſolui. Hoc enim vtilitatis cauſa receptum eſt, *l. eum qui 5. § penult. D. de conſt pecun.* ad vitandum ſcilicet illum circuitum actionum cedendarum, quem alioqui neceſſe eſſet induci, cùm non poſſet recuſare tutor, quominùs actionem, quam ſibi ex propria ſtipulatione quæſiiſſet pupilli negotia gerens, pupillo præſtaret, vt accidit & in alio quolibet aliena negotia adminiſtrante, *l. poſſeſſio 49. §. vlt. D. de acq. poſſeſſ. iunct. l. dominus 53. D. de condict. indeb. l. in creditore 38. D. de euict. l. quod debetur 51 in fin. D. de pecul.*

l. 2. C quand. ex fact. tut. l. ſi hi qui 4. eod.

Alius caſus eſt, ſi tutor pecuniam pupillarem crediderit, eámque ſibi reddi ſtipulatus ſit, Nam & hoc caſu actio vtilis pupillo acquiritur, *l. 2. C. quand. ex fact. tut.* Itémque ſi tutor pupillarem fundum quamuis ſuo nomine locauerit, *l. ſi hi qui 4. eod.* Nempe quia his caſibus ex re pupilli proficiſcitur obligatio, Atqui etiam per procuratorem acquiritur nobis actio, ſi procurator ex re noſtra dummodo non refragante mandato aliquid ſtipuletur, vel aliter acquirat, *d. l. 2. C. per quas perſon. nob. acquir. l. quod procurator 68. D. de procurat.* Quantò magis igitur per tutorem? Multò enim maior coniunctio eſt inter tutorem & pupillum, quàm inter dominum & procuratorem, longéque plus iuris habet tutor, vt poſſit acquirere pupillo, quàm procurator vt poſſit acquirere domino.

Idque etiam eſt quod Vlpianus ſcribit in *l. 2. D. quand. ex fact. tutor.* Si tutor vel curator pecunia eius, cuius negotia adminiſtrat, mutua data, ipſe ſtipulatus fuerit, vel prædia in nomen ſuum emerit, vtilem actionem dari ei cuius pecunia fuit, ſiue pupillus ille ſit, ſiue adultus, ad rem vindicandam, vel ad mutuam pecuniam exigendam. Quibus verbis oſtendit manifeſtè, neque tutorem à curatore in hoc differre, neque pupillum ab adulto, quia vt iam ſæpius monuimus in iis, quæ ad cauſam adminiſtrationis pertinent, parum aut nihil diſtat curator à tutore.

In quo errare vulgo Noſtros video, qui priuilegium hoc pupilli eſſe putant, vt rem ex nummis ſuis emptam ab alio quamuis proprio ementis nomine, poſſit tamen quaſi ſuam vindicare. Quam ſententiam falſam eſſe ex eo quoque intelligimus quod pupilli priuilegium eſt, vt hoc caſu habeat tacitam hypothecam, *l. idémque 7. D. qui pot. in pign. hab. l. 3. in prin. D. de reb. eor. qui ſub tutel. vel cur. ſunt.* quod vtique conſtitui non potuiſſet, ſi rei dominium ei acquireretur, cùm nemo in re propria ius pignoris habere poſſit, *l. neque pignus 45. De regul. iur.* Fateor non idem priuilegium minori datum eſſe, vt ex eius nummis empta res ſit ei obligata. Nam de pupillo duntaxat ſupradicti loci loquuntur. Sed tamen ſi curator minoris ille ſit, qui ex eiuſdem minoris pecunia quid emiſſe proponatur, dico non minùs iuris habere minorem quam pupillum, vt electio ei danda ſit vtrum malit in emptione ſibi geſtum eſſe negotium à curatore, an potius pecuniam in curatoris vſus conuerſam ab eo cum legitimis vſuris recipere, *d. l. 1. C. arbitr. tutel.* Nam prout ipſe elegerit, debet iudex qui de tutela, vel cura cognoſcit, partes ſuas exhibere, vt ait *d. l. 3.* Atque ita nihil intereſt tutoris, aut curatoris, an pupillus, vel adultus agat contra ſe tutelæ, vel curæ iudicio, an vtili rei vindicatione, tametſi ſit ſoluendo, cùm neceſſe ſit omnimodo præſtari ab eo indemnitatem, poſſitque tutori & curatori obiici, cur pupilli, vel minoris pecuniam contra conſtitutiones in ſuos vſus conuerterint, *l. Lucius 46. §. tutorem, D. de adm. tut.* Quod nō ſimiliter aliis obiici poteſt, quibus licèt poſſet imputari cur pecuniam pupillarem ſubripuiſſent, non æquè tamen cur ex ea fundum, aut quid aliud ſibi proprio nomine comparaſſent, cùm id quod pecunia furtiua, vel aliena comparatur, non magis furtiuum vel alienum ſit, quàm furtiuus eſt nummus, qui ex rei furtiuæ venditione redigitur, *l. qui vas 48. §. vlt. D. de furt l. qui aliena 8. C. ſi quis alter. vel ſib.* Igitur extra hunc caſum, id eſt, ſi nec tutor, nec curator ſit is, qui ex pupilli, vel minoris pecunia rem aliquam comparat, aut ſi tutor quidem vel curator ſit, ſed pecuniam ſuam eſſe putet, aliquáve ratione adiuuetur, ne poſſit dici pecuniam minoris ſui aduerſus Conſtitutiones in ſuos vſus fœneraſſe, nō erit dãda pupillo vel minori vtilis rei emptæ vindicatio, nec ſi ſoluendo non ſit ille, qui in cauſam emptionis pecuniã iſtã conuertit.

Sed etſi tutor, vel curator, cui emptionis tempore potuit imputari cur pecuniam in ſuos vſus conuerterit, eam rem alij vendiderit ementi bona fide, non facilè puto permittendum pupillo, vel minori, vt vindicare rem poſſit, nec vt quam electionem eſſet habiturus contra tutorem, vel curatorem poſſidentem, eandem exerceat contra bonæ fidei emptorem, cui nihil poteſt imputari, & quem negari non poteſt à vero domino emiſſe: quandoquidem, ſi tutor, vel curator qui ſibi emit, non eſſet factus verus dominus, danda eſſet pupillo, vel minori directa rei vindicatio, quam tamen apertiſſime Vlp. denegat, cùm vtilem tantùm concedit. Tunc ergo duntaxat audiendus erit pupillus, aut minor, cùm probabit tutorem ſuum, vel curatorem ſoluendo non eſſe, nec aliter ſe indemnem præſtari poſſe, quàm ſi eam habeat vtilem rei vindicationem: Præſertim cùm eligere priùs debeat vtrum in rem agere malit, an in perſonam, nec proinde poſſit videri alienam rem comparaſſe, qui ante factam electionem bona fide à tutore, vel curatore comparauit: Vt taceam electionem illam pupillo minoríve indulgeri, cùm tutelæ, vel curæ actionem inſtituit, *d. l. 3. C. arbit. tut.* ex quo capi poteſt coniectura electionem hanc aduerſus tutorem, vel curatorem duntaxat dari, contra quos ea actio poteſt inſtitui, non etiam contra extraneum eundémque bonæ fidei emptorem, qui cum pupillo vel adulto neque contraxit, neque quaſi contraxit, ſed cum tutore, vel curatore tanquam proprio nomine rem ſuam agente. Quod à nobis non ſatis bene explicatum eſt *lib. 5. Coniect cap. 9.*

d. l. 3. C. arbitr. tutel.

ILLA

ILLATIO XXXIV.

De conſtituendo actore periculo curatoris in quibuſdam caſibus.

TRigeſimoquartò ex hoc Principio petenda eſt ratio dubitandi ad id, quo dici ſolet, decreto Prætoris conſtitui plerumque actorem periculo tutoris, quoties aut diffuſa negotia ſunt, & per diuerſas fortè prouincias diſperſa, aut dignitas, vel ætas, aut tutoris valetudo id poſtulat. Sed & multò magis ſi nondum fari pupillus poſſit, aut abſens ſit, vt procuratorem conſtituere nequeat (Tunc enim neceſſario actor conſtituendus eſt, nec magna cauſæ cognitio in eo verſatur, an facere Prætor debeat quod facere neceſſe eſt *l. decreto 24. in princip. D. de admin. tutor. l. tutor. 6. D. quand. ex fact. tut.* Nam ſi verum eſt, vt eſt, quod Principium noſtrum habet, Tutorem qui tutelam gerit, domini loco habendum eſſe quantum ad prouidentiam pupillarem, quid neceſſe eſt interponi hac in re decretum Prætoris? Aut cur non poteſt tutor autoritate propria conſtituere actorem, vel curatorem periculo ſuo? Quandoquidem & qui ab eo conſtituitur interpoſito decreto Prætoris, periculo ipſius tutoris eſt, quippe qui à tutore, non à Prætore eligatur. Sed ratio interponendi decreti illa eſt, quia non fuit permittendum tutori vt pro arbitrio ſuo actorem daret, ne tum quidem cùm iuſta dandi cauſa eſſet, quia non in id dantur tutores vt per alium tutelam adminiſtrent, ſed vt per ſeipſos, cum eorum non modò fides, ſed etiam induſtria & diligentia, ſiue à teſtatore, ſiue à magiſtratu electa ſit. Præſertim cum actor non dicatur ille, qui alieno nomine & tanquam procurator aliquid agit, ſed qui proprio quodam ſuo iure rem tractat, quod actoris perſonam & nomen gerat quaſi ſubſidiarius tutor aut curator. Proximè namque ad tutoris & curatoris officium accedit officium actoris, licèt reuera neque tutor ſit, neque curator, quem & tutelæ adiutorem vocat Pomponius in *l. ſolet 13. §. 1. D. de tutel.* iunct. *§. vlt. infr. de cur. l. neque tutores 13. C. de procurat.* vbi tamen additur poſſe etiam tutores & curatores poſt litem conteſtatam conſtituere procuratorem, ſicut poſſunt cæteri omnes qui alieno nomine litem conteſtati ſunt, tanquam qui per conteſtationem domini ſint effecti. Vt intelligamus tutores & curatores quamuis dominorum vice ſint iam inde ab eo tempore, quo nondum litem conteſtati ſunt, magis tamen dominos fieri per conteſtationem, quippe qui ſoli domini ſint litis, quæ per eorum conteſtationem fuerit conſtituta, & cuius numquam potuit dominus eſſe pupillus, vel minor qui numquam ipſe conteſtatus eſt, cùm nec lis fuerit ante conteſtationem, *l. ſed et ſi lege 25. §. ſi ante, D. de pet. her. l. amplius 15. D. rat. rem haber.* At extra cauſam conteſtationis pupillus, minorque dominus eſt bonorum ſuorum, tutor verò, vel curator domini vice & quodammodo dominus. Mirum igitur non eſt minus iuris habere tutorem, vel curatorem, ante conteſtationem, quo tempore non eſt ſolus dominus purè & abſolutè bonorum pupillarium, quàm poſt conteſtationem, quo tempore nullum alium litis dominum aut condominum agnoſcit.

Plus iuris habet tutor, vel curator poſt litis conteſtationem, quàm ante.

Quod autem diximus parum diſtare actorem à tutore, ex illo etiam intelligimus, quod ſcribit Papin. in *d. l. tutor. 6. D. quan. ex fact. tut.* Si tutor decreto Prætoris interpoſito reliquerit in ciuitate actorem; ſecundum quem poſtea ſententia dicta ſit, iudicati actionem transferri ad pupillum, non minùs quam ſi tutor obtinuiſſet. Iam enim ſuprà diximus *illat. 9.* & pupillo, & in pupillum dandam eſſe iudicati actionem ex ea ſententia quæ lata ſit pro pupillo, vel contra pupillum, in perſona tutoris.

Quò etiam pertinet quod idem Papin. reſpondit in *l. poſt mortem 5. eod. tit. quand. ex fact. tutor.* poſt mortem furioſi non dari in curatorem qui negotia geſſit iudicati actionem, non magis quàm in tutores, ſcilicet poſt finitam tutelam, vt bona ſit comparatio tutorum & curatorum furioſi.

Dices, Ex eo potiùs eſſe inferendum, Durante igitur tutela vel curatione poſſe agi ex iudicato tam in tutores, quam in curatores furioſi. Fateor, ſed tanquam contra tutores & curatores, non autem proprio ipſorum nomine, ſi modò nullam ex conſenſu poſt depoſitum officium nouationem factam & in curatorem, vel tutorem obligationem tranſlatam eſſe conſtabit, vt ſequitur apud Papinianum, & bene; nec quicquam cauſæ eſt cur aliquam verborum traiectionem hic obſeruemus, quam commentus eſt Iacob. Cuiac. *lib. 10. obſer. cap. 39.*

ILLATIO XXXV.

De eo qui pro tutore negotia gerens vendidit rem pupillarem.

TRigeſimoquintò ex eodem Principio fit, vt ſi is qui pro tutore negotia gerebat cùm verè tutor non eſſet, rem pupilli vendiderit, nec ea vſucapta ſit (etſi enim res pupillaris vſucapi regulariter non poteſt, *l. bona fidei 48. D. de acquir. rer. domin. l. ſi conuentum 10. quemadm. ſeruit. amitt.* eo tamen caſu quo verus tutor rem pupillarem vendendo alienaret, ſi vendatis qui tutor non eſt bonæ fidei emptori, transfert in eum ſaltem vſucapiendi conditionem) pupillus habeat ius eam vindicandi tanquam ſuam, tametſi cautum ei ſit, exiſtere ſoluendo eo qui quaſi tutor vendidit, aut idoneis ab eo datis fideiuſſoribus: Non enim eadem huius, quæ tutoris eſt pupilli rerum adminiſtratio, inquit Celſus in *l. 2. D. de eo qui pro tutor. vel curat. negot. ger.* id eſt quia non habet hic dominium rerum pupillarium quod habet tutor, vt res pupilli alienare poſſit. Placet autem valde quod Baldus notat, ei legi locum eſſe, etiamſi decreto Prætoris interueniente facta ſit venditio. Nec enim decreti autoritas illa eſt quæ transfert dominium rei pupillaris, ſed traditio ab eo facta qui habuerit ius transferendi, quia nec aliud facit Prætor cùm decretum ſuum interponit, niſi vt vendere poſſit is, qui alioquin habuit ius vendendi. Nihilne igitur proderit interueniſſe decretum? Nihil prorſus, quod ad dominij translationem attinet, Sed proderit tamen quod ad præſtandam emptori cauſam vſucapiendi, ſiquidem fieri non poteſt vt bonæ fidei emptor non ſit, qui Prætore autore comparauit, *l. iuſtè poſſidet 11. D. de acquir. poſſ. l. qui autore 137. De regul. iur.*

l. 2. D. de eo qui pro tut. vel curat.

Digitized by Google

ILLATIO XXXVI.

De prohibita per orationem Seueri alienatione rerum minoris.

TRigeſimoſexto ex eodem Principio fit, vt neceſſaria fuerit oratio Seueri & autoritas Senatusconſulti quod ad eam factum eſt *De rebus eorum qui ſub tutela, vel cura ſint, ſine decreto non alienandis*; ad impediendum ne tutor poſſet pro arbitrio res pupilli alienare, neceſſe animum ſpoliandi pupilli non haberet, ſed iuſta & neceſſaria venditionis aut alterius alienationis cauſa ſubeſſet. Viſa enim digna res eſt, quam Prætor ſuæ cognitioni reſeruare deberet, non paſſim arbitrio tutoris permittere quantumuis idonei, aut fideiuſſores idoneos habentis; quod intereſt pupilli res ipſius quas a patre, aliiſve maioribus ſuis, aut aliunde acceperit, ei ſaluas & integras conſeruari, potius quàm pati damnum, & agere poſtea, vt indemnitatem conſequatur; *l. 1. & tot. tit. D. de reb. eor. qui ſub tutel. vel cur. ſunt, l. 1. & tot. tit. C. de præd. minor.* De quo dicemus in ſequentibus ſuo loco.

ILLATIO XXXVII.

De ſeruo pupilli hærede inſtituto.

TRigeſimoſeptimò ex eodem principio fit, vt hærede inſtituto ſeruo pupilli, poſſit & debeat tutor ipſe, nō pupillus ei iubere vt adeat, *l. ſi per epiſtolam. 50. D. de acquir. hæred.* quia non niſi præcedente domini iuſſu & voluntate adire poteſt, *l. qui ſeruum 47. eod.* Ideóque moriente poſt iuſſum & ante aditionem hæreditatis tutore, non poteſt ſeruus adire tanquam mortuo domino, vt in iiſdem legibus ſcriptum eſt.

l. ſi per epiſtolam 50. l. qui ſeruum 47. D. de acq. hæred.

PRINCIPIVM VII.

De diligentia per tutores in rebus pupillaribus adhibenda.

ATutoribus & curatoribus pupillorum & adultorum eadem diligentia adhibenda eſt circa rerum pupillarium vel minorum adminiſtrationem, quam paterfamilias rebus ſuis ex bona fide præbere debet, *l. à tutoribus 33. in princip. D. de admin. tutor.* Ratio huius Principij pendet ex Principio præcedente: Nempe quòd tutor qui tutelam gerit, domini loco haberi debeat quantum ad prouidentiam pupillarem. Sic enim id accipiendum eſt, vt non tantùm domini, verum etiam diligentis domini loco haberi debeat: Eandem igitur diligentiam præſtare debet, nō quam ipſe rebus ſuis præſtare ſolitus ſit, ſed quam diligentiſſimus quilibet paterfamilias rebus ſuis præſtaret: Ita tamen ne quam aduerſus alium iniuriam comminiſcatur, quod facere pleríque ſolent qui putant diligentem patremfamilias eſſe neminem poſſe, qui non ſit etiam rapax. Id enim ſignificant verba illa *ex bona fide*, cùm alioqui certum ſit, neminem ſibi bonam fidem præſtare debere, ſed alij; Facit *l. partonus 8. cum ſeq. D. hoc tit. De tutel.*

ILLATIO I.

De pupillo benè defendendo.

EX hoc Principio illud primùm fit, vt generaliter quotieſcumque non fit nomine pupilli quod quiuis idoneus paterfamilias faceret, non videatur defendi, nec bene tutela adminiſtrari, ſiue iudicium, ſiue ſolutionem, ſiue ſtipulationem detrectet, *l. generaliter 10. D. eod.* Præcipuum enim tutoris officium eſt, ne pupillum indefenſum relinquat; *l. tutor 30. eod. l. ſancimus 28. C. eod.*

ILLATIO II.

De comparandis prædiis ex pecunia pupilli otioſa.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt ſi in patrimonio pupilli ſit aliqua pecunia otioſa, debeat tutor curare vt in comparationem prædiorum deponatur ad augendum patrimonium pupilli, quoniam id faceret diligēs quilibet paterfamilias ad proprium patrimonium augendum; *l. 5. §. cæteri, D. eo* Nimirum ſi ea ſumma corradi & colligi ex tutela poſſit, ex qua comparari ager queat. Si enim tam exigua ſit tutela, vt ex nummo refecto prædium puero comparari non poſſit, depoſitio ceſſat. Quænam ergo quantitas depoſitionis faciendæ neceſſitatem inducet? Et cùm cauſa depoſitionis exprimatur, nimirum vt prædia pupillis comparentur, manifeſtum eſt ad minimas ſummas id non pertinere, quibus generaliter præfiniri certus modus non poteſt, ſed per ſingulos caſus cauſa cognita id examinari debet, vt Vlpian. tractat in *l. ita autem 5. D. eod.* vbi tamen ſubiungitur, ſi duo ſint tutores, quorum vnus ſolus adminiſtret, qui ex aliqua cauſa ſuſpectus eſſe incipiat, poſſe & debere contutorem honorarium poſtulare, vt deponatur etiam ea ſumma quæ ſit minor, quam vt ſufficere queat comparationi prædiorum: Ne alioqui ſubeat periculum malæ adminiſtrationis, ſi ſuſpectus contutor eam pecuniam male profundat.

l. 5. §. cæteri D. eod. de admin. tut.

ILLATIO III.

De admonendo pubere vt ſibi petat curatorem.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt ſi tutor pupillum ſuum pubetem factum non admonuerit vt ſibi petat curatorem, tutelæ iudicio teneatur hoc nomine, quamuis ea culpa non niſi poſt pubertatem admittatur, tutela verò pubertate finiatur: Hoc enim officio tutelæ connexum eſt, quia pendet ex bona fide quam pupillo ſuo præſtare tutor debet, cùm videat cum quamuis puberem factum, non eo magis tamen eſſe capacē rei ſuæ benè per ſe gerendæ, *l. vl. D. de cond. & dem.* Nec ſuæ, aut perfectæ, aut legitimæ ætatis ideò quiſquam eſſe creditur ante completum vigeſimumquintum annum; *l. vlt. C. de his qui ven. ætat impetr.* Et ob hanc cauſam bene ſacris conſtitutionibus prouiſum eſt, vt tutor iubeatur monere pupillum ſuum factum puberem, vt ſibi petat curatorem, *d. l. ita autem 5. §. ſi tutor. D. de adm. tut.*

Digitized by Google

tut. Ante quas conſtitutiones aliud proculdubio iuris erat, quia licèt iam tunc haberet locum ea ipſa ratio & æquitas quæ dedit cauſam conſtitutionibus, non tamen poterat imputari tutori cur finita iam tutela non feciſſet id, quod vt faceret nondum iuſſus erat. Poſt conſtitutiones in culpa eſt tutor, qui non facit quod facere iubetur, eáque culpa etiam tutelæ iudicio vindicatur, quoniam hodie officium hoc admonitionis huiuſmodi officio tutelæ connexum eſt. Solet autem tutelæ actio etiam ad ea pertinere quæ poſt pubertatem geruntur, ſi quid habeant connexum cum tutelæ adminiſtratione, *l. tutor. 11. C. arbitr. tut.* id eſt non ſolùm ſi tale ſit, ſine quo tutelæ adminiſtratio expediti non poſſet, vt explicat Vlp. in *l. ſi tutor. 13. D. de tutel. & ration. diſtrah.* Sed & ſi tempore connexa ſit adminiſtratio, id eſt ſi tutor etiam poſt pubertatem ita perſeuerauerit in tutela, vt nullo vnquam vel minimo tempore intermiſerit adminiſtrationem, (quo caſu adminiſtratio ipſa connexa eſt, licèt non ſit rei connexæ,) Et tutor ſolo tutelæ iudicio tenetur vt rationem adminiſtrationis reddat: qui poſterior caſus magis conuenit verbis *d. l. tutor.* Id enim eſt quod dicimus, officium tutorum non niſi curatoribus conſtitutis finem accipere, *d. l. à tutoribus 37. §. 1. D. de admin. tutor.*

Cæterum ſi poſt pubertatem, aliquo tempore, licèt breuiſſimo, tutor intermiſerit adminiſtrationem, deinde cœperit gerere, ſine vlla dubitatione tam tutelæ quàm negotiorum geſtorum cum eo agendum eſt, *l. ſi poſt pubertatem 14. de tutel. & ration. diſtr.* in eóque ſtat priuilegium connexitatis cauſæ, quod quamuis tempus adminiſtrationis non ſit connexum, ſi tamen cauſa ſit connexa, intermiſſio temporis non impedit quominùs tutelæ iudicium ad hoc quoque porrigatur, in quo potentior eſt connexitas cauſæ quam temporis, ad protogandum vltra pubertatem officium tutelæ. Sicque intelligendus eſt ſupradictus Vlpiani locus; alioqui nihil intereſſet an tempore an cauſa connexum eſſet negotium, quod tutor geſſiſſet poſt pubertatem.

d. l. ſi tut. 13. D. de tut. & ration. diſtr.

Sic & in actione negotiorum geſtorum euenit, vt ob connexitatem porrigatur interdum ad ea negotia, ad quæ alioqui non porrigeretur, vt ſi quis cum adhuc in ſeruitute eſſet aliena negotia geſſerit, & poſtea manumiſſus eadem negotia gerere perſeuerauerit. Etſi enim ex eo quod in ſeruitute geſſit poſt manumiſſionem conueniri non poteſt, tanquam alius & nouus homo effectus, ſi tamen ratio eius quod in ſeruitute geſtum eſt ſeparari non poſſit ab eo quod in libertate geſtum fuit, conſtat id quoque quod in ſeruitute geſtum eſt venire in negotiorum geſtorum actionem, *l. cum actum 17. D. de negot. geſt. l. ſi cognati 21. C. eod.*

ILLATIO IV.

De cœpta lite per curatores etiam poſt vigeſimum quintum annum peragenda

QVarto ex eodem Principio fit, vt poſt completum viceſimum quintum annum ætatis, ſi nondum rationes redditæ ſint, nec inſtrumenta ad cauſam pertinentia, fidei ac verecundiæ curatorum conueniat, vt conſilio ſuo cœptam litem perficiant, *d. l. ita autem 5. §. poſt completum.* Etſi enim curatores poſt eam ætatem eſſe deſinunt, ſicut & tutores poſt pubertatem, nō eſſet tamen ex bona fide litem eam deſerere, quæ ipſorum conſilio cœpta eſſet, aut ſuſcepta. Qui etiam ſenſus eſt *l. vn. C. vt cauſ. poſt pubert. adſ. tut.* vbi ſcriptum eſt, tutores, qui nondum adminiſtrationem ad curatores tranſtulerunt, defenſioni cauſarū pupillarium adſiſtere oportere. Nec enim diligens paterfamilias crederetur, qui bonam litem cum prudentis alicuius conſilio inſtitutam desereret, morique pateretur, aut aliter eam vitio ſuo perderet *l. ſi fundo 53. §. 1. l. ſi ideo 55. D. de euict. l. Stichum aut Pamphilum 95 § pen D. de ſolut.* Ergo, ſi vel tutores, vel curatores ceſſauerint in faciendis his quæ conſtituta ſunt, id eſt quæ ab iis fieri debere conſtitutum eſt, iudicio tutelæ vel curæ tenebuntur, ſi modo nondum actum ſit ea actione. Sed ſi actum iam eſſet, quia conſumpta reperiretur actio, hoc ipſo quod in iudicium deducta eſſet, cùm per litis conteſtationem, ac multò magis per ſententiam fiat nouatio non tantum actionis, ſed etiam contractus, *l. delegare 11. §. 1. D. de nouat. l. vlt. C. de vſur. rei iud.* recurrendum eſſet ad actionem negotiorum geſtorum, ſi tamen huius rei ratio reddita non eſſet.

Eáque ſententia eſt *d. §. poſt completum, in fin.* Cui non obſtat, immò conuenit quod ſcriptum eſt in *l. tutor. 27. De appell.* Si tutor in negotio pupilli prouocauerit, vel curator in negotio adulti, hæredem eius ita demum appellationem perſequi debere, ſi nondum reddiderit rationes. Poſt redditas enim rationes, inquit lex, nec ipſe tutor, nec curator appellationis merita probare cogitur. Nam & ob hoc ipſum addimus cùm Vlp. *ſi nondum rationes redditæ ſint, nec inſtrumenta ad cauſam pertinentia*, quia redditis rationibus & inſtrumentis nulla ſubeſſet cauſa propter quam tutor, vel curator, etiam à ſe cœptam litem perſequi deberet; ſed vel ad curatoris officium id pertineret, ſi poneremus cœptam litem à tutore, vel iuuenis ipſe litem perſequi cogeretur, ſi poneres cœptam à curatore: *l. negotiorum 24 §. 1. eo tit. de appell.* in cuius tamen fine legendum eſt, *ipſumet litem ad ſe pertinentem exequi debere.* Non redditis autem rationibus, vel ponimus iam actum eſſe tutelæ, aut negotiorum geſtorum, vel nondum eſſe actum: ſi actum fuit, conſumpta iam eſt ea actio, neque amplius exerceri poteſt, cùm vna tantum ſit actio; nec ideò tamen conſumitur officium tutoris, vel curatoris, quin teneri debeat, ſi quid prætermiſerit eorum, quæ poſt finitam tutelam curámve facere debuit. Itaque tenebitur actione negotiorum geſtorum, quæ ſicuti neceſſaria eſt, ita ſufficit. Si verò nondum actum ſit tutelæ, vel curæ nomine, nihil eſt neceſſe recurrere ad actionem negotiorum geſtorum, cùm ipſa tutelæ actio ſuperſit, quæ in eam rem non tantùm accommodata, ſed etiam comparata eſt.

l. negotiorum 24. §. 1. eod. tit. De app.

ILLATIO V.

De tutoribus à rationum redditione exemptis à patre.

QVintò ex eodem Principio fit, vt ſi teſtator qui libertis ſuis tutores dedit, eos ἀνεκλογίστους eſſe præceperit, id eſt rationem aliquam ab iis exigi prohibuerit, non minus condemnari debeant, ſi bonam fidem in adminiſtratione non præſtiterint, nec eo nomine quicquam ex cauſa fideicommiſſi præſtare debere, *d. l. ita autem, §. Iulianus, alias l. quidam,*

Digitized by Google

l. quidam, eod. De admin. & peric. tutor. vbi ratio perelegans redditur, quia nemo ius publicum remittere poteſt huiuſmodi cautionibus, nec mutare formam antiquitus conſtitutam. Eſt enim ius tutelæ ex legibus, & conſequenter ex iure publico, cùm leges ſint iuris publici, legibus verò inductæ ſunt tutelæ propter publicam vtilitatem, ad quam pertinet vt pupillorum commodis proſpiciatur, dato iis tutore, qui eorum res ac negotia diligenter & ex bona fide adminiſtret, cui legum propoſito nihil tam contrarium eſt, quam vt liceat tutori etiam ex voluntate teſtatoris male verſari & dolo malo in re pupilli. Quam ob cauſam generaliter placuit dolum futurum nulla pactione remitti poſſe, quaſi futura eſſet ea pactio contra bonos mores, quæ ſcilicet ad delinquendum inuitaret: *leg. ſi vnus 27. §. illud nulla D. de pact. l. in commodato 17. in principio, D. commod. l. 1. §. illud non probabis, D. depoſit. l. contractus 23. De regulis iuris.* Ideo autem loquimur de dolo futuro, quia dolus præteritus remitti proculdubio poteſt, quamuis non facile remiſſus eſſe intelligatur, nec ſi remiſſionis & liberationis verba generalia proponantur, *l. ſi quis rationes 9. l. Aurelio 20. §. Caius, D. de liber. legat. l. cùm tale 72. §. Titius, verſic. quid ergo D. de cond. & dem.*

Nullane igitur ratio ſupererit faciendi, vt tutor qui male tutelam adminiſtrauit, nullum ex ea damnum ſentire poſſit? Immò illa, ſi damnum quodcumque ex tutela quis ſenſerit, ei legetur, vel per fideicommiſſum relinquatur, *d. §. Iulianus in fin.* Etſi enim ei, qui rationem reddere vetitus eſt, liberatio eius quod ex tutela percepit, aut dolo malo contraxit, relicta non intelligitur, *l. qui plures 41. eo. tit.* ſed tantùm à ſcrupuloſa inquiſitione, *l. ſi ſeruus vetitus 109. de legat. 1.* plenius tamen eſt legatum damni, quodcúque ex tutela, id eſt per occaſionem tutelæ quis ſenſerit, cùm negari non poſſit, quin iis verbis illud quoque damnum contineatur, quod doli præteriti ratione in condemnationem tutelæ venire debuit. Nec in eo quicquam fit contra bonos mores, non ob id ſolùm quod legati effectus ad præteritum duntaxat non ad futurum dolum pertinet, præteritus autem dolus remitti, vt diximus, poteſt; ſed etiam, quia nulla hic doli mentio fit, nec niſi vi ipſa continetur hoc fideicommiſſo, ne dolus præſtetur, quemadmodum ſi cum depoſitario conuenerit ne depoſiti teneatur, valet pactio, licèt effectu ipſo nihil aliud ſit paciſci ne agatur depoſiti quàm ne agatur de dolo, *d. l. ſi vnus 27. §. illud nulla, De pact.* Nimirum hìc euenit quod & aliàs plerumque, vt non expreſſa non noceant, quæ expreſſa nocerent, *l. ſeruo 47. l. nonnunquam 52. De condit. & demonſtr. l. expreſſa 195. De regul. iur.*

d. §. Iulianus in fin.

ILLATIO VI.

De tutore quem pater iuſſerit gerere tutelam filij ex conſilio matris.

SExtò ex eodem Principio fit, vt quamuis pater tutelam filiorum ex conſilio matris geri mãdauerit, eóque nomine tutores liberauerit, hoc eſt prohibuerit ne quid ex tutelæ cauſa exigi ab iis poſſet ob id ſolùm quòd matris conſiliũ ſecuti eſſent: ſi quid fortè damni ex eo pupilli ſenſiſſent, non ideò minus integrum ſit officium tutorum, vt pro arbitrio poſſint facere in re pupillorum omnia, quæ àlioqui diligentiſſimus quilibet paterfamilias facere deberet. Cùm implicet contradictionem vt quis & tutor ſit, & ea facere non debeat, quæ diligentiſſimus quiſque in re ſua facturus eſſet, *d. l. ita autem 5. §. Papinianus.* Id enim eſt quod *ibi* Vlp. ex Papiniano ſcribit, neque liberationem tutoris, neque voluntatem patris, neque matris interceſſionem, officium tutoris infringere. Sanè viris bonis conueniet vt ſalubre matris conſilium admittant, vt quantum fieri poteſt, ſalua iuris autoritate ſaluóque tutorum officio voluntati patris pareatur, quemadmodum ſubiicitur *in eadem lege.* An ergo impunè licebit tutoribus patris præceptum negligere, ſi forte aliud ſit conſilium matris, quam quod diligentis patrisfamilias prouidentia ſuggerat exequendum: Licebit vtique, perinde ac ſi pater caueret ne quid ex bonis ſuis diſtraheretur, vel ne mancipia, néve veſtes, aut domus, aut aliæ res periculo ſubiectæ venderentur. Quidni liceat eis contemnere hanc patris voluntatem, cui non aliter parêre poſſent, quam ſi tutorum officium, quod ſanctum iis & integrum ſemper eſſe debet, infringerent: *§. vſque adeò eiu, d. leg.*

d. l. ita autem §. Papinianus.

ILLATIO VII

De tutore qui repertorium non fecit rerum pupillarium.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt tutor qui repertorium non fecit, quod vulgo inuentarium appellatur, dolo feciſſe videatur: *l. tutor qui repertorium 7. eod. tit.* Niſi fortè aliqua neceſſaria & iuſtiſſima cauſa allegari poſſit, propter quam id factum non ſit. Nec enim diligens quiſquam paterfamilias rerum ſuarum adminiſtrationem ab alio ſuſcipi pateretur, niſi confecto prius earum inuentario, exactiſſimo, ex quo ſcire quandoque poſſet, quid cuiúſve rei rationem reddere adminiſtrator deberet. Qua de cauſa nec aliud admittendum eſt in cæteris adminiſtratoribus, dummodo bonorum adminiſtratores ſint, non vnius aut alterius rei, puta litis alicuius; Niſi ponas ad eam litem pertinere multa inſtrumenta, quorum traditio facienda ſit procuratori ad litem tractandam. Hoc enim caſu inuentarium eorum omnium fieri neceſſariò debet, vt ſciatur quid & quantum finita lite reſtitui oporteat. Si quis igitur dolo inuentarium non fecerit, in ea conditione eſt, vt teneri debeat in id quod intereſt pupilli, quod per iuſiurandum in litem æſtimatur, *l. vlt. C. de in lit. iur.* qua etiam pœna tenetur tutor qui fecit quidem inuentarium, ſed qui factum non profert aut inſtrumenta, aliáve in eo inuentario deſcripta, eo tempore quo reddendæ ſunt rationes. Quid enim prodeſt factum eſſe quantumuis bona fide inuentarium, ſi non etiam ex bona fide & exhibitio ipſius fiat & reſtitutio eorum quæ inuentario continentur, *l. pen. eod. tit.* vbi tamen monet Imp. alio iure cenſeri tutorem, alio hæredem eius. In tutore enim hoc obtinere, quod dicimus: In hærede verò tutoris aliud eſſe, vt non aliter contra eum in litem iurari poſſit, quam ſi ea quæ in hæreditate reperit, dolo malo non exhibeat, niſi ponas cum defuncto tutore fuiſſe iã litem conteſtatam. Is enim effectus conteſtationis eſt, vt actionem, quæ & qualis contra defunctum competiit, tranſmittat in hæredem, *l. 1. C. de her. tut.*

Eſt autem ea vis & poteſtas confecti inuentarij,

Digitized by Google

rij, vt ſi tutor inuentario publicè confecto res pupilli vel adulti inſcripſerit, & ipſe per huiuſmodi ſcripturam confeſſus fuerit ampliorem quantitatem ſubſtantiæ, non aliud inſpiciendum ſit, niſi hoc quod inſcripſerit, & ſecundum vires eiuſdem ſcripturæ patrimonium pupilli vel adulti exigatur, vt loquitur Iuſti. in *l. vlt. C. arbitr. tute.* qui rationem addit, quod non ſic homo ſimplex immò ſtultus inueniatur, vt in publico inuentario ſcribi contra ſe aliquid patiatur.

Sed & ſubiicit *ibidem* Iuſtinianus, illud omnimodo obſeruandum, vt non audeat tutor vel curator res pupillares vel adulti aliter attingere, vel vllam ſibi communionem ad eas vindicare, niſi priùs inuentario publicè facto ſecundum morem ſolitum res ei tradantur: quod & ab Imperatoribus Arcadio & Honorio conſtitutum iam fuerat in *l. tutores 24. Cod. de adminiſtratione & periculo tutorum*, & in furioſi etiam curatore ab eodem Iuſtiniano poſtea inductum in *l. de creationibus 27. Cod. de Epiſcop. audien. & l. vltima, §. & inuentario, Cod. de curat. furioſ.*

l. tutores 24. C. de adm. tut.

Exceptio tamen ſubiungitur in *d. l. vlt. §. illo proculdubio, Niſi teſtatores qui ſubſtantiam tranſmittunt, ſpecialiter inuentarium conſcribi vetuerint.* Fieri enim facilè poteſt, vt prudens pater aliqua ex cauſa putet non tantùm ſua intereſſe, ſed etiam filij ſui impuberis, ne ſecreta patrimonij pandantur, & ſuſpectum æs alienum, *l. vltim. C. de alim. pupill. præſt. l. 2. verſic. quid enim tam durum, C. quand. & quib. quart. pars. lib. 10. tit. 34.* quo caſu nemo dixerit imputandum eſſe tutori, cur non fecerit inuentarium contra teſtatoris voluntatem.

Nec eſt contrarium quod *proxima illatione* dicebamus, non cogi nec debere tutorem parêre voluntati patris in iis quæ pupilli vtilitatem læderent; Cùm hoc ipſum ex pupilli vtilitate eſſe poſſit, vt diximus. Si tamen appareret, teſtatorem prohibuiſſe vt fieri adſolet confectionem inuentarij, potiùs vt ipſi pupillo proſpiceret, ad officium iudicis adeóque ipſius tutoris pertinebit vt inuentarium nihilominùs fiat: quod & Bart. tradidit ad *l. nemo poteſt 55. de legat. 1.* Et generaliter ita obſeruandum eſt, vt quoties in alterius quam ipſius teſtatoris, eorúmve qui ab ipſo lucratiuam cauſam habent, fauorem inuentarium confici lex vult, non poſſit à teſtatore prohiberi, ne alioqui maior videatur eſſe poteſtas voluntatis teſtatoris, quam legis, contra id quod ſcriptum eſt in *dict. l. nemo poteſt 55. de legat. 1.*

l. nemo poteſt 55. de leg. 1.

Itaque ſi teſtator prohibuerit ab hærede confici inuentarium, quod hodie fieri ſolet ſolenniter ex beneficio *leg. vltim. Codic. de iur. deliber.* poterit ea prohibitio hæredi prodeſſe, vt licèt inuentarium non fecerit, tamen vltra vires hæreditarias non teneatur legatariis & fideicommiſſariis, quorum conditionem deteriorem facere proculdubio teſtator potuit, quibus & nihil dare potuiſſet, ſi voluiſſet. At non proderit hæredi aduerſus defuncti creditores, quibus vtique non magis nocere potuit teſtator quam facere citra ſolutionem vt nihil iis deberet, quam Interpretum noſtrorum communem eſſe opinionem refert probátque Iulius Clarus in *§. teſtamentum, quaſt. 66.* Habent enim creditores fundatam intentionem contra hæredem, vt eum teneant obligatum in ſolidum, & ſuprà etiam quàm ſit in viribus hæreditariis, Nec à teſtatore habet hæres beneficium vt de ſuo nihil præſtare teneatur, ſed à lege, quæ porrò non aliter ei beneficium hoc datum voluit, quàm ſi inuentarium faceret: Vt proinde teſtator, qui hæredi ſuo prohibet ne inuentarium faciat, nihil aliud vi ipſa cauere videatur, niſi vti ne legis Iuſtinianeæ beneficium implorare poſſit, ſed eo iure vetere cogatur vti, quod olim commune erat omnium hæredum, vt defuncti creditoribus in ſolidum, legatariis verò & fideicommiſſariis non niſi ad dodrantem vſque tenerentur: Nam & poſt Iuſtiniani conſtitutionem ſi quando hæres teneatur creditoribus in ſolidum, puta non confecto inuentario, non fit hoc in pœnam neglecti noui beneficij, ſed ex iure communi, cui vt locus poſſit eſſe, ſufficit nouum beneficium quod implorari potuit, non fuiſſe imploratum. Vt verò teneatur legatariis & fideicommiſſariis in ſolidum, nec Falcidiam vllam deducere poſſit, fieri nequit iure communi, ex quo permiſſa eſt Falcidiæ retentio, ideóque neceſſariò adſcribendum eſt pœnæ, quam ei voluit Iuſtinianus irrogatam, ob id ſolùm, quòd nouæ legis beneficium neglexerit. Porrò nullam ex hac cauſa pœnam meretur hæres qui non faciendo inuentarium paruit ſui teſtatoris voluntati: Non ergo prætextu conſtitutionis Iuſtinianeæ prohiberi debet hæres qui inuentarium non fecit, quominus vtatur iure communi, & Falcidiam deducat ex legatis ac fideicommiſſis: Sicut è contrario, prætextu voluntatis teſtatoris, qui inuentarium fieri prohibuit, non debet recuſare, quóminùs creditoribus defuncti in ſolidum teneatur ex iure communi, cùm neque Iuſtiniani beneficium implorauerit, neque ſolennitatibus iis ſatisfecerit, quibus tamen omnino ſatisfaciendum erat, vt beneficium illud implorare poſſet, ſolenni ſcilicet inuentario ritè rectéque conſcripto.

Quid igitur de illo dicemus cui teſtator bonorũ ſuorum omnium vſumfructum ſiue legati, ſiue fideicommiſſi iure reliquerit? Hunc enim conſtat cauere ante omnia debere ſe boni viri arbitrio fruiturum, finitóque vſufructu omnia ex bona fide reſtiturum, *l. 1. & tot. tit. D. vſufr. quemad. caueat.* ob idque & in neceſſarium antecedens inuentarium ab eo fieri oportere. Quomodo enim ſciri aliter poſſet, quid & quantum reſtituere fructuarius deberet? At fructuarius qui vſumfructum habet iure legati vel fideicommiſſi conſtitutum, non fuit creditor defuncti, ſed ab eo cauſam habet lucratiuam, itémque hæres cuius tanquam proprietarij gratia conſtitutum hoc eſt, vt & caueте, & inuentarium facere fructuarius debeat. Conſequens ergo ſuperioribus videtur vt in ipſius vſufructuarij fauorem, & in hæredis præiudicium liceat teſtatori confectionem inuentarij prohibere.

De illo cui teſtator bonorum ſuorum omnium vſumfructum reliquit.

Contra tamen illud vrget, quod non poteſt prohibere teſtator ne per fructuarium hæredi caueatur eum arbitrio viri boni vſurum, *l. 1. Cod. de vſufruct.* Nec igitur prohibere poterit ne inuentarium fiat, tanquam quod faciendum ſit, vt diximus, in neceſſarium antecedens. Vtrumque eadem ratione, quam & noſtri Interpretes adferre ſolent, ne alioqui detur fructuario materia & occaſio delinquendi, id eſt alienis rebus malè vtendi. Non tam enim ad priuatam vtilitatem eius cui caueri debet, quàm ad publicam reſpiciunt leges, quæ permittunt remitti ſatiſdationem legibus conſtitutam, *l. 2. iunct. l. ſcire debetis 7 Cod. vt in poſſeſſ. legat.* qui poſtremus locus fortaſſe ſolus eſt in toto iure, quo probari bene poſſit hanc de fruendo boni viri arbitrio ſatiſdationẽ teſtamento remitti non poſſe. Nam quod ſcriptum eſt in *dict. l. 1. Cod. de vſufr.* quam adducere in hác rem interpretes

Interpretes ſolent, non ad huiuſmodi cautionem pertinet, ſed vt ipſa legis verba demonſtrant, ad eam cautionem, quæ præſtari ex Senatuſconſulto debet, quoties vel rerum mobilium, vel etiam nominum vſusfructus legatus fuit, *l. 3. D. de vſufr. ear. rer. quæ vſu conſum.* quod in ea ſpecie euenerat, in qua & omnium bonorum vſusfructus legatus proponebatur, & in bonis fuiſſe nomina debitorum quæ vſufructuarius exigere volebat.

Huius verò cautionis præſtandæ multò maior neceſſitas ſubeſt, quàm illius de vtendo fruendo arbitrio boni viri, longéque difficilius fieri poteſt vt remittatur, cùm nominum vſusfructus vt & aliarum rerũ quæ vſu conſumuntur nullus conſtitui poſſit niſi cautionis huius remedium adhibeatur, *d. l. 3.* vt proinde dici poſſit talis vſusfructus nullus ſit, quin ius ſit vtendi fruendi alienis rebus ſalua earum ſubſtantia, *l. 1. D. de vſufr.* nec rurſus vt ſalua rei ſubſtantia quis vtatur iis rebus, quæ vſu ipſo conſumuntur. in quo numero eſſe nomina debitorum certiſſimum eſt. Quis enim nominis vſusfructus eſſe poteſt, niſi liceat fructuario pecuniam exigere a debitore, non quidem vtili aliqua actione, quæ ceſſionariis omnibus poſt reſcriptum D. Pij competere proprio nomine ſolet, *leg. ſi cum emptore 16. D. de pact. leg. 5. 7. & 8. Cod. de hæ ed. vel action vendit.* ſed directa quam habet tanquam procurator proprietarij hoc ipſo quod fructuarius eſt. Atqui agi eo nomine & exigi pecunia non poteſt, quin nomen ipſum extinguatur liberato iure ipſo debitore. Cautio igitur omnino neceſſaria eſt, priuſquam fructuarius agere poſſit contra debitores, ſicut & neceſſarium eſt vt antè omnia ſit fructuarius. Adeò vt nec aliud dicendum ſit, etiamſi hæres ipſe idemque proprietarius, nedum teſtator, remiſerit ei cautionem, quia, vt dixi, ex hac cautione conſiſtit ſubſtantia tota vſusfructus, qui aliter nõ magis poteſtate & fictione iuris conſtitui poſſet, quam per rerum naturam aliquis eſſe. Nam nec Senatuſconſulto factum eſt, aut fieri potuit, vt iſtarum rerum quæ vſu conſumuntur vſusfructus aliquis verè ac propriè eſſet (neque enim ratio naturalis autoritate Senatus commutari potuit) ſed remedio introducto cœpit quaſi vſusfructus haberi, vt eleganter tractat Iureconſ. in *l. 2. iſt. tit. de vſufr. ear. rer. quæ vſu conſum.* In eóque manifeſtior eſt differentia huius cautionis, & illius quæ à fructuario præſtanda etiam eſt de vtendo fruendo arbitrio boni viri. Illa enim etſi à teſtatore non poteſt remitti inuito hærede, cuius ſcilicet ſolius fauore & commodo præſtanda eſt, conſentiente tamen hærede & iuri ſuo renunciante remitti proculdubio poteſt, *l. pactum 46. D. de pact. l. penult. C. eod. l. poteſt hæres 71. D. ad leg. Falcid.* Hæc verò remitti non poteſt, nec ſi hæres velit.

l. ſi cum emptore 16. D. de pact.

At neque debitores, à quibus debitum exigere vult fructuarius, poſſent eum repellere hac exceptione quod non ſatiſdediſſet adhuc de vtendofruendo arbitrio boni viri, quandoquidem nihil ipſorum intereſſet, remiſſa præſertim ſatiſdatione per teſtatorem, ſiue hæres voluntatem ſui teſtatoris vltrò approbaſſet, ſiue cautionem, quam exigere ante traditum vſumfructum pro ſuo iure poterat, nondum exegiſſet; quia fructuario, vt vtiliter & efficaciter poſſit agere, ſufficit vt habeat ritè conſtitutum vſumfructum ab eo, qui ius habuit conſtituendi tradendique, nec quicquam intereſt debitorum qui liberabuntur vtique ipſo iure ſoluentes fructuario, cui hæres ſine ſatiſdatione tradidit vſumfructum perinde ac ſi ſoluerent alij cuilibet hæredis procuratori.

Et quamuis nõ liberarentur ipſo iure, tamen eſſent adiuuandi exceptione doli contra hæredem poſtea petentem id, cuius iam ante ab iis etiam inuitis exigendi poteſtatem feciſſet fructuario, tradito ei vſufructu, quamuis citra ſatiſdationem: *arg. d. l. ſi cum emptore 16. D. de pact. l. ſi conuenerit 18. D. de pignor. act. l. ſi pecunia 77. De legat. 1.* Nec enim fructuarius vt faciat fructus ſuos cogitur cauere proprietario niſi id deſideranti, *l. ſi cuius 13. in princip. D. de vſufr.* At vt poſſit ſe dicere fructuarium earum rerum quæ vſu conſumuntur, ac proinde nominum, cogitur cauere hæredi non tantum deſideranti, ſed etiam inuito. Et verò credibile eſt in ſpecie *d. l. 1. C. de vſufr.* fuiſſe remiſſam vſufructuario ſatiſdandi neceſſitatem non tantum à teſtatore, ſed etiam ab hærede ſecuto voluntatem teſtatoris, nec eò magis tamen permittitur ei agere contra hæreditarios debitores, tanquam qui eorum intuitu nullum dici poſſit habere vſumfructum.

Ergo vt ad propoſitam dubitationem redeamus, concludendum eſt inuentarij conficiendi neceſſitatem non magis remitti poſſe fructuario à teſtatore, quam ſatiſdationem de vtendo fruendo arbitrio boni viri, & de reſtituendo, cùm fieri nequeat reſtitutio arbitrio boni viri poſt finitum vſumfructum, nec ſciri an durante vſufructu bene vſusfructus ſit fructuarius & vt virum bonum decuit, niſi ex inuentario appareat quid & quantum fructuario traditum ſit ex cauſa vſusfructus.

Diſtinctio adhibenda quum quæritur, An remitti poſſit confectio inuentarij.

Si tamen ipſe quoque hæres hanc ſatiſdationem remiſerit, ſiue expreſſa conuentione, ſiue tacito conſenſu, hoc ipſo quod nũquam ſibi caueri deſiderauit, nec vſusfructus conſtituti tempore, nec poſtea, ſecutus ſc. bonã fidem fructuarij, conſequens erit vt inuentarij quoque conficiendi neceſſitatem poſſit remittere, quamuis non ob id ſolũ videri debeat remiſiſſe, quòd remiſerit cautionem. Nihil enim vetat & inuentarium fieri & ſatiſdationem remitti. Immò tantò magis neceſſarius eſt vſus inuentarij, quanto minus aliunde proprietario cautum eſt, vt hac ſaltem veluti cautiuncula ipſi conſulatur. At ſi in bonis quorum vſusfructus legatus, alitérve conſtitutus eſt, ſint nomina, & aliæ res quæ vſu conſumantur; non eſt in poteſtate hæredis facere ne inuentarium fieri debeat, non magis quàm ne cautio eo nomine præſtanda ſit, quæ ſcilicet ſine inuentario præſtari nullomodo poteſt, mihique videtur adhibenda hæc diſtinctio, quam fortaſſis ante me adhibuit nemo.

De neceſſitate conficiendi inuentarij quibus incũbat.

Et hæc de faciendis inuentariis dixiſſe ſufficiat, per occaſionem inuentarij quod à tutore fieri oportet. Niſi quod generaliter monitum volumus, eandem inuentarij faciendi neceſſitatem iis omnibus incumbere, non ſolùm qui res alienas tractant tanquam adminiſtratores, cuiuſmodi ſunt curatores, ſiue minorum, ſiue ad lites, hoſpitalarij, & alij; ſed etiam qui communes, puta ſocij. Immò quod magis eſt, etiam qui res proprias, ſi tamen quandoque futurum ſit, vt eas alteri reſtituere teneatur, vt euenit in hærede, qui ſub conditione, vel in diem alteri hæreditatem reſtituere rogatus eſt. Omnibus enim fideicommiſſis bonam fidem ineſſe conſtat: *l. Titius 54. ff. ad SC. Treb.* Quomodo autem ex bona fide poſſet vnquam videri hæreditatem reſtituiſſe is, qui rerum hæreditariarum inuentarium nullum feciſſet? Nimirum petente fideicommiſſario. Si enim ipſe

non

Digitized by Google

non petat, ſicuti hæres ipſum vltrò adire, eique fideicommiſſum offerre non cogitur, ita neque ſatiſdationem præſtare: *l. 1. l. cum Artemidorum 4. & tot. tit. C. vt in poſſ. legat. & tit. ff. vt legat. nomin. caueat.* quam & teſtator ipſe remittere potuiſſet ſi voluiſſet, adeóque indicio quocunque voluntatis, *d. l. ſcire debetis, d. l. 2.* & paſſ. eo *l. quia 77. §. vlt. ff. de cond. & demonſtr.* Vnde illud quoque paullatim factum eſt, vt in deſuetudinem abierit ius illud ſatiſdationis præſtandæ ab hærede grauato, ſiue in diem, ſiue ſub conditione. Nec enim hodie hæredes ſatiſdant, quaſi ſuperuacanea ſit cautio, præſertim poſtquam ex Iuſtiniani conſtitutione *l. 1 C comm. de lega.* placuit legatariis & fideicommiſſariis omnibus dandam eſſe actionem, non tantùm perſonalem ex teſtamento, vt olim, ſed etiam vindicationem & hypothecariam: quæ olim minimè dabatur, & quæ tamen non minùs vtilitatis habet quàm præſtatio fideiuſſoris, *l. ſi mandatu 5. §. vlt. ff. mandat. l. 4. §. addici, ff. de fideic. libert.* immò tantò plus, quantò plus cautionis eſſe ſolet in re, quam in perſona: *l. plus cautionis 25. De regu. iur.* Porrò generale eſt vt ſuperuacaneа cautione nemo vnquam o[n]erari debeat *l. 1. § vlt. l. hac ſtipulatio 14. §. [vlt.] ff. vt legat. ſeu fideic. nom. caueat.*

l. 1. C. comm. de legat.

Neque tamen conſequens ſit, vt hodie non teneatur hæres inuentarium facere fideicommiſſario poſtulante. Nam quæ ratio facit ſuperuacuam ſatiſdationem, quòd aliunde ſatis ſupérque cautum ſit fideicommiſſario per tacitam illam hypothecam à Iuſtiniano inductam, eadem non tollit neceſſitatem conficiendi inuentarij, ſine quo fruſtra ſit multò minùs vtilis hypothecaria, quippe quæ dari non poſſit niſi pro eo quod probetur eſſe in fideicommiſſo, in quo tamen quid & quantum ſit reſtitutionis temporè & tunc cùm agitur hypothecaria non niſi facto inuentario ſciri exactè poteſt.

Superioribus verò conſequens eſt tutorem nihil ante inuentarium factum gerere debere, niſi id quod dilationem expectare non poſſit nec modicam, *dict. l. tutor qui repertorium*, quod & conſtitutum eſt ab Arcadio & Honorio in *l. tutores 24. C e.t. De admin. & peric. tutor.* Ergo ſi quid geſſerit tutor ante confectum inuentarium, id ipſo iure nullius momenti erit, tanquam geſtum ab eo qui nullam habuit gerendi poteſtatem. Sicut & ſi quid geſtum eſſet à tutore, vel curatore ante præſtitam ſatiſdationem quam præſtare debuiſſet, *l. vl. C. de tutor. vel curat. qui ſatis non ded.*

Hodie tamen inuentarium quidem ſtatim fit, ſed non eo minus valent quæ interim tutor, vel curator geſſit, dummodò nihil dolo malo fiat in fraudem pupilli, cui per inuentarium poſtea ritè factum, præſtitámque ſatiſdationem bene cautum eſſe appareat.

ILLATIO VIII.

De tutore qui ceſſauit in diſtractione rerum quæ tempore pereunt.

OCtauò ex eodem Principio fit, vt ſi tutor ceſſauerit in diſtractione earum rerum quæ tempore pereunt, ſuum periculum faciat: *l. lex quæ tutores 22. C. de admin. & peric. tutor.* Debuit enim officio ſuo fungi confeſtim, ait Vlp. in *d. l. tutor. §. 1.* quia & diligens quilibet paterfamilias in rebus ſuis idem faceret: Qua ratione tis etiam quibus alioqui alienatio omnis interdicta eſt, permittitur tamen iſtarum rerum alienatio, vt in *l. Ariſto 5. §. ſi maior, l. aut prætor 7. §. vlt. ff. de iur. delib. l. inter 48 ff. de admin. & peric. tuto. l. ſi d. a 8. ff. quib. ex cauſ. in poſ. eat.* Quid ergo ſi hic tutor qui ceſſauit in huiuſmodi rerum diſtractione contutores expectabat, vel differentes, vel etiam volentes ſe excuſare? Negat Vlp. ei facilè ignoſcendum eſſe, quia debuit partibus fungi non ex aliena, ſine culpa, ſine negligentia, ſua colorem quærere: Non vt debuerit vti præcipiti feſtinatione, ſed vt nec mor atoria cunctatione. Saltem tam citò, vt periculum præueniret, ſuáque diligentia anteuerte[re] debuerit, vt & in ſpecie *l. ſi quis filio 6. § quid tamen ff de inuſt. rupt.*

l. lex quæ tutores 22. C. de admin. tut.

Auton. Fabr. Iuriſp. Papin. Scient.

ILLATIO IX.

De tutore qui per ſordes aut gratiam comparauit prædia non idonea.

NOnò ex eodem Principio fit, vt competat aduerſus tutores tutelæ actio, ſi male contraxerint, hoc eſt, ſi prædia comparauerint non idonea per ſordes, aut per gratiam: *d. l. tutor §. competet.* Nec enim ad aliud comparata eſt tutelæ actio, niſi vt ſi quid negligenter, vel improbè tutor fecerit id pupillo præſtare, damnúmque omne ei ſarcire compellantur. Si tamen nec ſordidè, nec gratioſè tutores quid fecerint, ſed non bonam conditionem elegerint, rectiùs dicetur ſolam latã negligentiam præſtare illos hac parte debere, *d. §. competet.* Nam & diligens cuius pãtriſfamilias idem accid[ere] facilè poteſt, vt erret in non bona conditione eligenda. Plane cùm magna negligentia probatur, non poteſt videri tutor culpa vacare, quoniam magna negligentia & lata, nihil aliud niſi culpa eſt, ſicut & magna culpa dolus eſt, *l. magna 226. De verb. ſignif. l. quod Nerua 32. ff. depoſiti.*

ILLATIO X.

De tutore qui neglexit comparare prædia ex pecunia in eam rem depoſita.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt ſi tutores pecuniam quidem depoſuerint ad prædia comparanda, ſed tamen poſt eam depoſitionem factam prædia comparare neglexerint, ex eo tempore incipiant in vſuras conueniri. Quamquam enim à Prætore compellendi ſunt, vt eam parent, tamen ſi ceſſent, non eo minùs ad vſuras plectendi ſunt tarditatis gratia, *d. l. tutor, §. ſi poſt depoſitionem.* Non enim poteſt tutor eſſe in mora quin ſit in culpa, Nec rurſus in culpa quin hoc ipſo ſit obligatus iudicio tutelæ, *d. § competet, l. chirographus 57. ff. eod. ti. de admin. tutor.* & conſequenter ad vſuras, Vſuræ n. non niſi propter morã infligi ſolent, *l. cum quidã 17. § ſi pupill. ff. de vſur.*

l. chirographis 57. eod. tit.

Planè ſi tutores probent per eos non ſtetiſſe quominus prædia compararent, vel quia non reperierint ſatis idonea, vel quia non ſatis pecuniarum in depoſito eſſet, nihil erit quod eis imputetur propter quod ad vſuras debeant conueniri, *d. § ſi poſt, in fin.* Nã datũ, *l. ita autem 5. eo. tit.* Sic dicimus, ſi tutor pupillarem pecuniã credere non potuerit, quia nõ erat cui crederet, pupillo eã vacare, non tutori, hoc eſt eius vſuras à tutore nullas deberi,

deberi, *l.cùm plures 12.§.vlt.eod.* Non tamen audiendus eſt tutor, ſi dicat ideò ceſſaſſe illum in comparandis prædiis pupillo, quòd idonea prædia non inueniret, ſi arguatur eodem tempore ſibi prædia idonea comparaſſe. Exemplo eius quod dicimus, nec audiendum eum eſſe qui dicit ideò ceſſaſſe pecuniam pupillarem, quòd idonea nomina nõ inueniret ſi arguatur eo tempore pecuniam ſuam bene collocaſſe, *l.tutor 14.§.eod.tit.* Nec rurſus commodatarium apud quem res cõmodatę incendio, vel ruina perierunt, ſi cùm poſſet res commodatas ſaluas facere, ſuas prętulerit: *l.ſi vt certo 5.§.quod verò ſenectute, ff.commod.*

ILLATIO XI.

De præſtandis per tutorem vſuris eius pecuniæ quam in vſus ſuos vertit.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt pecunię quam in vſus ſuos tutor vertit legitimas vſuras præſtare debeat, *d l.tutor qui repertorium 7.§.pecunia.* Non enim aliter fieri poteſt vt videatur tutor diligenter verſatus circa res pupillares, quin potiùs perfide & contra conſtitutiones quæ hoc ipſum diſtrictè prohibent, ne cui tutori liceat in ſuos vſus vertere pecuniam pupillarem, *l.Lucius 46.§.tutorem, eod.* Sed hoc ita demum obtinet vt legitimas vſuras præſtare tutor debeat, ſi euidenter doceatur pecuniam in vſus ſuos conuertiſſe. Cur enim præſumamus contra tutorem quod perfidè verſari voluerit in re pupilli, & facere aduerſus cõſtitutiones? Non erit itaque bona conſecutio, ſi dicatur tutor in vſus ſuos pecuniam pupillarem conuertiſſe ob id ſolum quod eam nec fœnerauit, nec depoſuerit, & ita Diuum Seuerum decreuiſſe refert Vlp. in *d.§.pecunia.*

d.l.tutor qui repertorium §.pecunia.

At quid ſi debitor patris pupilli fuit, nec ſibi tanquam tutori ſoluit? Neque hic in vſus ſuos pecuniam vertiſſe videbitur. Igitur non maiores vſuras pupillo præſtabit quam quas eius patri promiſerat, vt ſubiicit Vlp. in *§.vertiſſe.* Quid ſi tutor pecuniam pupillarem ſuo nomine fœnerauerit? Non videtur in ſuos vſus eam vertiſſe, ideóque nec contra conſtitutiones feciſſe, *d.l.Lucius §.tutorem,* quia vtilem hoc caſu actionem pupillus habet ex contractu tutoris, *l.1 ff. quand. ex fact.tutor.* Cogetur ergo tutor pręſtare vſuras quas perceperit quantæcumque illæ ſint, ſed ita demũ ſi ſuſcipiat pupillus periculum cęterorum nominum à tutore contractorum, *dicta leg.tutor 7.§.ſi tutor.* Etſi enim poſſet quis exiſtimare bona integra pupillo ſalua eſſe, deperdita verò & malè contracta ad tutorem pertinere, tamen verius & æquius eſt, poſſe tutorem eam conditionem adoleſcenti deferre, vt id quod geſſiſſet tutor in contrahendis nominibus, aut in totum agnoſceret, aut à toto recederet, ita vt perinde eſſet ac ſi tutor ſibi negotium geſſiſſet. Nam & idem eueniret ſi pupilli nomine tutor credidiſſet, *l.cùm quæritur 16.eod.tit.* quia non idcirco pupillus cogeretur agnoſcere periculum nominum quæ tutor malè cõtraxiſſet. Nec ſanè aliter, aut meliùs poſſit tutor probare ſe bonam fidem in rebus pupillaribus præſtitiſſe, eandémque diligentiam quam in ſuis propriis, quàm ſi hanc conditionem deferat adoleſcenti.

Quænam verò ſint hæ vſuræ legitimæ, video etiamnum ab interpretibus dubitari. Sunt enim ex Recentioribus plerique, qui vſuras beſſes, vel ſemiſſes intelligant. Quod ego probare non poſſum. Legitimæ enim dicuntur, quantas lex permittit, id eſt quæ ad legitimum vſque modum aſcẽdunt, quem ſi excederent, legitimæ iam non eſſent. Eæ verò ſunt centeſimæ quibus maiores aliæ & grauiores nullæ noſtris legibus conſtitutæ ſunt. Atque ita rectè Accurſius quoque noſter interpretatur. Opponuntur enim legitimæ vſuræ pupillaribus, quæ ſcilicet minores eſſe ſolent, quales nimirum in ea prouincia & regione in qua tutor degit, frequentãtur, ſiue quincunces illæ ſint, ſiue trientes, aut etiam leniores, *dict.leg.tutor 7.§ quæ autem ſunt.* iunct. *l.1.C.de vſur.pupillar.l 3 C.arbitr.tutel.* Tunc itaque irrogantur tutori vſuræ legitimæ, cùm grauiore pœna & odio dignus videtur, quod contingit in caſibus de quibus in *dicto §, quæ autem.*

Primus ille eſt de quo iam diximus, ſi tutor pecuniam pupillarem in ſuos vſus conuerterit, quoniam in hoc facit non tantùm contra bonã fidem, ſed etiam aduerſus conſtitutiones, *Secundus eſt*, Si negauerit apud ſe vllam eſſe pecuniam pupillarem, ſiue ad alendum pupillum ipſum, ſiue ad alia negotia expedienda, ita vt ex ea denegatione impoſita ſit neceſſitas mutuam pecuniam ſub vſuris legitimis accipiendi. Cur non enim hoc caſu in legitimas quoque tutor condemnabitur, cùm legitimæ abſint pupillo? *Tertius eſt*, Etiamſi nulla pecunia mutua ſit accepta ſub vſuris legitimis, Perinde enim quicquid penes eum tunc fuiſſe conſtiterit, eius grauiſſimas vſuras pendere debebit, in pœnam videlicet mendacij quod vix eſt, vt longè diſtet à dolo malo. *Quartus eſt* ſi moram fecerit tutor in pecuniis deponendis ad prædiorum comparationem, & Prætor ei vel per ſolam comminationem legitimas vſuras irrogauerit, nec enim dubitare iudex debebit qui poſtea in tutelæ actione datus erit, quin Prætoris decretum ſequatur.

Solebant verò Prætores cùm pecunias deponi iubebant comminari, vt ſi non fieret depoſitio, vel quantò tardiùs fieret, legitimæ vſuræ præſtarentur, *dict.leg.tutor §.ſi depom.* Id ſi factum nõ eſſet, videtur Vlpianus innuere non fuiſſe moris, vt ex hac cauſa condemnaretur tutor ad legitimas vſuras, quamquam non video cur faueri ei debuerit, qui & boni tutoris officium, & Prætoris humanioris ſine comminatione iubentis præceptum neglexiſſet. Idque ab Vlpiano prætermiſſum eſſe in *dict.§.ſi deponi,* mirarer ego, niſi viderem, quicquid ſcriptum eſt ab illis verbis primis *dict.§.ſi deponi,* vſque ad *§.vſura.* Triboniani eſſe, non Vlpiani, Nihil enim niſi diſtinctiones & ſubdiſtinctiones ſunt, Triboniano familiariores quàm Vlpiano, & præterea quas partim mancas, partim ſtolidis & inſulſis repetitionibus fœdatas eſſe negari non poteſt. Quod namque primo loco dicitur, ſi deponi oporter pecunias ad prædiorum comparationem, ſiquidem hoc factum eſt vſuras non currere, an non; prorſus ridiculum eſt, Aut an non eſſet ridiculus qui de eo dubitaret? Et rurſus cur dicimus vſuras non currere, quomodo loqui ſolent Iureconſulti, pro eo quod eſt ſiſti curſum vſurarum, vt in *l.lite conteſtata 35. ff. de vſur.* ſi debitæ nunquam fuerunt? Sequitur *ſin verò factum non eſt, ſiquidem nec præceptum eſt vt deponantur, pupillares præſtabuntur.* Nec hoc quoque dubitationem vllam habet, quia non alias quàm pupillares vſuras debere tutor poteſt iis caſibus, quibus expreſſim cautum non eſt, vt debeat maiores. Subiicitur *Si præceptum eſt & neglectum de modo vſurarum videndum eſt.* Hæc verò poſtrema verba ſunt ſuperflua.

Tribonaniſmus in Vlpiano.

De

De quo enim alio hîc agebatur niſi de modo vſurarum?

Videamus tamen quem modum ſtatuturus ſit Tribonianus: *Et ſolent* inquit, *Prætores comminari, vt ſi non fiat depoſitio, vel quanto tardius fiat, legitimæ vſuræ præſtentur. Si igitur comminatio interceſſit, iudex qui quandoque cognoſcet, decretum Prætoris ſequetur.* Quodnam verò decretum? Sola enim comminatio non habet vim decreti, ſicut nec legis, *tot. tit. C. commin. epiſt. programm. vim rei iudic. non haber.* At quid ſi Prætor decreuerit quidem vt prædia compararentur, ſed prætermiſerit comminationem, aut ſub comminatione vſurarum ſimpliciter nulla legitimarum facta mentione? Hic caſus à Triboniano prætermiſſus eſt, qui tamen erat dubitabilior, ideóque minus debuerat prætermitti. Et in hoc fatendum eſt mancam eſſe diſtinctionem. In id tamen videtur procliuior eſſe Tribonianus, vt putet hoc caſu legitimas vſuras non deberi, ſed tantùm pupillares: Alioqui fruſtra diſtingueret an comminatio legitimarum vſurarum præceſſiſſet, néc-ne, ſi omni caſu legitimæ vſuræ deberentur; Facítque pro hac ſententia quod modò dicebamus pupillares tantùm vſuras deberi quoties de legitimis exſoluendis nihil cautum reperitur.

tit. C. commin. epiſt. program. vim rei iud. non hab.

Contra tamen pro pupillo, vt legitimas vſuras in hac quoque ſpecie conſequi debeat, illud vrget, quòd ſi Prætores ſolent idipſum æquum putare, ob idque comminationem legitimarum vſurarum adiicere, quidni etiam iudex ipſe qui de tutelæ actione cognoſcit quique omnia ex bona fide & æquitate ſtatuere debet, idem arbitrabitur? Nec enim putandum eſt ideò æquum eſſe legitimas vſuras præſtari cùm præceſſit comminatio, quod ea præceſſerit, ſed è contrario ſolere Prætores ideò talem facere comminationem, quod æquum ſit non modò negligentem, ſed etiam contumacem tutorem hanc velut pœnam ſubire, An non verò æquè contumax ille eſt qui iuſſus pecuniam deponere non paruit, quamuis nulla interueniente legitimarum vſurarum comminatione? Itaque putarem ego ſi Triboniani iudicio meum poſſem opponere, ad vſuras legitimas tutorem hunc condemnari debere.

Subiungitur, *Idem ſolent facere Prætores circa eos tutores, qui negant habere ad alendos pupillos penes ſe aliquid, vt quicquid conſtiterit penes eos eſſe eius grauiſſima vſura pendatur. Et hoc perſequi iudicem oportere palam eſt, cum & alia pœna adiectione.* Hic verò Triboniani manum agnoſco apertiùs in iſta verborum intricatione & improprietate, præſertim in verbo *perſequi* quo ille vſus eſt pro *ſequi*, vel *exequi*. Sed & inſcitiam ſimul in illis verbis, *cum & alia pœna adiectione.* Quam enim aliam pœnam maiorem poſſet iudex, aut deberet ſtatuere contra tutorem, qui pecuniam pupillarem quam penes ſe habuiſſet, habere tamen negaſſet, niſi vt eius pecuniæ legitimas & grauiſſimas vſuras præſtare teneatur? Nam ſi nec valet pœnæ conuentio inter priuatos, quoties ſubeſſe poteſt ſuſpicio, quòd adiecta ſit pœna in fraudem legitimarum vſurarum, *l. pecunia 9. in princip. & §. primo ff. de vſur.* quantò minùs licebit iudici excedere modum legitimum, quem ab aliis excedi prohiberet? Sed & obſeruandum eſt, valde impropriè dixiſſe Tribonianum, *cum & alia pœna adiectione*, pro eo quod dicere voluit, *cum alterius pœnæ adiectione*, quomodò Vlpia. haud dubiè locutus fuiſſet At neque video in quo tam graue ſit delictum tutori negantis penes ſe pecuniam

niam eſſe, quæ reuera ſit, cùm facilè fieri queat, vt id neget ſine dolo malo, putétque vel parem ſe habere rationem cum pupillo, vel etiam ſibi à pupillo deberi, non ſe pupilli debitorem eſſe. Quod ſi ponas dolo malo tutoris factam eam denegationem, fateor perfidum eſſe tutorem, & dignum quem ex hac cauſa Prætor tanquam ſuſpectum remoueat, cum notâ etiam infamiæ. Sed cùm agamus de iudice qui de tutela iam finita cognoſcit inter tutorem & pupillum, an nō ſatis magna tutoris pœna eſt, quòd non modò ad legitimas vſuras condemnatur, ſed etiam ex cauſa tutelæ, quæ famoſa eſt & infamiam irrogat condemnato: *l. 1. ff. de his qui not. infam.*

Sequitur, *reſiduarum autem ſummarum pupillares vſuras pendi oportet.* Quænam verò ſunt reſiduæ illæ ſummæ? Opinor eæ, quæ ſuperſunt prædiis iam comparatis. Nam quandiu prædia comparata non ſunt, quicquid pecuniarum eſt deponi debet, tantóque diligentiùs quantò maior pecuniæ quantitas eſt, cum ea ſola ratio poſſit excuſare tutorem à depoſitionis neceſſitate; ſi minor ſumma ſit, quàm vt ſufficere queat comparationi prædiorum, *d. l. ita autem 5. eod. titul.* Atqui cum caſum tractamus, quo nulla prædia comparata ſint, ideóque tutorem hunc ad legitimas vſuras condemnamus. Item illum, quo tutor habuerit penes ſe aliquid pecuniæ pupillaris, & tamen negauerit ſe habere. Nihil igitur eſt quod de reſiduis pecuniis tractari poſſit. Niſi fortè voluit Tribonianus dicere aliarum ſummarum, quæ ſcilicet deponi non debuerint, & quas tutor penes ſe eſſe non negauerit, pupillares tantùm vſuras deberi. Neque verò dubito quin ita vir bonus ſenſerit. Sed quis vnquam ita locutus fuit, vt reſiduas ſummas diceret pro aliis quæ propriè reſiduæ nec ſint, nec eſſe vnquam poſſint? Debuerat ſaltem ſcribere *reliquarum*, qua dictione quamuis etiam paullò minùs propriè omnes eas ſummas de quibus locutus non fuiſſet, comprehendiſſet. At nihil putauit intereſſe an *reſiduarum* ſcriberet, an *reliquarum*, quia & quod ex aliqua quantitate reſiduum eſt, reliquum eſſe ſolemus dicere. Quaſi verò perinde recipiendum ſit, vt quicquid reliquum dici poteſt, idem & reſiduum dicatur.

d. l. ita autem § 1. vbi princ. de admin. tut.

Sed pergamus ad reliqua quæ ſunt etiam ineptiora. *Quæ autem ſint pupillares vſuræ, videndum eſt.* Inculcanda nimirum fuit tam ſæpe formula illa, *videndum eſt*, vt intelligeremus quàm placeat illa Triboniano. Ipſa autem quæſtio prorſus otioſa eſt. Non enim pupillares vſuras dicimus, quaſi quæ pupillorum fauore certam formam habeant à cæteris differentem, ſed tantùm ad differentiam (vt iam monuimus) legitimarum, quæ pupillo certis caſibus præſtandæ ſunt ac ſi ſolitas, & conſuetudinarias vſuras diceremus: Vnde eſt quod & *in ipſo titul. C. de vſur. pupillar.* ſi tollas quod de vſuris legitimis ſcriptum eſt in *l.* 1. cæteræ omnes leges quæ de pupillaribus vſuris intelligendæ ſunt, de vſuris ſimpliciter loquuntur, vt & *l. 1. § vltim. ff. de vſur.* Videamus tamen quid ad quæſtionem tam arduam Tribonianus reſpondeat. Ille verò nihil minùs quàm id curat vt reſpondeat: Sed tanquam eſſet immemor eorum omnium, quæ proximè dixerat de forma vſurarum, in quas condemnari tutor pupillo deberet, eadem ipſa repetit his verbis, *Et apparet hanc eſſe formam vſurarum, vt eius quidem pecuniæ quam quis in vſus ſuos conuertit, legitimam vſuram præſtet.*

Digitized by Google

Esgo, inquam, non pupillatem. Quid ergo attinebat hoc monere, cùm de eo tantùm propoſita eſſet quæſtio, Quænam eſſent vſuræ pupillares? Vſuram verò legitimam in numeto ſingulari dicere Inteconſultos vix repetias, ſed ſemper vſuras in plurali.

Addir Tribonianus, *ſed etſi negauit apud ſe eſſe pecuniam,& Prætor pronunciauit contra eum, legitimas ſoluere debebit.* In quibus verbis mitum illud adeóque falſum eſt quod ponit, Prætorem hunc tutotem pronunciaſſe. Nec enim Vlpiani temporibus poterat Prætor pronunciare, vt neque cognoſcere an mendax fuiſſet ιutot, qui nullas ſe pupillares pecunias habere dixiſſet, quod nec ſciri poterat niſi rationibus tutelæ benè & ad amuſſim examinatis, quam in tem neceſſariū erat dati iudicem, qui de facto illo totáque tutelæ adminiſtratione cognoſcerer, vt probatur non ex eo ſolùm quod de iudice tutelæ ſcriptum eſt in *§.prox.præced.* ſed etiam ex innumeris aliis iuris locis, in quibus de iudice iudicióque tutelæ tractant Iureconſulti. Prætoris autem illud duntaxat erat, vt comminationem interponeret de præſtandis legitimis vſuris eius pecuniæ, quæ penes tutorem tunc temporis fuiſſe quandoque conſtare poſſet.

De tutela adminiſtratione cognoſcebat olim iudex à prætore datus, non prætor.

Non diſſimile eſt quod ſequitur, *vel ſi moram depoſitioni fecit,& Prætor irrogauit ei legitimas.* Nā neque hoc caſu Prætor irrogat vſuras legitimas, aut alias, quod non poſſet fieri niſi per condemnationem, ſed tantùm comminatur. Cæterùm cùm hi duo caſus iam fuerint eodem ſenſu expreſſi *in §.præcedenti*, non poteſt dici quid neceſſe fuerit eoſdem repetere *in hoc* §. præſertim cùm nihil babeant commune cum propoſita illa quæſtione, quænam ſint vſuræ pupillares.

Idémque dicendum eſt de alio caſu, qui ſequitur in illis verbis, *ſed etſi dum negat aliquam quantitatem penes ſe eſſe, pupillis ad onera ſua expedienda impoſuit neceſſitatem mutuam pecuniam legitimis vſuris accipiendi, tenebitur in legitimis.* Nam & hic quoque caſus iam tractatus fuerat *in §. præcedenti*, multóque minus impropriè quàm ſupradictis verbis, quæ præ ſe feruut pupillum ipſum & ſua negotia expedire, & mutuam pecuniam ſub legitimis vſuris perquirere & accipere, quorum vtrumque falſum eſt. Ambo enim hæc diligentia & facto tutoris quamuis perfidi expedienda ſunt, non pupilli, qui ſine tutore nihil agere poteſt.

Planè quod ſequitur, *ſi à debitoribus legitimas vſuras exegit*, nouum caſum continet, de quo nihildum fuerat dictum, & in quo manifeſta eſt æqoitas condemnandi tutoris in legitimas vſuras, quas ipſe pupilli nomine exegerit. Sed habet tamen hoc etiam inepti, quòd non pertinet ad propoſitam illam quæſtionem, quænam ſint vſuræ pupillares: quam tandem ſic concludit Tribonianus, vt nos quoque eam concludamus: *Ex cæteris cauſis ſecundum morem prouinciæ præſtabit vſuras aut quincunces, aut trientes, aut ſi quæ aliæ leniores in prouincia frequentantur.* Concludamus igitur Triboniani eſſe iſta omnia, nec melius poſſe definiri vſuras pupillares quàm per negationem, vt pupillares ſint, quæcumque non ſunt legitimæ. Dummodò addamus, ſi tamen ſint conſuetudinariæ. Legitimæ verò, quæ maximæ: *l.qui ſine 38 ff de negot.geſt.* id eſt vt *ſuprà* explicauimus, centeſimæ.

ILLATIO XII.

De tempore ex quo tutor incipit debere vſuras pecuniæ pupillaris.

DVodecimò ex eodem Principio fit, vt vſuræ à tutoribus non ſtatim exigantur, ſed interiecto duorum menſium tempore ad exigendas & collocandas pecunias, *dicta leg. tutor. qui repertorium 7. §.vſuræ ff.de adminiſtr. & peric. tutor.* Hoc enim temporis ſpatium & laxamentum viſum eſt neceſſarium eſſe etiam diligentiſſimo cuilibet patrifamilias, ſiue quod per debitorum moram plerumque fiat ne tam citò pecunia debita poſſit exigi, ſiue quòd non tam facilè idonea nomina reperiuntur, quæ pupilli nomine contrahi poſſint, Cum diligenter cauendum ſit ne vſurarum maiorum dulcedine, quę ab inope offerantur, malum nomen contrahatur, aut è contrario dum locupletiſſimus debitor quæritur, maiorum vſurarum lucrum, quod tutò captari poſſet, pupillo eripiatur: *l.ait prætor 10. §. ſi quid in fraudem, ff. quæ in fraud. credit.* Quam ob cauſam primo tutelæ anno, non duo tantùm, ſed ſex menſes tutori dantur & ad exigendos debitores, & ad pecunias collocandas *l.ſi tutor 15.ff.de admin. & peric. tutor.* Sic enim lex illa concilianda eſt cum *d. §. vſuræ*, vt benè Cuiac. tractat *lib. 5. Obſeru.c.12.ex Nouell. Iuſtiniani 72.vt hi qui oblig. ſe haber. perhib.c.6.§.quoniam autem, in fin.* vbi tamē Iuſtin. corrigens hac parte ius vetus, conſtituit vt nō imponatur neceſſitas tutori pecuniā pupillarē fœnerandi, ſed eam duntaxat cuſtodire teneatur. Vnde ſumpta eſt *Auth.nouiſſimè C.de admin.tutor.*

Obſeruandum autem eſt quod addit Vlp. in *d.§.vſuræ*, hoc ſpatium ſeu laxamentum temporis quod tutoribus tribui ſolet, & in iudicio tutelæ ſeruari, non debere tribui tutoribus, aut curatoribus illis, qui nummos impuberum, vel adoleſcentium in vſus ſuos conuerterunt. Iſti enim nullo tempore indigent ad exigendas pecunias, quas ſibi ipſi tanquam tutoribus ſoluere debuerunt, neque rurſus ad eas collocandas, quas illi in ſuos vſus conuerterint.

Alius etiam caſus excipiendus eſt, ſi conſtet tutorem potuiſſe citius & pecuniam exigere, & eandem collocare. Non enim erit impunita negligentia totius illius temporis quo tutor facere id quod potuit, & debuit, neglexit. Vt in ſpecie *l.qui negotiationem 58.§.pupillo, eod.tit.* vbi cùm pater proponeretur pupillo hærede inſtituto filiam exhæredaſſe, eique duo millia nummorum aureorum legaſſe, eoſdémque tutores vtriſque dediſſe, & quæreretur an ex eo die quo illa duo millia potuerunt tutores à ſubſtantia hæreditatis exigere, & in nomina collocare, id facere neglexiſſent, vſurarum nomine pupillæ tenerentur iudicio tutelæ? Reſpondet Scæuola teneri. Fuit namque in horum poteſtate, vt & à ſeipſis exigerent ſtatim tanquam à tutoribus pupilli, & iidem ſoluerent ſibi ipſis, tanquam tutoribus pupillæ. Neque in eam rem tempus vllum fuit neceſſarium, quod eis lex accommodare ſolet, vt diligentiæ ſpatium tribuat, non etiam vt negligentiæ pretextum quærat. Illud plane requiritur, vt potuerint pecuniam iſtam in nomina collocare, de quo facilè conſtare poterit, ſi fortè arguantur eodem tempore proprias pecunias benè collocaſſe, vt diximus *illat.10. ex l.tutor. 15. §. 1. eod.tit.*

ILLA

ILLATIO XIII.

De tutore qui exactas pupillaris pecuniæ vſuras ſuis vſibus retinuit.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit, vt ſi vſuras exactas tutor, vel curator vſibus ſuis retinuerint, earum quoque vſuras agnoſcere illos oporteat: *d. l. tutor qui repertorium 7. § ſi vſuras, eod. tit.* Nam & hoc ad diligentis patrisfamilias curam officiúmque pertinet, vt exactas vſuras in ſortem redigat, vt nouas vſuras parere poſſint, quas parere numquam poſſunt, quandiu vſuræ manent: *l. vlt. C. de vſur.* ideóque parui refert an tutor, vel curator ſortem pupillarem in vſus ſuos conuerterit aduerſus conſtitutiones, an verò vſuras quas in ſortem redigere potuit & debuit, ſi officio ſuo bene fungi voluiſſet.

l. vlt. Cod. de vſur.

Quò pertinet ſpecies tractata per Scæuolam in *d. l. qui negotiationem 58 §. 1. eod. tit.* Ex duobus inquit, tutoribus pupilli, altero defuncto, adhuc impubere pupillo, qui ſupererat conſecutus eſt ex perſona pupilli ſui iudicio accepto, quantum ex tutela ad tutorem defunctum peruenerat, cum vſuris. Quæſitum eſt, iudicio tutelæ, quo experitur pubes factus, vtrum eius tantum portionis quæ ab initio ex tutelæ ratione peruenerat ad defunctum contutorem vſuræ veniant, an etiam eius ſummæ quæ vſuris ex tutoris pupillo aucta, poſt mortem eius ad ſuperſtitem æquè tranſlata ſit cum ſorte, aut transferri debuit. Reſpondet Scæuola ſi eam pecuniam in ſe, id eſt in vſus ſuos vertiſſet, omnium pecuniarum hoc eſt vſuratum quoque vſuras præſtandas. Quod ita proculdubio accipiendum eſt, vt legitimas & maximas vſuras præſtet. Aliter atque ſi pecuniam pupilli à contutoribus ſuis mutuam accepiſſet, eóque nomine cauiſſet & certas vſuras promiſiſſet, quas & alij debitores pupillo dependerent. Is enim vſuris maximis non eſſet ſubiiciendus, quia hic ſibi non conſumpſit pecunias quarum nomine cauit contutori, nec clam nec quaſi ſua pecunia licenter abutitur: Et niſi his vſuris à contutore mutua ei data fuiſſet, aliunde accepiſſet, inquit Tryph. in *l. non exiſtimo 54. ff. eod.* vbi addit multùm referre palam apertéque debitorem ſe vt extraneum & quemlibet faceret pupillo, an ſub adminiſtratione tutelæ pupillique vtilitate, latenter ſua commoda pupilli pecunia iuuaret: minor enim, aut potius nulla doli præſumptio eſt contra eum qui palam aliquid facit, ne tum quidem, cùm delinquit: *l. 5 §. ſanè ſi ipſe ff de autor. & conſ. tutor. l. cùm ipſe 5. C. de contr empt. l. vlt ff. de rit. nupt.* At ſi pecunia in ſpecie Scæuolæ manſiſſet in rationibus pupilli, præſtare tutor deberet quod bona fide percepiſſet, aut percipere potuiſſet, ſi fœnori dare cum potuiſſet neglexiſſet (ſic enim apud Scæuolam legendum eſt *ſi*, pro *ſed*, cùm id quod ab alio debitore nomine vſuratum cum ſorte datur ei qui accepit totum ſortis vice fungatur, vel fungi debeat.

Emendatur Scæuola.

* * *

ILLATIO XIV.

De tutore condemnato pro contutore.

DEcimoquartò ex eodem Principio fit, vt ſi tutor pro contutore condemnetur, puta quòd ſuſpectum eum facere ſuperſederit, etiam in vſuras condemnandus ſit: *d. l. tutor qui 7. §. penult.* Habetet enim hoc commodum pupillus, ſi tutor talem diligentiam in re pupillari aduerſus contutorem habuiſſet, qualem diligens paterfamilias ſuis rebus proculdubio adhiberet. Nec enim pateretur adminiſtrari eas ab illo, cuius fidem vel induſtriam ſuſpectam haberet. Quantas verò vſuras huius pecuniæ præſtare cogetur? Eas demum, quas etiam ſuæ adminiſtrationis præſtare cogitur, quæ quales ſint diximus *undecima illatione*. Planè ſi nihil poſſit imputari contutori, qui tutelæ iudicio conuenitur, numquam ex contutoris perſona ad vſuras condemnandus eſt, id eſt ad vſuras eius pecuniæ quam contutor ipſe debet: *l. 2. C. de vſur. pupillar.* qui locus etiam probat nihil aliud eſſe, quod tutori hac in re poſſit imputari, niſi ſi ceſſauerit in contutore ſuſpecto faciendo.

d. l. tutor qui 7. § penult. de adm. tutor.

ILLATIO XV.

De vſuris præſtandis etiam poſt finitam tutelam in diem vſque tutelæ reſtitutæ.

DEcimuquintò ex eodem Principio fit, vt etiam poſt finitum officium tutelę ſiue pubertate, ſiue morte pupilli, vſuras nihilominus debeat tutor in eum vſque diem quo tutelam reſtituit, *d. l. tutor qui, §. vltim.* quia cùm vſuræ propter moram non ſoluentium infligantur, *l. cùm quidam 17. §. ſi pupillo, de vſur.* mora verò duret quovſque ſolutum ſit, apparet ſufficere moram ſemel contractam eſſe, vt vſuræ perpetuò debeantur, *l. Titia Seio 87. §. vſuras, de leg. 2* Nam & diligens paterfamilias quilibet in ſuis rebus ita ſtatueret, vt ſi quam in pecunia ſibi debita moram paſſus eſſet, eius pecuniæ vſuras in diem vſque ſolutionis præſtari ſibi vellet: Idque adeo verum, eſt, vt etiamſi morte ipſius tutoris vel curatoris finita ſit, tutela, vel cura, non eo minus tamen ipſius hæres eaſdem vſuras debiturus ſit, quas tutor ipſe vel curator ſi viueret, deberet, cum defuncti mora, moræque effectus tranſeat in hæredem: *d. l. tutor qui 7. § pecuniæ:* vbi ſcriptum eſt, pecuniæ etiam quæ in arca fuit, hæredes quoque curatoris tandiu præſtare vſuras, quâdiu non interpellauerint, vt locu defuncti nouus curator conſtituatur: quamuis defunctus curator hoc caſu in mora fuiſſe non proponeretur. Obligatio namque illa tutoris & curatoris in rebus pupilli vel adulti diligentiam talem adhibeat, qualem in rebus ſuis adhiberet, tranſit etiam ad ipſius hæredem, quamuis nec tutela nec cura tranſeat, quouſque id egerit vt ſe exoneret, alio tutore, vel curatore ſubſtituto. Multò magis admittendum eſt, quod Paulus reſpondit in *l. Lucius 46. §. quæſitum, eod. tit.* eius pecuniæ qua tutor vſus eſt, poſt finitam quoque tutelam & adminiſtrationem in diem vſque accepti iudicij eaſdem vſuras præſtare eum debere: & eas ipſas quę in tutelæ iudicio computantur.

d. l. tutor §. pecunia.

Digitized by Google

Plus enim quàm moram feciſſe videri tutor debet, qui etiam deliquit conuertendo in vſus ſuos pecuniam pupillarem aduerſus conſtitutiones.

ILLATIO XVI.

De expectando interdum die in quem debeatur pecunia credita per tutorem.

DEcimoſextò ex eodem Principio fit, vt ſi tutelæ agat is, cuius tutela adminiſtrata eſt, nonnunquam dicendum ſit expectandam diem, in quam credita pecunia debeatur. Scilicet ſi tutor pecunias crediderit pupilli nomine, quarum exigendarum dies nondum venerit, ſed hoc ita demum ſi potuit & debuit tutor credere. Nam ſi non debuit, fortaſſis egeno minúſve idoneo debitori, aut cùm pupilli intereſſet, vt ea pecunia potiùs in comparationem prædiorum, aut in æris alieni ſub grauioribus vſuris debiti exſolutionem conuerteretur, nihil cauſæ eſt cur non ſtatim condemnari tutor debeat, qui non fecerit quod ille diligens paterfamilias in re ſua facere debuiſſet, *l. ſi tutela 8. eod. tit. De admin. tutor.* Extra hunc caſum expectandum eſt, vt venerit tempus exactionis, Ne alioqui noceat tutori, quod officium ſuum impleuerit ea faciendo in re pupillari, quæ diligentis patrisfamilias more in re ſua feciſſet.

l. ſi tutela 8. eod titul. De admin. tut.

ILLATIO XVII.

De tutore ſtipulante in fœneranda pecunia pupillari.

DEcimoſeptimò ex eodem Principio fit, vt quoties tutor pecuniam pupillarem dat fœnori, quamuis interponendæ ſtipulationis ordo ille eſſe debeat, vt primum pupillus ipſe ſi fari poſſit ſtipuletur, vel quod idem eſt, ſeruus pupilli, ſi verò neque pupillus eius ætatis erit vt ſtipulari poſſit, neque ſeruum habebit, tunc ipſe tutor, quíve in eius poteſtate eſt, nomine pupilli ſtipulari debeat, ita vt actio vtilis pupillo ex eiuſmodi ſtipulatione competat. Si tamen abſens ſit pupillus, tutorem ipſum oportet ſuo nomine ſtipulari *l. quoties 9. in princip. eod. tit. De admin. tutor.* Quid enim aliud dici fictiue poſſit, vt videatur tutor eam diligentiam in rebus pupilli adhibere, quam in ſuis adhiberet? Nonne proprio nomine ſtipularetur potiùs quàm vt pecuniam relinqueret otioſam? Indéque nimirum eſt, quod tutor qui pecuniam pupillarem ſuo nomine fœnerauit, non idcirco eam in ſuos vſus videtur conuertiſſe: *l. Lucius 46. §. tutorem eod.* cùm id fecerit quod pro pupilli ſui vtilitate facere non ſolùm ſemper poteſt, ſed etiam vel inuitus aliquando cogitur, niſi malit ſeipſum vſuris onerare. Cur verò etiam hoc caſu quo pupillus abſens eſt, non dicimus tutorem nomine pupilli debere ſtipulari, ſicut & cum pupillus fari non poteſt? Nempe quia eſſet id magis alienum à ratione iuris, vt ſtipulatio quæ inter abſentes contrahi nequit, non tantum à tutore fieri poſſet, verum etiam nomine pupilli abſentis. Cùm pupillus præſens eſt, licèt ſtipulari nequeat, quia fari non poteſt, non magis quam ſi abſens eſſet, minùs tamen receditur à iuris regula, quia & in cæteris perſonis id euenit, vt cum procuratori præſentis aliquid promittitur, vtilis actio ex ſtipulatu domino acquiratur: *l. ſi procuratori 79. ff. de verb. oblig.* Quidni ergo vtilem actionem habebit pupillus ex ſtipulatione tutoris ſui, qui pluſquam procurator eſt? Sed vt procuratori abſentis actio vtilis ex procuratoris ſtipulatione acquiratur, inauditum eſt extra caſum interpoſitum ſtipulationis iudicatum ſolui, ſiue à procuratore ipſo interpoſita ſit, ſiue contra procuratorem *l. in cauſa 26. §. vlt. cum l. ſeq. ff. de procurat.* de cuius ſententia & emendatione ſcripſimus *in Rationalibus.* Nullo igitur caſu poteſt actio directa quæri pupillo ex ſtipulatione tutoris ſiue pupilli ipſius nomine ſtipuletur, ſiue ipſi pupillo. Quos duos caſus tanquam diuerſos notat Bart. nec malè, quàmis eundem habeat effectũ. Tutori enim ſemper licuit ſtipulari nomine pupilli: at ſtipulari pupillo nominatim vt poſſet, non niſi vtilitatis cauſa receptũ eſt, vt & actori ciuitatis ſtipulari municipibus permiſſum eſt, itémque curatori furioſi vel adoleſcẽtis ſtipulari furioſo vel adoleſcenti, *l. cum qui 5. §. ſi a ori ff. de conſtit. pec.* quia multò difficilius fuit, vt his caſibus permitteretur valere ſtipulationem quæ in alterius perſonam nominatim collata eſſet.

Stipulari pupillo nominatim & ſtipulari nomine pupilli differunt.

Cæterum ſiue tutor ſtipuletur pupilli nomine ſibi ipſi, ſiue pupillo, non magis actio directa poteſt quæri pupillo, quam ſi proprio ſuo nomine tutor ſtipularetur. Quid ergo? Vtilis tantum ea actio futura eſt, vt *in hac l.* ſcribit Vlp. ex Iuliano, & in *l. 2 ff. quand. ex fact. tutor.* Ideóque prudentius facit tutor qui hoc agit quantum poteſt, vt actio directa pupillo acquiratur, quia ſemper certius eſt & tutius habere actionem directam quàm vtilem, cùm de vtili quę ipſo iure non competit, dubitari probabiliùs poſſit an danda ſit: Quamuis ex quo data eſt, eiuſdem vtilitatis ſit cuius & directa, eundémque habeat effectum: *l. actio 47 ff. de neg. geſt.*

Hic obſeruandum eſt, verba illa, *nequaquam ambigendum eſt*, à quibus inchoat Bart. §. ſequentem, ad huius principij finem pertinere, quod & lectio Florentina docet, & quod § ſequens ſine iis verbis ſuam habet perfectámque ſententiam

ILLATIO XVIII.

De periculo tutoris ſimpliciter dati, etiam circa id quod poſtea acceſſit patrimonio pupilli.

DEcimooctauò ex eodem Principio fit, vt qui ſimpliciter datus fuit pupillo tutor vel curator, ſi quid poſtea augmenti acceſſerit, non eo minus periculum augmenti præſtare teneatur, quod ſpecialis ad augmentum datus ſit curator. Nec enim ſpecialis hæc datio facit quin ipſa etiam augmenta pertineant ad curam priorum, ad quos ſcilicet omnis vtilitas pupillorum debet pertinere: *d. l. quoties 9. §. vl.* quia cùm dati ſint perſonæ, non rebus ipſis niſi in conſequentiam perſonæ, fieri nequit vt non debeat tutor in toto patrimonio adminiſtrando præſtare officium diligentis patrisfamilias, non magis quàm vt quod ſuperuenit, patrimonium ipſum pupilli non ſequatur, cuius eſt: ſiue igitur ad augmentum datus ſit ſpecialis curator, communicatur periculum ipſius cum prioribus, ſiue datus non ſit, tenentur adminiſtrationis neceſſitate iij, qui antea dati fuerunt. At non ſimiliter poſſit quis è contrario dicere, eum qui ad

augmentum

Digitized by Google

augmentum datus ſit, adminiſtrare bona priſtina compellendum, *d.l.quoties, § conſtat.* quia non, ſicut patrimonium ſuperueniens ſequitur caput pupilli, quod eſt in poteſtate tutorum præcedentium, ita dici poteſt patrimonium præcedens ſequi augmentum quod ſuperuenit. Augmenti namque eſt ſequi, non immutare naturam ſui principalis, *l.inter 26.§.cùm inter ff.de pact.dotal.l.etiamſi 8.C.de iur.dot.*

Certè ſi curator hîc ad augmentum datus, ſuperſederit ſuſpectum facere priorem tutorem, vel ſatis ab eo exigere, tenebitur vt ſcriptum eſt eſt in *d.§. conſtat.* quia cùm huius augmenti periculum ad priores quoque tutores pertineat, vt diximus, qui porro priſtinorum bonorum periculo, quod ab initio ſuſceperunt, multò magis renentur, non poteſt fieri vt curator ſpecialiter ad augmentum datus bene officio ſuo functus videri debeat, ſi à prioribus ſatiſdationem non exegerit, eóſve ſuſpectos non fecerit, cùm poſſet ac deberet; perinde ac ſi eſſet ipſe contutor eorum in cæteris bonis, quemadmodum ſunt illi contutores ipſius in augmento. Vt enim ſuſpectos quis facere alios poſſit, ſufficit quòd ſit contutor, quódque aliquam habeat cum cæteris periculi ſocietatem. Adeò vt etiam is qui à tutela tanquam ſuſpectus remotus eſt, altérve tutor eſſe deſiit, non eo minùs poſſit ſuſpectos alios facere, quos aliquando habuit contutores: *l.3.in princip.ff.de ſuſpect.tutor. l. etiam 14.ff.de admin.tutor.*

ILLATIO XIX.

De tutore erogante ex bonis pupilli quod erogaturus non eſſet ex ſuis.

Decimononò ex eodem Principio fit, vt non debeat licere tutori reſpectu prætextúque exiſtimationis pupilli, erogare ex bonis ipſius quod ex ſuis non fuiſſet honeſtiſſimè erogaturus,
l. cùm plures 12.§.1. eo.tit. *l.cum plures 12.§.1.eod.tit. De admi.tutor.* Id eſt, Excepto eo caſu, quo id quod pupilli nomine tutor erogauit, tale ſit vt non niſi valde inhoneſtè turpiſſiméque facturus fuerit, ſi tantumdem ex ſuis in re propria non erogaſſet. Hoc enim ipſum eſt diligétis patrisfamilias officium præſtare, In alienis reb. ita ſe gerere quomodo in ſuis ſe gereret diligenter, & ad honeſtum vſque modum, Semper enim & in omnibus honeſtus modus ſeruandus eſt: *l.ex damni 40.in princip ff de damn.infect.* præcipuè verò in tractandis alienis, *l.ſi conſtante 24. §.ſi maritus ff.ſolut matr.*

ILLATIO XX.

De iis quæ facere tutor poteſt in re pupillari ex honeſta liberalitate.

d. l. cùm plures 12.§. cùm tutor. Viceſimò ex eodem Principio fit, quod Paulus ſubiungit in *d.l.cum plures 12. §. cum tutor, eod.tit. De admin & peric. tutor.* ad tutoris officium pertinere vt in primis mercedes præceptoribus, non quas minimas poterit, ſed pro facultate patrimonij, & pro natalium dignitate conſtituat: cùm vt eleganter Paulus ait, non rebus duntaxat, ſed etiam moribus pupilli præponatur. Sed & alimenta ſeruis, libertiſque, nonnunquam etiam exteris, ſi hoc pupillo expediet, præſtabit, ſolennia etiam munera parentibus cognatiſque mittet; Nempe quoniam & diligens & honeſtus quilibet paterfamilias in re ſua idem facere deberet: ſed non dabit tutor dotem ſorori, inquit Paulus, ſi ea ex alio patre nata ſit, etiamſi aliter nubere non potuerit. Nam etſi honeſtè, tamen non niſi ex liberalitate id fit, cùm ſororem ex alio patre natam dotare frater non cogatur vllo caſu, id eſt nec ſi aliter nubere non poſſit. Hoc enim addendum eſt ad differentiam ſororis conſanguineæ, id eſt ex eodem patre natæ, quam dotare frater cogitur vno illo caſu, quo non poſſit illa honeſtè aliter nubere; ſicut & de matre ſcriptum eſt in *l. neque mater 14 C. de iur. dot.* in illis verbis, *niſi ex magna & probabili cauſa* Pertinet enim ea res ad onus, & officium paternum, vt non niſi ex paternis bonis dos filiæ conſtituatur, quoties & quandiu poſſunt illa ſufficere, *l. capite 19. ff.de rit.nupt.l.vlt.C.de dot.promiſſ.* Atqui quod per tutorem fit ex liberalitate, licèt etiā honeſtè fiat, non tamen ſeruandum eſt, niſi arbitrio pupilli poſtquam is pubes factus erit; quia non in hoc tutores dantur vt ex bonis pupillorum liberalitatem exerceant, ſed vt eorum res bene ac vtiliter adminiſtrent. Pupilli ergo voluntas hoc caſu requirenda & expectanda eſt.

Si tamen matri fortè, aut ſorori pupilli, tutor ea quæ ad victum neceſſaria ſunt, præſtiterit, cùm ſemet ipſa ſuſtinere non poſſet, ratum id habendum eſt. Nec enim eadem cauſa eſt eius quod in eam rem impenditur, & eius quod muneris, legatorúmve indebitorum nomine erogatur, inquit Caius in *l.tutor 13 §.vlt ff de adminiſt.tutor.* iunct. *l.4.ff.vbi pupill.educ.deb.* Alimentorum præbendorum neceſſitas oneribus menſtruis atque annuis verecundiam quoque pulſantibus adſtringitur, *l.pecunia 8 ff. de alim.& cibar. legat.* At nuptiale munus matri pupilli mittere neceſſe non eſt, *l. 1.§ ſed ſi nummis 5.ff de tut.& ration. diſtr.* vbi facere Vlpianus ait, non eſſe perquàm neceſſariam huiuſmodi munerationem, pro ea re ſcilicet, quæ pupillo nec honorifica valde, nec vtilis videri poſſit.

Neque tamen ſufficit valde egentem fuiſſe matrem aut ſororem pupilli, vt non poſſit imputari tutori, quod alimenta ei præſtiterit, ſed illud præterea concurrere oportet vt filius in facultatibus poſitus ſit, id eſt vt largas habeat facultates, quemadmodum in *eiuſdem legis §.præcedente* Vlpianus ſcribit. Nam nec patrem inopem aliàs filius alere cogitur, quàm ſi ſit ipſe in facultatibus, *l. ſi quis 5.§.ſi impubes, ff.de agnoſc.& alend.liber. l. 2. 3.& 4.C.eod.*

An autem hac etiam parte, id eſt cùm de alimentis agitur, ſeparanda ſit ſoror conſanguinea ab vterina, quemadmodum ſeparandam eſſe diximus cum tractatur de dote, dubitationis eſt. Sunt enim qui putent perinde ſeparandam, quoniam parum differat cauſa alimentorum, Siue quòd dici ſoleat dotem ſuccedere loco alimentorum, ſiue quòd dotis cauſa non minus fauorabilis videri debeat, cùm etiam ad fauorem publicum ſpectet, & ad communem Reipublicæ vtilitatem: ſicut & exhibitio alimentorum, ſine quibus moreretur is, qui aliunde habere alimenta non poſſet: *l.necare 4 ff. de agnoſc. libe.* Ego tamen contrà puto, Non ſolùm quod ſupradicti iuris loci de ſorore pupilli indiſtinctè loquantur: Verùm etiam quia tantò fauorabilior videri debet cauſa alimentorum quàm dotis, quàntò minus eſt pupillo damnoſa & oneroſa, tùm quòd alimenta per partes præſtari ſoleant, id eſt per ſingulos vel dies vel menſes, cuiuſmodi præſtatio ſicut ma- *Differentia dotis & alimentorum.*

Digitized by Google

gna habet incommoda ex parte eius cui fit: *l. 1 ff. famil. erciſc.* ita è contrario magna incommoda ex parte illius à quo fit: Tum etiam quod ea pecuniæ quantitas quæ à tutore in alimenta ſororis pupilli erogatur, nunquam tanta ſit, quanta dotis eſſe deberet. Dotem namque tantam eſſe neceſſe eſt, quantam velit is qui cum minore dote vxorem ducturus non fuit: Alimenta verò quæ à tutore erogantur, tanta ſunt, & pro tanto tempore, quanta & pro quanto tempore vult tutor, tandemque vel tutore ipſo inuito finem accipiunt cum tutela finitur, id eſt pupilli libertate. Nec quod dotis cauſa æquè fauorabilis ſit ad rem facit, cùm in hac quæſtione illud potius inſpiciendum ſit, quid pupillo magis minuſve damnoſũ videri debeat, vt facilius concedatur id demum quod ei minus damnoſum inueniatur. Et quod dici ſolet, ab interpretibus noſtris (nulla enim lex eſt quæ dicat) dotem ſuccedere loco alimentorum, non eo pertinet vt eadem in omnibus dotis & alimentorum ratio conſtituenda ſit; ſed eò potius vt qui dotem dedit, etiamſi ex iis perſonis ſit, quæ alioqui præſtare alimenta cogerentur, exinde tamen ad ea præſtanda vrgeri non poſſit, quando nec aliam ob cauſam dotes dantur, quàm vt habeat maritus vnde vxorem communeſque liberos alat: *l. pro oneribus 20. C. de iur. dot. l. ſi is qui 56. §. 1. & 2. ff. eod.*

Dotem ſuccedere loco alimentorum.

Ad hanc tamen ſententiam noſtram confirmandam nil facit quod Iulianus tractat in *d. l. 4. ff. vbi pupill. educ. deb.* Non ob id ſolum, quod eo loco Iulianus de ſorore pupilli ſimpliciter loquitur, quo nomine et ſi vtraque ſoror tam quæ vterina, quàm quæ conſanguinea ſit, continetur, in dubio tamen eam potiùs ſignificari credendum eſt, quæ ſit vtrinque coniuncta; vt quod iactare Noſtri ſolent, verba omnia in potentiore ſignificatu accipiantur. Sed etiam quia *illius legis* ſpecies & reſponſum ſpecialem aliquam rationem habere videtur, petendam ex veriſimili patris voluntate, potiùs quàm ex ſolo fauore alimentorum. Eo ſiquidem loco proponebatur pater filium impuberem hæredem inſtituiſſe, & filiæ dotis nomine cùm in familia nupſiſſet ducenta legauiſſe, nec quicquam præterea, & tutorem vtrique Sempronium dediſſe: In qua ſpecie dubitari non poterat, quin cogitaſſet pater de alimentis filiæ præſtandis in id vſque tempus, quo dotem legatúmve habere poſſet. Vnde enim alimenta eam habere interim vellet, niſi ex hæreditate? Aut quomodo aliquando in familia nubere vt legatum conſequeretur, ſi non haberet interim vnde viueret? Aut denique quomodo eã viuere ſine alimentis? Rurſum quid attinebat ei tutorẽ dare, ſi alimenta ipſi à tutore præſtari nolebat pater? Nam cùm & perſonæ & bonorũ adminiſtratio tutori competat, & quidem perſonæ principaliter, *l. quia perſonæ 14. ff. de teſtam. tutel.* rerum verò omnium per conſequentiam, *d. l. cùm plures 12. §. cùm tutor, ff. de admin. tut.* neque perſona adminiſtrari poteſt ſine alimentis, neque bona, quæ adhuc nulla ſint: Ob eámque cauſam benè Iulianus reſpondet, etiamſi nihil de hoc Magiſtratus decreuiſſet, huic tamen filiæ ex pupilli facultatibus à tutore alimenta præſtari debuiſſe.

***

ILLATIO XXI.

De æſtimando per tutorem modo ſeruorum qui ſunt circa pupilli perſonam.

Vlceſimoprimo ex eodem Principio fit, quod Caius ſcribit in *l. tutor. 13. in princip. eod. tit. De admin. tutor.* tutorem ſecundum dignitatem facultatéſque pupilli, debere æſtimare modum ſeruorum, qui circa pupillum futuri ſint. Nempe quoniam prudens & diligens paterfamilias quilibet, in familia ſua conſtituenda idipſum faceret, modúmque & numerum ſeruorum ſuorum ex ſua dignitate ſuíſque facultatibus æſtimaret, ſicut & in cæteris omnibus fieri ſolet, ſiue de ſumptibus funeris agamus, *l. ſi quis ſepulchrum 12. §. ſumptibus funeris. ff. de relig. & ſumptib. funer.* ſiue de dotis conſtitutione, *l. quæro 60. l. cum poſt 69. §. gener. ff. de iur. dot.*

l. tutor 13 ſin in pr. ff. de adm. tutor.

ILLATIO XXII.

De tutore qui collegam ſuum non fecit ſuſpectum.

Vlceſimoſecundò ex eodem Principio fit, quod Paulus ait in *l. etiam. 14. eod. titul. De adminiſt. & peric. tutor.* Etiam contutoris factum imputari collegæ, ſi potuit & debuit ſuſpectum facere; adeóque interdum & ſi debuit ab eo ſatis petere. Nec enim prudens quiſquam & diligens paterfamilias res ſuas ab eo adminiſtrari pateretur, cuius ſiue fidem, ſiue induſtriam ſuſpectam haberet, præſertim ſi non haberet ſibi cautum idonea ſatiſdatione. Eadémque ratio facit, vt tutor qui contutoris idoneum hæredem conuenire pupilli nomine cùm poſſet, noluit, damni vicarius ſubſtituatur: *l. tutores 39. §. antepen. eod. tit.* vbi Papinianus hunc ait eſſe ſimilem ei, qui non idoneum tutelæ tempore ſuſpectum facere ſuperſedit. Vtrique enim poteſt imputari negligentia quæ non caderet in patremfamilias diligentem, *l. 2. in fin. ff. de magiſtr. conuen.* Planè ſi contutor idoneus ſubitò lapſus ſit facultatibus, nihil eſt quod ei poſſit imputari collegæ, qui eum ſuſpectum non fecit, quia nec facere potuit: *d. l. etiam.*

ILLATIO XXIII.

De eo qui tutor datus, perperam ſe excuſauit, aut iniuſtè appellauit.

Vlceſimotertiò ex eodem Principio fit, vt tutor, vel curator cuius iniuſta appellatio pronunciata erit, cuiuſve excuſatio recepta non ſit, obligatus intelligatur non ex tempore pronunciationis, ſed ex quo die accedere debuit ad adminiſtrationem: *tutor vel curator. 20. eod. tit. De admin. & peric. tutor.* Diligens enim & prudens paterfamilias numquam id facturus fuiſſet, cùm non leuis culpa ſit contra iuris autoritatem mandatum tutelæ officium detrectare, inquit Papinianus in *d. l. tutores 39. §. tutor datus, eod.* quo loco idem iuris conſtituit in hærede tutoris creati, qui aduerſus creationem ipſam proclamauerat, vt ſcilicet ſi poſt tutoris mortem victus ſit in cauſa appellationis, præteriti quoque temporis periculum præſtet, tãquam ſuccedaneus culpæ & negligentiæ

l. tutor vel curator 20. ff. de adm. tut.

Digitized by Google

tiæ defuncti cuius perſonam hæreditario iure repræſentat.

que cauſam obligare poſſit bona pupilli vel adulti etiam ſine decreto.

ILLATIO XXIV.

De actore conſtituendo interdum periculo tutoris.

VIceſimoquartò ex eodem Principio fit, vt periculo tutoris & decreto Prætoris Actor conſtitui ſoleat, quotieſcumque aut diffuſa negotia ſunt, aut dignitas, vel ætas, aut valetudo tutoris id poſtulat: *l. decreto 24. eod. tit. De adm. & peric. tutor.* Nimitum quoniam id in re ſua faceret diligens paterfamilias, quiſquis ex ſupradictis cauſis, vel ex alia qualibet, rebus ſuis ſupereſſe non poſſet. Nam & inde procuratorum & actorum vſus fluxit, teſte Vlpian. in *l. 1. §. vſus, ff. de procurat.* licet eo loco de Procuratoribus tantùm loquatur; quippe quorum vſus faciat, ne Actorum vſus neceſſarius videri poſſit. Procurator enim ab eo ipſo conſtituitur cuius procurator fit; Actor autem ab alio quàm ab eo cuius actor eſt, & plerumque à Magiſtratu, ſed ipſius nomine. Fruſtra verò quis ſe interponat ad faciendum nomine alterius idipſum, quod alter ille per ſe commodius facere poſſit, ideóquePaulus in *d. l. decreto*, ſubiicit, *ſi tamen nondum fari pupillus poteſt, vt procuratorem facere poſſit, aut abſens ſit, tunc Actor neceſſario conſtituendus eſt*: vt intelligamus non eſſe tractandum de actore in eo caſu quo pupillus fari poſſit, quoniam tunc poteſt ipſe conſtituere procuratorem, vt & cætera omnia facere tutore ipſo autore, citra decretum & interuentum Prætoris. Cur enim à Prætore peteretur id, quod ſine Prætore tutor facere poſſit? *arg. l. imperatores 31. De reb. autor. iud. poſſid.*

L. decreto 24. eod.

ILLATIO XXV.

De tutore qui pupillum indefenſum reliquit.

VIceſimoquintò ex eodem Principio fit, vt tutoris præcipuum officium eſſe dicatur ne pupillum indefenſum relinquat, *l. tutoris 30. De adminiſt. tutor.* quia nec prudens quiſquam & diligens paterfamilias ſeipſum indefenſum relinquit. In eámque rem notabilis eſt Iuſtiniani conſtitutio in *l. vltim. Codic. eodem*, vbi tutoribus vel curatoribus pupillos aut adultos ſuos non defendentibus hanc pœnam imponit, vt non ſolum remoueantur tanquam ſuſpecti, & quod eſt conſequens cum iactura exiſtimationis, ſed etiam ex ſubſtantia ſua omne detrimentum quod pupilli, vel adulti ex defenſionis recuſatione ſuſtinent reſarcire cogantur. Hoc etiam addito vt ad curam matris & aliarum perſonarum quarum officio incumbit, vt tutores, vel curatores petant, pertineat etiam curare & exequi, vt per datos tutores, vel curatores, pupilli adulti ve rectè defendantur, aut vt alij tutores, vel curatores ordinentur. Sed & conſtituit ibidem Iuſtinianus vt inter cætera capita iuriſiurandi à tutoribus, vel curatoribus præſtandi, hoc ſpecialiter exprimatur de præſtanda defenſione: Hactenus tamen vt tutor vel curator defenſionem promittens, non cogatur ſatiſdare de rato, aut de ſoluendo iudicato: ſed tantùm iudicio ſiſti, in eámque cauſam obligare poſſit bona pupilli vel adulti etiam ſine decreto.

l. tutoris 30. ff de admin. tutor.

ILLATIO XXVI.

De damno quod accidit pupillo ob cautiones ſoluti vectigalis non inuentas.

VIceſimoſextò ex eodem Principio fit, quod Modeſtinus reſpondit in *l. ſine hærede 32. §. 5. ff. eod.* Damnum ſi quod accidit eo quod cautiones ſoluti vectigalis inuentæ non ſint, ad tutorem cuius admiſſa culpa nulla proponitur, minimè pertinere. Nec enim alius quilibet paterfamilias quantumuis diligens in rebus ſuis huic damno & incommodo mederi poſſet. Inculpatum igitur tutorem indemnem quoque manere æquum eſt, quem damno affici æquum eſſet.

l. ſine hærede 32. §. 5. ff. eo.

Quò etiam pertinet quod Hermogenianus ſcribit in *l. ſi res pupillaris 50. eod. tit.* Si incurſu latronum res pupillaris pereat, vel argentarius, cui tutor pecuniam dedit, cùm fuiſſet celeberrimus, ſolidum reddere non poſſit, nihil eo nomine tutorem præſtare cogendum eſſe; Scilicet ſi in eo loco res pupillares erant, quem diligens quilibet paterfamilias tutum credere potuiſſet, nec aliud quiequam ſit quod tutori poſſit imputari: Fortuitos enim caſus, aduerſus quos cauere & prouideri non potuit, tutoribus vel curatoribus imputari non oportet: *l. tutoribus 4. C. de peric. tutor.*

Cæterùm ſi res pupillares quas in horreo reconditas habere, aut etiam venundare tutor debuit, in hoſpitio ipſius tutoris vi ignis abſumptæ ſint, culpam ſeu ſegnitiem tutoris ad ipſius damnum non ad pupilli diſpendium ſpectare conuenit, *l. ſi res a. eod.* Licet enim ponas caſum incendij fortuitum fuiſſe nec tutoris culpa in eo vllam interueniſſe, præceſſit tamen culpa eo quod caſui fortuito expoſitæ manſerunt res pupillares, quas tutor in tuto collocare debuerat. Id enim alius quilibet diligens paterfamilias in re ſua facturus eſſet.

ILLATIO XXVII.

De reddendis per tutorem fructibus qui ex fundo pupillari percipi potuerunt.

VIceſimoſeptimò ex eodem principio fit, quod idem Modeſtinus reſpondit in *d. l. ſine hærede 6. §. Modeſtinus a. de admin. tut.* tutorem eorum redituum nomine rationem pupillo reddere debere qui ex fundo bona fide percipi potuerunt. Bonus enim & diligens quiuis paterfamilias omnes fructus percepiſſet quotquot bona fide & honeſtè percipi potuerunt Nam nec aliud eſt dicere, Fructus honeſtè percipi potuiſſe, quam ſi quis pluribus verbis diceret, Potuiſſe percipi à prudente ac diligente paterfamilias.

ILLA

ILLATIO XXVIII.

De tutore qui minus percepit à ſeruo pupillari, quàm percipi bona fide ex fundo potuit.

Viceſimooctauò ex eodem Principio fit, quod ſequitur apud Modeſtinum in *dicta leg. ſine herede, verſic. atem reſpondit*, Si minus à ſeruo tutor percepit quàm bona fide ex fundo percipi potuit, quantum ex ſerui peculio ſeruari poſſit, eidem tutori proficere debere, & computari in eam quantitatem, in quam tutor pupillæ ſuæ fit obſtrictus: Scilicet, inquit Modeſtinus, ſi non perdituro ſeruo adminiſtrationem tutor credidit. Nam quemadmodum prudens & diligens paterfamilias numquam crediturus eſſet pecuniam perdituro; Ita huic tutori eſſet imputandum cur adminiſtrationem tali ſeruo commiſiſſet, ideóque pupillo magis quam ei prodeſſe deberet, quod ex ſerui peculio ſeruari poſſet. Semper enim poteſt imputari ei, qui contrahit cum perdituro, *l. quod ſi minor 24. §. reſtitutio ff. de minor.* Et ſub hac, eadémque exceptione accipiendum eſt quod Papinianus ſcribit in *l. tutore 39. §. vltim. ff. de adminiſtr. & peric. tutor.* quod adoleſcens retinuit aut retinere potuit de peculio ſerui actoris, quem manumiſit poſt cœptam ab eo adminiſtrationem, in rationes poſtea reddenda curatori per iudicem accepto fieri oportere. Id enim non aliter verum eſt quam ſi non perdituro ſeruo adminiſtratio commiſſa eſſe proponatur.

ILLATIO. XXIX.

De tutore qui malam loci conſuetudinem ſecutus ſoluit pro alio quod pupillus non debuit.

d. l. ſine herede §. Lucius. Viceſimononò ex eodem principio fit, quod ſcriptum eſt in *ead. l. ſine herede*, §. *Lucius*, vbi tractat Modeſtinus de eo, qui cùm eſſet cohæres & curator ſororis ſuæ, & ex ea ciuitate in qua vſitatum erat ipſos dominos prædiorum, non conductores onera annonarum, & contributionum temporalium ſuſtinere, morem hunc & conſuetudinem ſemper obſeruatam ſecutus, & ipſe pro communi ac indiuidua hæreditate annonas præſtitit. Et quærit Modeſtinus, An in rationibus dandis & reddendis, opponi poſſit curatori quod non rectè pro parte ſororis tales impenſas fecerit. Reſponde autem id demum curatorem adultæ reputare poſſe ex cauſa de qua quæritur, quod ipſa ſi rem ſuam adminiſtraret erogare compelleretur, Id eſt non poſſe in propoſita ſpecie huiuſmodi expenſas ſorori reputari, quia nimirum quoties de rationibus reddendis tractatur, non tàm quid tutor in re ſua fecerit inſpiciendum eſt, quàm quid prudens & diligens paterfamilias fuerit facturus. Vtique autem prudens paterfamilias non ſoluiſſet de ſuo annonas, quarum onus ex ratione iuris pertinet ad poſſeſſorem fructus percipientem: *l. in ſumma 6. C. de pign.* adeò vt nec valeat conuentio facta in contrarium, quantum ad ius fiſci, *l. inter debitorem 42 ff de pact. l. vlt. & tot. tit. C. ſine cenſu vel reliq.* Nec tutorem hunc mouere debuit, aut factum ipſius excuſare contraria conſuetudo, cuius ſcilicet magna quidem vis & autoritas eſt, ſed numquam tanta, vt vel rationem vincere poſſit, vel legem: *l. 2. C. quæ ſit long. conſuet.*

ILLATIO XXX.

De habenda ratione ſumptuum à tutore in tutelam ipſam factorum.

Trigeſimò ex eodem Principio fit, quod Principalibus conſtitutionibus declaratur, Sumptuum qui bona fide in tutelam fiunt rationem haberi ſolere, at non etiam eorum qui in ipſos tutores fiunt, Niſi ab eo magiſtratu qui tutorem dedit certum ſalarium conſtitutum eſt, inquit Calliſtratus in *l. à tutoribus 33. §. vlt. ff. de admin. & peric. tutor.* Ratio eſt, quia non poteſt quiſquam paterfamilias quantumuis diligens res ſuas bene tractare quin faciat in eam rem ſumptus neceſſarios, ſine quibus inanis eſſet ac ſine effectu diligentia. Satis igitur eſt præſtari à tutore diligentiam, nec illud ab eo præterea exigendum eſt, vt de ſuo præſtet ſumptus quos in tutelam ipſam bona fide facere cogatur: quia neque bona fides hoc patitur vt ex officij ſui neceſſitate damnum vllum pecuniarium ſubire ſit ei neceſſe. Plane nec diligentiæ ſuæ pretium exigere poteſt, niſi quod ab initio fuerit ipſi conſtitutum. Idque Principalibus illis conſtitutionibus, quas Calliſtratus refert, bene cautum & prouiſum fuit. l. à tutoribus 33. §. vlt. ff de admin. & peric. tutor.

ILLATIO XXXI.

De periculo nominum minùs idoneorum quæ tutor poſterior à priore ſuſcepit.

Trigeſimoprimò ex eodem Principio fit, vt ſiue tutor, ſiue curator nomina, quæ iuſte putat non eſſe idonea, à priore tutore, vel curatore ſuſcipere quidem cogatur, ſed non tamen eorum exactionem periculo ſuo facere, quemadmodum Papinianus ſcribit in *l. tutor 33. ff. ecd. tit. De admin. & per. tutor.* Aliud enim longè eſt Diligentiam, aliud verò Periculum præſtare, Diligentiam enim omnimodo præſtare tutor cogitur, Periculum verò non niſi quod ab ipſius culpa & negligentia cauſam habeat. Porrò qui nominibus ſuſceptis à priore tutore, vel curatore, nomina ſimpliciter & vltro agnouit non coactus, is periculum in ſe transfert, *l. qui nominibus 44. eod. tit.* Ita vt de eo nomine non poſſit prior tutor, vel curator conueniri, *l. ſi probatum 19. ff. de tutel. & ration. diſt.* Benè igitur & prudenter tutor facit, qui nomina quæ non putat idonea ſuſcipere recuſat, vt appareat non niſi inuitum eum ſuſcepiſſe, ne periculo ſe obſtringat. Sed hoc ita ſi iuſtam habeat cauſam putandi non eſſe idonea. Alioqui ſi non ſubſit iuſta cauſa id exiſtimandi, nihil proderit tutori vel curatori poſteriori quod nomina ſuſcipere detrectet, vt periculo ſe eximat, quod re vera nullum ſit, niſi cui futura ipſius negligentia cauſam ſit datura. Tutoribus namque, vel curatoribus ſuccurrendum hactenus eſt, ne ex officio ſuo damnum ſentiant, non vt negligentiæ, aut etiam perfidiæ ſuæ colorem quærant.

Digitized by Google

ILLATIO XXXI.

De curatore à patre inutiliter dato, qui ſe per errorem immiſcuit adminiſtrationi.

TRigeſimo ſecundo ex eodem Principio fit, vt curator à patre teſtamento inutiliter datus, ſi per errorem impuberis negotiis ſe immiſcuerit, poſtea tutoribus aliis a prætore datis periculum futuri temporis ſi poſtea nihil ille geſſerit præſtare non cogatur: *l tutores 39. §. 1. ff. eod. tit. De adminiſt. & peric. tutor.* Diligentiam enim iſtam, quam paterfamilias in rebus ſuis ex bona fide præſtare debet, ab eo demum exigimus, qui verè tutor aut curator eſt, non etiam ab eo qui per errorem putauit ſe talem, cùm non eſſet: *l. impuberi 40. eod.* Quamquam non vſque adeò ſibi blandiri hic debet, vt putet nullam prorſus à ſe præſtandam diligentiam. Debet enim curare vt verus & idoneus tutor à Prætore conſtituatur, Ne fortè ſi rem cœptam deſeruerit fraudis, vel culpæ cauſa condemnetur, vt ſubiicit Papin. in *§. ſeq. d. l. tutores.* Non enim bona erit comparatio, ſi quis dicat eum qui negotiis impuberis ſe immiſcuit ſecundum patris voluntatem cùm non iure tutor datus eſſet, ſimilem eſſe illi, qui vltrò negotium alienum geſſit, cùm ſatis abundéque ſufficiat, vel in vna ſpecie per amici laborem domino conſuli, vt ait Papinianus. Quod ipſum Imperatores tractant in *l. tutori 20 C. de neg. geſt.* Eodem pertinet quod idem Papinianus reſpondet in *§. curatores teſtamento 7. d. l. tutores,* Si curatores vel tutores teſtamento inutiliter dati, neque decreto Prætoris confirmati negotia geſſerint, Vice mutua periculum præſtare cogendos, Non vti ne habeant beneficium diuiſionis, quod haberent etiamſi tutores verè fuiſſent, vel curatores, ſi modo tempore litis conteſtatæ fuerint ſoluendo, ſed vt ex perſona eorum qui ſoluendo non ſunt cæteri onerentur, quomodo etiam in veris tutoribus & curatoribus contingeret. Cùm officium ſponte, inquit Papin. citra iuris adminiculum inierint, & qui fuit idoneus decretum Prætoris tutores vel curatores conſtituentis implorare debuerit, vt à ſe periculum arceret, Ex eo ſi quidem tempore deſineret teneri, & ſolus ille teneretur, qui decreto Prætoris legitimè tutor conſtitutus eſſet, ſi modò ſolus ille adminiſtraſſet. Quod ſi adhuc in adminiſtratione perſeueraſſet is qui decretum implorasſet, nihilominus duntaxat eatenus teneretur, quatenus adminiſtraſſet, nec veri tutoris periculum præſtare teneretur is, qui reuera tutor ipſe non eſſet, cùm mutui periculi præſtandi ratio in eos cadere nequeat, qui diuerſo adminiſtrationis officio funguntur. Planè ſi omnes decreto Prætoris tutores, vel curatores conſtituti eſſent, alia ratio eos mutuo periculo adſtringeret, Illa videlicet, quod imputari poſſet idoneo cur collegam minus idoneum & negligentem ſuſpectum non feciſſet. At ſi omnes tutelæ reddendæ tempore ſoluendo reperirentur, nihil eſſet quod de mutuo
d. l. tutores §. curatores adoleſcentes. periculo tractari poſſet, nec ſi ex ea cauſa fuiſſet cautum, ſiue fideiuſſoribus, ſiue pignoribus, quicquam id prodeſſet: *§. curatores adoleſcentis 5. d. l. tutores.*

ILLATIO XXXI.

De tutore pupilli fideicommiſſarij qui non coegit hæredem inſtitutum adire.

TRigeſimo tertiò ex eodem Principio fit quod idem Papinianus tractat in *§ heres inſtitutus, dict. l. tutores 39. ff. de adminiſtr. tutor.* Hæres inſtitutus qui non habebat ſubſtitutum, & rogatus erat hæreditatem reſtituere fideicommiſſario pupillo, priuſquam hæreditatem adiret, vita deceſſit, cùm hæreditas in Italia eſſet, ſcriptus autem hæres in prouincia deceſſiſſet; Ait Papinianus tutores prouincialium rerum culpæ nomine condemnandos eſſe, ſi cauſam teſtamenti non ignorantes, vtilitatem impuberis deſeruerunt, id eſt ſi ſcientes fideicommiſſum pupillo relictum, hæredem adire non coëgerunt, cum poſſent cogere ex Pegaſiano. Alius enim quilibet diligens paterfamilias ita feciſſet, ex autoritate Senatuſconſulti, cui tum quoque locus eſt, cùm aliqua ratio vrgere videtur pro hærede ſi periculum ſit, vt ſemper eſt, ne fideicommiſſum intercidat mortuo interim hærede; vt in *l ille à quo 13. §. 1 l. ita tamen 27. §. quoties, ff. ad SC. Treb.* Nam tutores illos rerum prouincialium excuſare illud poteſt, quòd in Italia eſſet hæreditas, quæ proinde ad eorum curá pertinere non videbatur. Nam vt eleganter & ſubtiliter Papinianus reſpondet, hæreditatis fideicommiſſum in proincia reſtitui potuit, cùm reſtitutio poſſit fieri verbo, etiá vbi nulla eſt res hæreditaria, *l. reſtituta 37. eod. tit.* atque ita fuiſſet expedita cauſa iuris, ſiquidem certum ius eſt fideicommiſſum ſemel reſtitutum poſtea intercidere nunquam poſſe. Quin etiam ſufficit aditam eſſe ab hærede hæreditatem, vt tota defuncti voluntas rata conſtituatur, *l ſi patroni 55. §. qui fideicommiſſum, eod. tit.* licet hæres ante factam reſtitutionem deceſſerit, quia hæreditatem ab hæredis hærede reſtitui nihil vetat; quamuis ſenatuſconſultum de ipſius hæredis rogati perſona loquatur: *l. quamuis 40. §. perſona, eod. tit.*

In propoſito itaque tutoribus rerum prouincialium hoc ſaltem imputari poſſe videtur, quare non coëgerint hæredem vt adiret, Quo facto potuiſſet quandocumque viuo pupillo reſtitui fideicommiſſum, ſiue in prouincia, ſiue in Italia. Poſt factam verò reſtitutionem, adminiſtratio hæreditatis, quæ fuiſſet in Italia ad rerum Italicarum tutores pertinuiſſet. Nihil enim commune habet cauſa iuris, cum cauſa adminiſtrationis tutelæ, quæ non iuris ſed iuriſdictionis eſt, vt ait idem Papinianus in *l. inter tutores 36. ff. eod. tit. De adminiſt. & peric. tutor.*

Et autem valde notandus hic Papiniani locus, contra eos qui putant fideicommiſſum eſſe ſubſtitutionem, & fideicommiſſarium vocant ſubſtitutum. Si enim ita eſſet, implicaret contradictionem, quod Papinianus ponit, nullum fuiſſe datum ſubſtitutum ei qui tamen rogatus fuerit de reſtituenda hæreditate. Sed de eo dicemus latius & commodiùs ad *tit. De vulgar. & pupill. ſubſtit.*

Non valde huic Papiniani reſponſo diſſimile illud eſt, quod ſequitur apud eundem Papinianum in *§ rerum prouincialium, d. l. tutores*, vbi ait rerum prouincialium tutores in vrbe cauſas ap- d. l tutores §. rerum prouincialium. pellationis impuberum agentes ad officium ſuum reuocare debere vt rerum Italicarum cura-

tores

tores impuberibus conſtituantur, Alioqui ſi priùs in prouinciam redierint, dolum, aut culpam eorum in ea quoque parte iudicem rectè conuenturum, Eadem nimirum ipſa ratione quæ ex Principio noſtro pendet, quod prudens paterfamilias, qui & Romæ, & in prouincia res ſuas haberet, nunquam id conſilij ſumeret, vt in prouinciam rediret, niſi conſtitutis priùs in vrbe procuratoribus qui res Italicas adminiſtrarent. Nec quod rerum duntaxat prouincialium tutores iſti eſſent, ad rem facit. Ea namque patrimonij diuiſionum etiam cum à iudice fit, ad cauſam adminiſtrationis pertinet, magis quàm ad cauſam tutelæ; nec eo minus verum eſt tutores iſtos in poteſtate habere perſonam pupilli, & conſequenter ad eos ſpectare curam bonorum pupilli omnium, non quidem vt adminiſtrent, ſed hactenus ſaltem, vt cùm effectu curent conſtitui curatores ad eas adminiſtrandas, ne qua ex parte pupilli patrimonium periclitentur: aut ſaltem vt poſtulent liberari ſe ab adminiſtratione ac periculo rerum in Italia conſtitutarum, vt in *l. eu ſolum* eo *§. & qui in teſtamento, ff. de excuſat. tutor.* quod tamen bonus iudex nunquam iis aliter indulgere debebit, quam conſtitutis priùs in Italia procuratoribus, per quos res Italicæ ex pupilli vtilitate adminiſtrari poſſint.

Quid ergo ſi patruus teſtamento tutor datus filio fratris, cum in Italia domicilium haberet, tam Italicarum quam prouincialium rerum adminiſtrationem ſuſceperit, atque ita pecuniam ex venditionibus Romæ refectam in prouinciam traiecerit, & in calendarium pupilli conuerterit, deinde in ipſius locum alius tutor Romæ ſubſtitutus ſit: Ad quem huius pecuniæ adminiſtratio pertinebit? Speciem hanc tractat idem noſter Papinianus in *d. l. tutores § patruus*. Et an tutorem hunc in alterius locum Romæ ſubſtitutum, non cogi ſuſcipere adminiſtrationem pecuniæ quæ non pertinet ad ſuam tutelam. Ratio dubitandi erat, quòd pecunia hæc refecta eſſet, redactaque ex venditionibus Romæ factis. Sed decidendi illa, quod iam deſierat illa ad Italicum patrimonium pertinere eo tempore, quo tutor hic Romæ ſubſtitutus fuit, cùm in prouinciale pupilli calendarium iam conuerſa eſſet. Non enim diligentis patrisfamilias officio tutor in aliis rebus fungi cogitur, quàm in iis, quæ ad tutelam ſuam pertinent, dummodo non deſit qui cæterarum curam, vel gerat, vel gerere debeat.

ILLATIO XXXIII.

De eo quod periit communi negligentia tutorum, quorum alij geſſerint, alij non geſſerint.

d. l. tutores, §. in eum.

TRigeſimotertio ex eodem Principio fit, quod ſcriptum eſt in *dicta lege tutores, §. in eum*, vt quamuis in eum qui tutelam gerere noluit, vtilis actio tutelæ non detur, niſi poſt cæteros qui geſſerunt: ſi quid tamẽ ſit, quod ex tutela, non ad eos qui ſe negotiis miſcuerunt peruenerit, ſed communi negligentia perierit citra ſubſtitutionis ordinem, æqualiter omnium periculum ſpectet. Hoc enim caſu is qui nihil omnino geſſit conuenitur, non ex aliorum facto, ſed ex ſuo non facto, ac proinde ex culpa ſua propria, cùm ex officio debuerit diligentiam præſtare non negligentiam in rebus pupilli. Cùmque æqualis ſit omnium tutorum negligentia, & conſequenter par & æqualis culpa, mirum non eſt inter eos non ſeruari ordinem illum ſubſtitutionis, qui ſeruatur cùm hic vnus non geſſit, alij verò geſſerunt. Tunc namque maior culpa eſt eorum qui geſſerunt quidem, ſed negligenter, quam huius qui nullomodo, cùm poſſit negligentia iſtius aliqua ex parte excuſari, quod pupilli rem ab aliis geri videbat: quibus è contrario imputari multò magis poteſt, cur in gerendis pupilli negotiis eam diligentiam non adhibuerint, quam bonus & diligens paterfamilias ex bona fide in re ſua adhibere potuiſſet.

Vnde etiam eſt quod in eos qui geſſerunt directa actio competit; in eum verò qui non geſſit, vtilis tantùm; quia facilius & naturalius eſt, vt obligatio naſcatur ex facto, quam ex non facto, ſoláque æquitas, & ferendi auxilij neceſſitas inducit vtilem actionem: quæ porrò neceſſitas nulla ſubeſt, cùm alij ſunt, qui actione directa poſſunt conueniri. Etſi autem directa actio contra eos qui geſſerunt non minùs competit, pro iis quoque rebus quas per negligentiam non geſſerunt, quia ſufficit ad directam actionem inducendam, vt aliquid vel minimum ex tutela attigerint, & adminiſtrare cœperint: *l. 4. § ſed enim. ff. rem pupill. ſalu. for.* Non tamen ea res liberat illum qui tutor factus tutelam gerere noluit, quominus teneatur cum cæteris, qui geſſerunt, & quidem citra ordinem ſubſtitutionis, cùm in eo quod geſtum non eſt, æqualis culpa ſit omnium qui gerere debuerunt; in eo verò quod geſtum eſt, maior culpa ſit eorum qui geſſerunt, quia plus peccat qui malè, quàm qui nihil prorſus gerit. *l. 4. § ſed enim ff. rem pupill. ſalu. for.*

ILLATIO XXXIV.

De beneficio diuiſionis inter plures contutores qui non adminiſtrauerint, & ſoluendo ſint.

TRigeſimoquartò ex eodem Principio fit, quod idem Papinianus ſcribit in *l. ſi plures* 18. *ff. eod. tit. De admin. tutor.* & Vlp. in *l. 1. §. nunc tractemus, ff. de tute. & rat. diſt.* Si plures tutelam non adminiſtrauerint, & omnes ſoluendo ſint, poſſe quidem ſingulos, ſi in ſolidum conueniantur, excipere periculi ſocietatem tanquam eiuſdem pecuniæ debitores, ſicut ſi omnes adminiſtraſſent: *d. §. nunc tractemus*, nec electioni locum eſſe, hoc prætextu quod adminiſtrationis partes nullæ inueniantur; quia non ſunt quærendæ partes adminiſtrationis quæ nulla eſt, túncque locum habet electio, cum omnes pariter adminiſtrarunt, ita vt non poſſit ſciri pro qua parte quis adminiſtrauerit, *l. cum interdicta 6. in fin. C. arbit. tute.* iunct. *l. vlt. ff. rem pup. ſalu. for.* Sed ſi quidam ex his idonei non ſint, onerari proculdubio cæteros, vt in ſolidum conueniri poſſint, nec habeant beneficium diuiſionis, Nec iniquè, inquit Papinianus, cùm ſingulorum contumacia damnum pupillo in ſolidum dederit.

Ex quo infert nec pupillum actiones ei, qui conuenitur, in alterum pro parte ſcilicet præſtare debere. Cùm enim propria cuiuſque contumacia puniatur, qua fronte, inquit, poterit hoc deſiderari? Nimirum quia non quælibet culpa, ſed merè perfidia eſt, quoties tutor in re pupillari

non

Digitized by Google

non præſtat quicquid bonus, & diligens paterfamilias ex bona fide in rebus ſuis præſtare debetet. Alienum autem eſt à ratione iuris, vt actionem quis ex ſua improbitate vllo caſu conſequatur, *l. itaque* 12. §. 1. *ff. de furt.* Et vt addit Vlpian. in *d. §. nunc tractemus*, proprij delicti pœnam hic ſubit. Quæ res indignum cum facit, vt à cæteris quid conſequatur doli participibus. Nec enim vlla eſt, inquit, ſocietas maleficiorum, vel communicatio iuſta damni ex maleficio.

ILLATIO XXXV.

De remiſſa per conuentionem culpa tutorum.

TRigeſimoquintò ex eodem Principio fit, vt ab eo qui reſtitutionis auxilio non iuuatur, id eſt qui neque ætatem, neque vim, neque dolum poſſit obtendere ad implorandam reſtitutionem, quæſtio culpæ tutorum conuentione remitti poſſit, neque donatum hoc caſu, ſed tranſactum eſſe videatur; vt idem Papin. ait in *d. l. tutores* 39 §. *ab eo, De admin. & peric. tutor.* Scilicet quoniam quæſtio culpæ tutorum, non iuris, ſed facti eſt, cum tota in eo verſetur. An tutor fecerit in re pupilli ex bona fide quicquid prudens & diligens paterfamilias in re ſua facturus fuiſſet: Quæſtio autem facti ſemper dubia & incerta eſt, non ob id ſolum quod à lubrica teſtium fide pendeat, ſed ob id etiam quod arbitrio ac religioni iudicantis committatur: *l. 1. §. verſicul. & quamuis, ff. ad SC. Turpil. l. ordine* 15. *ff. ad municip.* Ideóque iuſtam ſemper materiam tranſactionis præbet, cùm ſufficiat metus litis, *l. 2. l. de fideicommiſſo* 11. *C. de tranſact. l. 1. Cod de pact.* Rectè autem Papinianus, *ab eo qui reſtitutionis auxilio non iuuatur*, quoniam qui in ea cauſa eſt, vt in integrum reſtitui poſſit, ſiue propter ætatem ſiue propter vim, aut dolum, aut quam aliam huiuſmodi cauſam, non minus contra tranſactionem reſtituitur, quam contra donationem, *tot. tit. C. ſi aduerſ. tranſact.* Itaque in iſtorum perſona, tranſactionis eadem, quæ donationis ratio eſt: At nō ſimiliter in perſona maioris, qui reſtitutionis auxilium implorare non poſſit. Nam maioribus quoque ſuccurritur interdum aduerſus donationem, vt puta ſi excedat illa modum lege Cincia præſtitutum, quod innuit Paulus in *l. penult. in fin. ff. de donat.* poſt Papinianum noſtrum in *l. Aquilius* 27. *eod. tit.* At contra tranſactionem numquam maioribus ſubuenitur, nec vllus tranſigendi modus præſcriptus eſt, dum ne quid dolo malo, aut aliter contra leges fiat: *l. cauſas* 16. *l. ſi maiores* 25. & paſſ. *C. de tranſact.*

ILLATIO XXXVI.

De non compenſenda negligentia tutoris cum diligentia patris.

TRigeſimoſextò ex eodem Principio fit, vt ſi impuberis pater nomina fecerit vſuris maioribus, quorum periculum poſtea factis debitoribus non ſoluendo adſcriptum ſit negligentiæ
l. pen in fin. l. Aquilius 27. *ff de donat.* tutorũ, potius quã auiditati patris, qui dulcedine vſurarum (quod plerumque fit) ſecutus ſit malum nomen, vt in *l. ait prætor* 10 §. *ſi quid in fraudem. ff. quæ in fraud. credit.* cogatur quidem impubes actionem calendarij præſtare in inopem debitorem, ſiue quod ſine vllo ſuo diſpendio id facere pupillus poſſit, *l. in credutere* 38. *ff. de euict.* ſiue quod non multum commodi ex inani actione ſperare impubes poſſit, *l. nam is* 6. *ff de dolo*, ſed tamen exactas vſuras etiam tutelæ tempore poſſit pupillus retinere, adeóque quod magis eſt citra vllam compenſationem, id eſt ne quidem compenſato eo quod vſurarum nomine perceptum eſt, cum eo quod à tutoribus ex tutelæ cauſa debetur, At neque en quod plus fuit in maioribus illis vſuris, quàm futurum erat ſi meliore condirione, ac minoribus vſuris melius nomen eligere pater voluiſſet: Quia vſuræ quidem exactæ debentur ex patris conuentione, cuius commodum filio eripi, vt transferatur in tutorem qui hoc nomine nihil præſtat, æquum non eſt. Quod verò tutores debent, ex ipſorum negligentia profectum eſt, cuius compenſarionem cum patris diligentia fieri non oporter. Hæc enim Papiniani ſententia & ratio eſſe mihi videtûr, in *d. l. tutores* 39. §. *negligentia* 14. *ff. de admin & peric. tutor.* vbi tota dubitandi cauſa erat, quia videbatur reliuquendum tutoribus commodum omne, quod ex iis nominibus percipi poterat, quorum ipſi periculum præſtarent, ſi modò nihil abeſſet pupillo neque ſortis nomine, neque vſurarum pupillarium, quas ex cauſa tutelæ præſtari mos eſt., etiamſi eſſent illæ minores, quàm de quibus pater conuenerat.

ILLATIO XXXVII.

De curatore qui per negligentiam, non tranſtulit ad ſe reliqua tutorum.

TRigeſimoſeptimò ex eodem Principio fit, vt ſi adoleſcens acceptis curatoribus egerit aduerſus tutores, à quibus curatores tutelam ad ſe per negligentiam non tranſtulerant, nec ab iis totum ſeruare potuerit, actionem eo nomine habeat contra curatores, *d. l. tutores, §. adoleſcens.* Non *d. l. tutores §. adoleſcens.*
enim diligentis patrisfamilias munus implet curator, qui tutorem inopem minúſque idoneum in tutela perſeuerare patitur, cum officium tutorum curatoribus conſtitutis finem accipiat, exindéque omnia negotia, quæ inita ſunt, ad fidem curatorum incipiant pertinere, *l. à tutoribus* 33. §. 1. *eod. titul.*

Vnum tamen illud in propoſita ſpecie huic adoleſcenti obſtare videbatur, quod agendo cum tutoribus, actionem negotiorum geſtorum quam aduerſus curatores exercere potuerat conſumpſiſſe intelligeretur, vt euenit plerumque vnius actionis electione aliam conſumi, *l. cùm filius* 76. §. *variis, de legat.* 2. Sed hoc Papin. negat, contenditque ſaluam manere actionem adoleſcenti aduerſus curatores, idque optima & eleganti ratione: neque enim tutelæ, inquit, iudicio conſumptũ videtur quod alterius officij querelam habuit, id eſt quod ex alterius officij cauſa ideò deberi cœperit, quia ſeruari per actionem contra tutores inſtitutam non potuerit. Abſurdum enim eſſet perire & conſumi actionem ex ea ipſa cauſa ex qua vel naſcatur, vel ſaltem adiuuetur.

Digitized by Google

ILLATIO XXXVIII.

De tutoribus conuentis pro contutore non ſoluendo, qui actus ſui rationem reddere vetitus eſt.

TRigeſimooctauò ex eodem Principio fit, quod idem Papinianus tractat in *l. qui plures 41. ff. eod. tit. De adm. & peric. tut.* ſi is qui plures tutores habuit, vnum ex ipſis qui ſoluendo non fuit, actus ſui rationem reddere vetuerit, neque tamen ipſi reliquerit & legauerit liberationem eius quod ex tutela perceperit, aut dolo malo contraxerit, contutores qui ſuſpectum iſtũ facere neglexerunt, ex culpa propria rectè conueniri poſſe. Quid enim eſt quod poſſit eos excuſare, cùm eam diligentiam in rebus pupilli non præſtiterint, quam bonus & diligens paterfamilias in rebus ſuis præſtitiſſet? Planè ſi tutor eſſet legatarius, id eſt ſi proponeretur legata ei liberatio eorum omnium quæ ex tutelæ cauſa debuiſſet, ſicuti non teneretur ex culpa, quæ teſtamento ei remiſſa eſſet, ita neque ex ipſius perſona contutores teneri poſſent, abſurdúmque eſſet cogi eos ſoluere pro contutore iam liberato. Quid? An non plenæ liberationis legatarius eſt is, quem teſtator iuſſit eſſe ἀνεκλόγιστον & actus ſui rationem reddere vetuit: Minimè verò, quia neque teſtamento, neque alia qualibet vlla cautione poteſt ius publicum infringi, ex cuius autoritate quiſquis tutor fuit, & ex ea cauſa de pupilli bonis aliquid retinuit, vel dolo malo quid geſſit condemnandus eſt eo nomine, Nec aliud ei remedium teſtatori ſupereſt, ſi tutorem ex hac quoque cauſa liberare velit, quàm vt damnum omne, quod ex tutela ſenſerit, ei relinquat, legati aut fideicommiſſi iure, *leg. ita autem 5. §. Iulianus*, aliàs *l. quidam decedens, eod. tit. De adminiſtrat. & pericul. tutor.* Maligna enim & iniqua eſſet illa interpretatio per quam dolus remiſſus diceretur. Abundéque ſufficit ei, qui rationem reddere vetitus eſt, vt à ſcruptuloſa & nimis curioſa inquiſitione liberatus intelligatur: *l. ſi ſeruus vetitus 119. de legat. 1. l. ſi quis rationes 9. l. Aurelio 20. §. 1. D. de liber. legat.* Atque ita fortaſſe hic Papiniani locus accipiendus eſt.

Senſus d. l. qui plures.

Sed tamen mihi ſubtilius cogitanti videtur ille ſenſiſſe neſcio quid elegantius, Nimirum tutorem hunc, qui rationem actus ſui reddere vetitus eſt, hoc ipſo quidem eſſe legatarium liberationis hactenus, vt ſi quid per negligentiam, & culpam admiſerit, aut omiſerit, dummodò citra fraudem & dolum, id ei totum teſtamento remiſſum intelligatur: Sed non eò minus futurum, vt ex ipſius doloſa adminiſtratione contutores eius & conueniri & condemnari debeant, licèt nihil ipſi dolo fecerint, nec niſi culpa & negligentia iis imputari poſſit, quod ſuſpectum facere ſuperſederunt, quia neque liberatus ille eſt, quominus doli ſui rationem reddere teneatur. Sic fit, vt contutores conueniãtur ex culpa propria pro eo qui ipſe culpæ propriæ nomine non tenetur: At non pro ea re quam non debeat is pro quo conueniuntur: Qui enim dolus eſt in perſona legatarij, culpam inducit in perſonis contutorum, quibus imputatur, quare doloſum tutorem ſuſpectum non fecerint, quamuis ipſi dolo careant. Itaque non eſt deterior ipſorum conditio quàm tutoris legatarij, tametſi conueniaurur iſti ex culpa, ille ex dolo tantùm: quæ ſola erat apud Papinianum ratio dubitandi: cùm circa eandem pecuniæ quantitatem & culpa iſtorum & dolus illius verſetur, parúmque referat an quod à contutore legatario præſtatur, debeat ille doli aut culpæ titulo, dummodo reuera debeat. Nam cogi eos præſtare pro alio, quod alius ille non deberet, abſurdum ſanè eſſet ac improbum, *l. ſi pupillus 45. eod. tit.* Idque demonſtrat optimè ratio qua vtitur Papinianus, *quoniam*, inquit, *eius liberatio quod ex tutela percepit, aut dolo contraxit, non eſt relicta*: hoc eſt quia legatarius hic non eo minus remanet debitor, cùm non vſque adeò plena liberatio ſit ei legata, vt nec doli nomine teneatur: quod ſi factum fuiſſet, vtique non ipſi tantùm, ſed & contutoribus eius legatum profuiſſet, quantumuis negligentibus in eo quod ſuſpectum contutorem facere ſuperſediſſent.

l. ſi pupillus 45. eod.

ILLATIO XXXIX.

De periculo nominis, quod poſt pupilli mortem deſiit eſſe idoneum.

TRigeſimononò ex eodem Principio fit, vt cùm poſt mortem pupilli deſinit eſſe nomen idoneum, tutor periculo eximatur, *l. cùm poſt mortem 43. in prin. eod. tit. De adm. & peric. tutor.* Nam cùm morte pupilli tutela finiatur, nec tantùm tutela, ſed etiam fauor pupilli, cuius perſona meruit præcipuum fauorem, vt Papinianus ſcribit in *l. ex pluribus 24. eod.* conſequens eſt vt ex quo die pupillus defunctus eſt, nihil iam ſuperſit, quod tutorem obligare poſſit, vt in rebus pupillaribus eandem diligentiam præſtare debeat, quam bonus & prudens paterfamilias in rebus ſuis præſtaret. Illa planè ratio ſufficeret, quod tutela morte impuberis finiatur. Nam & ſimiliter finitur pubertate, & ob id liberatur tutor quominus cogatur præſtare periculum nominum, quæ poſt pubertatem idonea eſſe deſierunt, *l. tutores 39. in pr. eod. tit.* Non quòd officium tutorum finita tutela, finem accipiat ante curatores conſtitutos, *l. à tutoribus 33. §. 1. eod.* ſed quia, vt eleganter Papin. ait in *dict. l. tutores*, actionem inferre non poteſt tutor, qui per pupilli ſui pubertatem tutor eſſe deſiit, nimíſque abſurdum & iniurioſum eſſet imputari ei, qui agere deficiente iure nullomodo potuit, cur non egerit, ſiquidem agere ſine actione nemo poteſt: *l. ſi pupilli 6. §. vltim. De negot. geſt.*

In cæteris tamen rebus quas tutor adminiſtrauerit, & quæ facti magis ſint quàm iuris, tutelæ actio contra tutorem durabit, quamuis non niſi per errorem officij in connexa tutelæ adminiſtratione perſeuerauerit, quia licèt finiatur tutela pubertate, non tamen finitur officium tutelæ, nec proinde periculum tutoris quouſque curatores accepti ſint, *l. tutor. 11. C. arbitr. tutel. & dict. l. à tutoribus §. 1.* Viuo ſcilicet pupillo: Nam ſi moriatur, & tutela finitur & omne officium tutelæ, in eóque vno refert valde quomodo tutela finiatur, an morte pupilli, an pubertate. Quod ſi non impuberis, ſed ipſius tutoris morte finita ſit, idem omnino iuris eſt quod eſſet mortuo pupillo, quia tutela nulla hæreditario iure ad tutoris hæredem tranſit: *l. tutela 16. §. 1. ff. de tutel.*

l. tutor. 11. C. arb. tut.

ILLA

Digitized by Google

ILLATIO XL.

De tutore, vel curatore, qui ſupra vires patrimonij puellæ promiſit dotem.

l. cùm poſt mortem 43. §. 1. ff. de admin. tut.

QVadrageſimò ex hoc Principio fit, quod eleganter Paulus tractat in *d. l. cùm poſt mortem 43. §. 1. eod. tit.* de illo qui, cùm eſſet fratris ſui filiæ curator, quadraginta dotis nominé marito eius daturum ſe promiſerat, cùm poſtea ære alieno emergente ſupra vires patrimonij eius dotem promiſſam eſſe appareret. In qua ſpecie quærebatur an ſuccurrendum eſſet curatori, qui à marito in ſolidom conueniebatur.

Mouebat quæſtionem, inquit Paulus quòd curator hic non vt de ſuo dotem daret, quicquam promiſerat ſed quòd crederet ſufficere rationem pupillarem. Sic namque in inſtrumento ſcriptum proponebatur, *Ille patruus & curator ſtipulanti ſpopondit*. Nec rurſus hîc poterat tractari quod aliàs ſolet, ſi ſciens curator rationem pupillarem non ſufficere maiorem dotem promiſerit vel donaſſe videatur, vel quoniam dolo malo fecit, non ei ſuccurratur. Nam neque donandi animum habuiſſe videri poteſt qui non proprio nomine, ſed tanquam curator contraxit, neque dolo malo quicquam feciſſe, qui inſtè potuit ignorare vires patrimònij, cùm eo tempore onus æris alieni nondum emerſiſſet. Reſpondet tamen Paulus non debere Prætorem ſubuenire huic curatori, cùm is officium ſuum egreſſus ſponte ſe obligauerit, non magis quàm ſi creditori puellæ pecuniam ſe daturum ſpopondiſſet. Officium enim ſuum egreditur & excedit curator, qui dotem maiorem conſtituit pupillæ, quàm vires patrimonij eius ferant, ob non factam priùs diligenter æris alieni inquiſitionem. Nam & prudens ac diligens quilibet paterfamilias, filiæ ſuæ dotē conſtituturus, ante omnia inquireret diligentiſſimè quid haberet in ære alieno, vt ſcire poſſet quid in bonis ſupereſſet. Nec quod æs alienum poſt dotis promiſſionem emerſerit, excuſare curatorem poteſt, cùm iam eſſet contractum promiſſionis tempore tametſi adhuc lateret: quæ res tantò maiorem à curatore diligentiam expoſcebat vt æris alieni, quod ſciebat poſſe latêre, periculum effugeret.

Planè quia curator hic de quo tractamus non donandi animo, ſed gerendi negotij cauſa dotem promiſit, negari non poteſt quin habeat mulierem obligatam, Potéſtque dici etiam manente matrimonio eam teneri, quia dotem habet, ſicut in collatione bonorum dicitur, vel ſaltem poſt diuortium ſiue exacta ſit dos, ſiue maneat nomen, quia poteſt efficere vt ei accepto feratur. Hactenus Paulus. Nam quod ſequitur ab illis verbis, *Quod ſi mulier*, vſque ad *finem legis*, totum

Tribonianiſmus in Paulo.

ineptum & Tribonianeum eſt, vt pluribus docuimus *li. 6. Coniect. cap.* 18. vbi etiam oſtendimus mendoſum eſſe reſponſum Pauli in illo loco, *preterea & illud hic poteſt tractari*, ac pro (*&*) legendum eſſe (*nec*) de quo plura hîc non dicemus.

ILLATIO LXI.

De tutore qui pecuniam pupillarem ſuo nomine fœnerauit.

QVadrageſimoprimò ex eodem Principio fit, quod idem Paulus ſcribit in *l. Lucius 46. §. tutorem, eod. tit. De admin. & peric. tutor.* Tutorem qui pecuniam pupillarem quamuis ſuo nomine fœnerauit, non videri contra conſtitutiones feciſſe quæ prohibent tutori pecuniam pupillarem in ſuos vſus conuertere. Non enim hanc in ſuos vſus conuertit tutor, ſed facit quod diligens paterfamilias facere debet, cùm ex eiuſmodi ſtipulatione per tutorem interpoſita etiam proprio nomine, vtilis actio competat pupillo, Etſi melius facit tutor qui pupillo ſuo ſi & præſens ille ſit, & fari poſſit, autoritatem præſtat ad ſtipulandum, vt ex ea ſtipulatione directa actio acquiratur. Aut ſi ſaltem adhibeat ſeruum pupilli, qui domini ſui nomine ſtipuletur, quo etiam caſu nemo dubitat, quin pupillo directa actio acquiratur. *l. quoties 9. in prin. eod. tit.* Facit *l. cùm quæritur 26. eo. tit.* vbi tota illa quæſtio tractatur, ſi ex pecunia pupilli tutor quædam nomina fecerit ſuo nomine, quænam agnoſcere pupillus debeat. De quo & nos iam ſcripſimus in præcedentibus.

ILLATIO XLII.

De præſtandis etiam poſt finitam tutelam vſuris pecunia, qua tutor vſus eſt.

QVadrageſimoſecundò ex eodem Principio fit, quod ſequitur apud Paulum in *d. l. Lucius, § quæſitum*, Eius pecuniæ qua tutor vſus eſt, poſt finitam quoque tutelam in diem vſque accepti iudicij, eadem vſuras præſtari debere & computari, quæ in tutelæ iudicio computantur; ſiue quod bonus & diligens paterfamilias non minores vſuras ex pecunia ſua redacturus fuerit, quàm ſint pupillares, ſiue quod diligentiùs etiam patrisfamilias exemplo, debuerit tutor hic eſſe diligentior in reddendis rationibus, ſoluendáque pecunia quæ ex cauſa tutelæ debebatur. Potuit enim & debuit à ſeipſo quoque & rationum redditionem & reliqua exigere, ſi in re pupilli idipſum feciſſet, quod paterfamilias diligens, in rebus ſuis facere potuiſſet *l. quoties 9. §. & generaliter, eod. tit.*

ILLATIO XLIII.

De ſolutione facta tutori tutelam gerenti.

QVadrageſimotertiò ex eodem Principio fit, vt pupillaris debitor ſoluens tutori tempore adminiſtrandæ tutelæ tutelam gerenti liberetur ipſo iure à pupillo, perinde ac ſi alij cuilibet proprio creditori ſuo ſoluiſſet, *d. l. Lucius 46. §. tutela eod. tit.* vbi Paulus ait apocham tutoris probare ſolutionem ad inducendam liberationem, etiamſi tutor in rationes pupillares non retulerit nomina quæ exegit, ob idque poſſe illum adhuc conueniri iudicio tutelæ, ac ſi excipiat de re iudicata, replicationem doli mali aduerſus eum pupillo dandam eſſe.

Digitized by Google

Ratio huius illationis eſt, quia cùm tutor tanquam bonus & diligens paterfamilias cogatur præſtare diligentiam in pupilli nominibus exigendis, in eamque rem actiones pupillo competentes exercere, ita vt ſi in eo ſit negligens, transferat in ſe periculum nominum, quæ poſtea minus idonea fiant, vt in præcedentibus tam ſæpe diximus; Abſurdum eſſet ac iniquum non poſſe illum accipere ſolutionem. Et illud rurſum abſurdius ac iniquius, non poſſe tutorem liberare illum à quo acciperet ſolutioné; Cum ſit perpetuum, vt qui poteſt exigere, poſſit etiam liberare: *l. reſcriptum 10. §. vltim.* cum *l. ſeq. ff. de pactis, l. vero procuratori 12. ff. de ſolut.* Alioqui enim quem Prætor inuitum ſoluere cogat, impunè non ſoluere iniquiſſimum eſt: *l. quod autem 6. §. apud Labeonem, ff. quæ in fraud. credit.*

Adiicit autem Paulus, *tutelam gerenti*, non vt neget liberari eum qui ſoluit tutori honorario, quem tamen certum eſt non habere adminiſtrationem; Sed vt excludat ſolutionem factam ei tutori, qui remotus ſit ab adminiſtratione. Ex hac enim liberationem acquiri non poſſe conſtat, quæ tamen acquiritur ex ſolutione facta cuilibet alij tutori etiam honorario, quippe cùm ad honorarios quoque periculum pertineat: *l. quòd ſi fortè 14. §. 1. & 2. ff. de ſolut.* Qui locus probat optimè, in quæſtione iſta, Vtrum ſolutio tutori facta liberet debitorem, non tam illud inſpiciendum eſſe an tutor, cui ſolutio facta eſt, habeat adminiſtrationem, quàm vtrum ad eum ſpectet periculum adminiſtrationis: Adeò vt interdum quoque, etiamſi ſolutio facta ſit ei, qui reuera tutor non eſt, ſi tamen tutor eſſe credebatur proſit ea bona fides ſoluentis ad liberationem ei iure ipſo acquirendam, ſi modò is qui accepit ſit ſoluendo: *l. filia 88.* vbi eſt text. elegans, *ff. de ſolut.*

Errant verò maximè, & contra hoc Principium peccant ij, qui putant non contingere liberationem debitori pupillari, ſiue ſoluerit tutori, ſiue pupillo ex tutoris autoritate, niſi autoritas interueniat iudicialis, ex *l. ſancimus 29. Cod. de adminiſtr. & peric. tutor.* & ex *§. at ex contrario, Inſtit. quib. alien. licet vel non.* Nam in *d. l. ſancimus*, agitur de ſolutione facta pupillo nondum habenti tutorem, aut minori nondum habenti curatorem, vt probant verba illa *creatione tutorum vel curatorum cum omni procedente cautela*: quorum non alius ſenſus eſt, quàm ſi ſcriptum eſſet *dum proceditur cum omni cautela & inquiſitione ad creationem tutorum vel curatorum.* Ergo antequam ſint creati: Et in *dict. §. at ex contrario*, loquitur quidem Iuſtinianus de pupillo vel minore iam habente tutorem, vel curatorem, ſed non de ſolutione facta tutori vel curatori, vel ex tutoris aut curatoris autoritate, vt apparet non ſolum ex eo quod refertur illa Iuſtiniani conſtitutio, quæ extat in *dict. leg. ſancimus*; Sed etiam ex eo quod ſequitur in *dict. §. at ex contrario*, in illis verbis, *nihilominus condemnabitur, quia & ſine tutoris autoritate ſoluerit, & non ſecundum noſtram conſtitutionem.* Vt intelligamus neceſſariam eſſe præſentiam & autoritatem iudicis eo tantùm caſu, quo præſentia & autoritas tutoris vel curatoris interuenire non poſſit. Nec ait eo loco Iuſtinianus non licere debitori pupillari ſoluere tutori vel curatori; Sed ait non licere tutori vel curatori ſoluere debitorem pupillarem: quod nihil aliud eſt quàm non eſſe in poteſtate tutoris vel curatoris, vt abſoluat & liberet debitorem pupillarem, qui ſcilicet ſoluit pupillo vel minori ſine tutoris, aut curatoris autoritate.

l. ſancimus 25. C. de adm. tutor.

§. at ex contrario, Inſt. quib. alien. licet vel non

Errant illi etiam, qui putant triplicem poſſe contingere liberationem in perſona debitoris pupillaris, plenam, pleniorem, & pleniſſimam: quæ diſtinctio eſt Accurſij, à Bartolo, & aliis vulgo probata, ad *l. at prætor 7. §. permittitur, ff. de minor. & ad l. 1. C. ſi aduerſ. ſolut.* Sed quod ad hanc diſtinctionem pertinet, videnda ſunt quæ nos contrà ſcripſimus *lib. 17. Coniect. cap. 13.* Quibus addendum eſt quod idem Paulus ſcribit in *dict. l. Lucius 46. §. vltim.* Tutoribus conceſſum eſſe à debitoribus pupilli pecuniam exigere, vt ipſo iure liberentur.

Liberatio plena, plenior & pleniſſima.

Quod autem ſequitur, *non etiam donare, vel etiam diminuendi cauſa cum iis tranſigere.* optimam rationem habet, quia nec bonus & diligens quiſquam paterfamilias id facturus eſſet, cùm donare ſit perdere, *leg. filiusfamilias 7. ff. de donat.* vt & diminuendi cauſa tranſigere. Tutor enim tunc domini loco habetur, cùm benè rem gerit, non cùm pupilli patrimonium diminuit, *leg. qui fundum 7. §. ſi tutor ff. pro emptor.*

Ex quo inferunt vulgò plerique ex noſtris Interpretibus, Tranſactioné de re pupilli vel adulti, factam à tutore vel curatore, aut ab ipſo etiam minore nullum fortaſſis curatorem habente (nam à pupillo ſiue tutorem habeat, ſiue non habeat, nullam fieri poſſe certum eſt) ita demum valere, ſi rem de qua controuertebatur pupillus retineat, non etiam ſi alienet transferátque in aduerſarium eum quo tranſigit.

Quæ tamen ſententia probari mihi non poteſt. Si quidem nihil prohibet rem de qua tranſigitur, & quæ à pupillo poſſidebatur, transferri in alium, nec tamen diminuendi patrimonij cauſa factam eſſe tranſactionem, Vt puta ſi viciſſim pupillo aliquid datum vel remiſſum ſit propter quod videri debeat locupletior factus eſſe. Sic enim vt plurimum fiunt tranſactiones, aliquo ſcilicet viciſſim dato, vel remiſſo, vel retento: *leg. tranſactio 38. Cod. de tranſaction.* E contrario facilè poteſt euenire, vt res controuerſa ſalua ſit pupillo vel minori, nec eo minus tamen ipſius patrimonium videri debeat diminutum, ſi fortè pro ea retinenda aliquid præſtiterit, vel remiſerit, quod longè maioris ſit æſtimationis.

Verius igitur eſt cùm de tranſactione per tutorem facta quæritur, illud ſolùm inſpiciendum eſſe, an res bona fide geſta ſit & ex vtilitate pupilli, an non; vt priore caſu valeat tranſactio, & ſeruanda ſit, non etiam poſteriore. Idque ſiue tutor ſoluendo ſit, ſiue non: vt Paulus generaliter definit in *l. cùm plures 12. §. 1. De adminiſtr. & peric. tutor.* Alioqui verendum erit ne dum nimia ſubtilitate vtimur circa res impuberum, in eorum odium retorqueamus, quod ipſorum fauore conſtitutum eſt, inquit Iuſtin. in *l. penult. C. ad SC. Trebell.*

Quid enim obſecro poſſimus imputare tutori qui nomine pupilli ſui tranſegit, eo modo quo ipſe pupillus, ſi nondum tranſactum eſſet, pro ſua vtilitate tranſigere hodie cogeretur? Aut cur diſtinguemus an tutor tranſigendo alienauerit eam rem, quam pupillus etiamſi hodie haberet, impune tamen retinere non poſſet? Finge tranſactioni ſic faciendæ cauſam dediſſe obligationem, quæ à defuncto pupilli patre profecta ſit, ſi fortè is rem quam emerat & poſſidebat cogebatur retrouendere ſiue ex conuentione, ſiue ex iuris aut communis, aut

municipalis

Digitized by Google

municipalis poteſtate? Cur imputabimus tutori quod bonam fidem agnouerit, aut per ſe id fecerit, quod ipſe quoque defunctus facere debuiſſet? *dict. l. quoties 9. §. nec utique ff. de adminiſtr. tutor. l. 1. Cod. quand decret. opus non eſt: l. 3. §. 1. & ſeqq. l. magis puto 5. §. ſed ſi pat, et & ſeq. ff. de reb. eor. qui ſub tutel.* Neque noſtram ſententiam impugnat *l. ſi pro fundo 33. Cod. de tranſact.* quo vno potiſſimum iuris loco moueri ſolent, qui contra nos ſentiunt. Quod enim lex ponit minorem non fuiſſe illum, qui per tranſactionem fundum alienauerit, non eò pertinet vt non valeat tranſactio à minore facta, ſi per eam quid alienarum ſit, ſed rationem illam habet, quod res immobiles minorum non poſſint alienari ſine decreto, ne quidem per tranſactionem, *l. non ſolum 4. Cod. de præd. minor.* Sed non poſſis ex eo inferre, Illis caſibus quibus decretum neceſſarium non ſit, non valere tranſactionem, per quam res pupillaris alienetur.

l. non ſolum 4. C. de præd. minor. d. l. 1. §. verſ. ſed etſi De tutel. & rat. diſtr.

Planè in donationem non poteſt cadere ea diſtinctio, quia perdit ſemper qui donat, & ideò tū quoque cùm iuſta donandi cauſa eſt, decretum interponi debet: *l. 1. §. 1. verſicul. ſed etſi ff. de tutel. & ration. diſtr.* Qui verò tranſigit, tum quoque cùm perdit hoc tamen lucratur quod à lite diſcedit. *l. in ſumma 65. §. 1. De condict. indeb.* etſi non ſufficeret ea res ad pupillum tranſactionis exceptione ſummouendum, ſi non aliunde appareret rem ex pupilli vtilitate geſtam eſſe. Non enim prudens quilibet paterfamilias tanti æſtimaret re ſua carere, multique ſunt qui mallent pro re ſua litem habere; quàm metu litis rem amittere, itaque quamuis non ſoleat Prætor factum illius improbare qui maluit habuit re carere, ne propter eam ſæpius litigaret, quod verecunda ſi non vituperanda cogitatio eius qui lites execratur, vt ait Vlp. in *l. 4. §. 1. ff. de alienat. iudic. mut. cauſ. fact.* in tutore tamen hoc conſilium non probat, quippe quem decet tenacius etiam rem pupilli quàm ſuam retinere. Res enim pupillares cautiùs & prudentiùs tractare debet, quàm ſuas, quomodo ſcriptum eſt de marito res dotales tractante, in *l. ſi conſtante 24. §. ſi maritus ff. ſolut. matrim.*

Illud quoque ad hanc illationem pertinet, quod Scæuola quærit in *l. Titium 47. in princip. De admin. & peric. tutor.* Cùm quis Titium & Mæuium liberis ſuis tutores dediſſet, ac ita cauiſſet, *Volo, & rogo omnia fieri cum Mæuij fratris mei conſilio, & quod ſine eo fiet, irritum ſit:* ſi Titius ſolus à debitoribus ſolutionem exegerit, An ſint illi ipſo iure liberati. Reſpondet autem ſi & Mæuio adminiſtrationem teſtator dediſſet, non rectè Titio ſolutum. An quia vni ex tutoribus bene ſolui non poſſit ſine conſenſu cæterorum? Minimè, vt ex iis conſtat quæ *ſuprà* ſcripſimus ad *Princip. 3. illat. 2.* Sed quia repugnat expreſſa voluntas teſtatoris, qui diſtrictè præcepit vt nullum & irritum eſſet quicquid ſine Mæuio fieret. Quamquam nec ſola voluntas illa ſufficeret, ſi Mæuio quoque adminiſtrationem teſtator non dediſſet, quia non poteſt facere teſtator vt ad acquirendam ſolutioni debitori liberationem, neceſſaria ſit voluntas eius, qui nullam ipſe habeat adminiſtrationem: quamuis poſſit facere vt ex pluribus vnam eandémque adminiſtrationem habentibus, nihil vnus ſine alio gerere poſſit. Sicut enim ius liberationis naſcitur ex coniuncta poteſtate ſolutionis & adminiſtrationis, ita & autoritas poteſtáſque adminiſtrationis ex ipſa volūtate teſtatoris, ideóque liberationi legem date teſtator ita demum poteſt, ſi det legem adminiſtrationi: Extra quam quicquid pater e liberationem poteſt, meri iuris eſt, non voluntatis.

ILLATIO XLIV.

De tutore ad res Italicas dato, qui Romæ reperit inſtrumenta debitorum prouincialium.

Quadrageſimoquartò ex eodem Principio fit, quod idem Scæuola tractat in *dict. l. Titium 47. §. tutores, eod. tit. De admin. & peric. tutor.* Si tutores dati ad res Italicas inſtrumenta Romæ repererint debitorum prouincialium, vt pecunia Romæ, aut vbicumque petitum eſſet ſolueretur, neque debitores in Italia ſint, neque vlla eorum prædia, hanc quidem exactionem ſi prouincialis contractus, id eſt in prouincia initus eſſet, non pertinere ad Italicæ rei tutores, quia ſcilicet nihil commune haberent prouinciales contractus cum reb. Italicis, Sed tamen reſpicere ad officium eorum, ne propter inſtrumentorum ignorantiam iſti contractus laterent eus ad quos adminiſtratio pertineret. Nec enim eo prætextu quod ad res tantum Italicas dati ſint, vſque adeò ab iis omnibus, quæ ad prouincialium tutorum curam ſpectant, abſtinere debent, vt non ea omnia in re pupilli ex bona fide præſtare debeant, quæ commode præſtari poſſunt citra incommodum adminiſtrationis: illa enim diuiſio tutelæ, cùm non tam iuris, quàm iuriſdictionis ſit, *l. inter tutores 36. eo. tit.* modum quidem adminiſtrationi facit inter ipſos tutores, vt lex illa habet, ſed non adeò pupillo nocet, vt vnus ex tutoribus exiſtimare debeat rem, quæ ad alterius contutoris curam pertinet, ad ſuam nulla ex parte pertinere. Idem enim pupillus eſt, cuius perſona indiuidua indiuiduam quoque tutorum omnium curam exigit, hactenus ſaltem vt mutuo auxilio ſe inuicem adiuuent in pupilli vtilitatem, quantum citra nomen & ius adminiſtrationis fieri poteſt. Quid autem incommodi vel adminiſtrationis in eo eſt, vt Italicæ rei tutores admoneant prouinciales de inſtrumentis Romæ repertis? An verò diligentis & boni patriſfamilias munus in re pupilli adimpleuiſſe videri poſſent ij, qui rem tam facilem non feciſſent, quam nullo ſuo periculo aut incommodo facere potuiſſent? *arg. l. in creditore 38 ff de euict.* Benè autem Scæuola ponit neque debitores in Italia eſſe, neque vlla eorum prædia: quoniam alioquin etiamſi contractus in prouincia initus probaretur, non eo minùs tamen ad Italicæ res tutores pertineret, propter clauſulam illam per quam conuenerat, vt Romæ aut vbicumque petitum eſſet ſolueretur. Contraxiſſe ſi quidem vnuſquiſque intelligitur in eo loco, in quo vt ſolueret ſe obligauit: *l. contraxiſſe. 21. ff. de oblig. & action. l. heres abſens 19. §. vltim. ff. de iudic.* Proinde pro Italicis habendi eſſent iſti contractus, non pro prouincialibus, ſi aut debitores ipſi, aut eorum prædia in Italia eſſent, tametſi in prouincia initi probarentur. Extra hunc caſum habendi ſunt pro prouincialibus, non ſolùm ſi in prouincia, ſed etiamſi Romæ celebrati ſint. Neque quod Romæ inſtrumenta reperta ſint ad rem facit, quoniam inſtrumentorum vtilitas non in tabularum ligno eſt, aut in charta, ſed in ea, quæ ex ipſis fit, exactione.

d. l. Titium 47. §. tutores.

d. l. Titium 47. §. vltim. Non valde alienum eſt quod idem Scæuola reſpondit in *§. vl. d. l. Titium*; Si tutor rerum Italicarum conuentus à creditore prouinciali in eo Italiæ loco vbi rem pupillus habuit, puta Capuæ ſolnerit, poſſe illum id reputare iudicio tutelæ, quia licet creditor fuerit prouincialis, negotium tamen fuit Italicum quando in Italia ſolui debitum oportuit vbi erant bona defendenda, ne extorquendæ ſolutionis gratia venderentur. Et in ſumma fecit tutor rerum Italicarũ quod prudens & diligens quilibet paterfamilias facere debuiſſet, cùm pupillare debitum in Italia petitum ſoluit vero creditori quamuis prouinciali.

ILLATIO XLV.

De tutore qui in fœneranda pupillari pecunia ſecutus eſt patris voluntatem.

d. l. Titium § præfectus. QVadrageſimoquintò ex eodem Principio fit quod ſequitur apud Scæuolam *in d. l. Titium, §. præfectus*, Si teſtator in teſtamento ita cauerit: *Volo vt, ſit in arbitrio tutorum filij mei, ſi voluerint, huius ſummæ vncias inferre vſurarum nomine ita ne nummi diſpergantur*; & appareat fœneratam fuiſſe pecuniam à tutoribus, ita demum teneri eos ad præſtandas tantùm vſuras vnciarias (ſic enim lego non *vncias*) ſi ſecundùm voluntatem teſtatoris elegiſſent eiuſmodi vſurarum præſtationem, neque pupilli nomine, ſed ſuo & nomine & periculo fœnus dediſſent; Quia nimirum non poteſt imputari tutori, quod boni & diligentis patrisfamilias munus non impleuerit in eo, in quo ſecutus eſt teſtatoris (qui eum dedit) voluntatẽ, ſiue voluntas illa commodum pupilli reſpiciat, ſiue tutoris ipſius, quẽ hoc veluti præmio inuitare pater voluit ad rem pupilli vtiliter gerendam, cuius etiam intereſſe putauit non diſpergi pecuniam in varios debitores. At ſi tutor eam voluntatem agnoſcere noluerit, & pecuniam pupillarẽ nomine ipſius pupilli fœnerare maluerit, nihil quidem in eo facit contra officium prudentis patris familias & diligentis, ſed tamen hactenus ſibi nocet vt huius pecuniæ vſuras debeat, non quas minimas teſtator conſtituerat, ſed quas maximas pupillo in reddenda tutelæ ratione præſtari conſtitutiones volunt; Nec inique, cùm non ſuo, ſed pupilli nomine fœnerauerit, qui poterat ſuo nomine fœnerando conſequi, vt non maiores quàm vnciarias vſuras, deberet.

ILLATIO XLVI.

De tutore qui pecuniam pupillarem ſub pignore credidit ei, cuius bona poſtea publicata ſunt, ex cauſa tamen iam ante creditum nata.

d. l. Titium §. Lucius. QVadrageſimoſexto ex eodem Principio fit, quod idem Scæuola reſpondit in *§. Lucius d. l. Titium*. Cùm Lucius Titius mutuam pecuniam pupillarem à tutore accepiſſet, & rem hæreditariam ei, pignori dediſſet, tùm poſt triennium & iam factis puberibus his, quorum tutela adminiſtrata erat, bona defuncti omnia fiſco adiudicata eſſent, quia eius mortem hęres vltus non eſſet, Non poſſe pupillum id nomen recuſare, nec ipſius onus ad tutorem pertinere Quid enim poteſt imputari tutori, propter quod videri debeat non feciſſe quod prudens, & diligens paterfamilias facere debuit, cùm ei pecuniam crediderit, qui & idoneus eo tempore habebatur, & præterea pignori dederat fundum hæreditarium, cuius controuerſiam nemo faciebat: Nam & is cui mandatum eſt, vt idoneam cautionem a debitore exigat, ſatisfeciſſe videtur, ſi vel fideiuſſorem, vel pignus ab eo acceperit: *l. ſi mandatu 59. §. vltim ff. mandat. l. 4 § additi, ff. de fideicom. libert.* Sed ille melius agit, qui pignus accepit quàm qui fideiuſſorem. Facilius námque eſt vt idoneus fideiuſſor poſtea labatur facultatibus, quàm vt pereat fundus pignori datus, Ideóque ſolemus dicere plus cautionis eſſe in rem, quàm in perſonam: *l. plus cautionis 25. De regul. iur.* Niſi fortè huic tutori imputare volumus, cur non inquiſiuerit diligentiùs, an is à quo pignus accipiebat, vltus eſſet necem defuncti, quod tamen nemo niſi ridiculè poſſit dicere. Cùm igitur nouus hic & inopinatus caſus ſit, quem non facilè quiuis alius diligens paterfamilias præuidere potuit, licèt præteriti temporis cauſã habeat, quæ ad hunc locum præcipua erat ratio dubitandi, non eſt imputandus tutori, digno ſanè cum quo mitiùs agatur, cum officium ſuſceperit non voluntariũ, ſed neceſſariũ, & alieni non proprij commodi cauſa.

Illud verò obſeruandum eſt, quod ex iſto reſponſo Scæuolæ neceſſariò infertur, ſi fiſco adiudicata ſint bona, in quibus hæres antea pignus conſtituerat euaneſcẽre cauſam pignoris, ſi publicationis cauſa anterior fuit. *Publicationis cauſa anterior impedit ſuntam pignoris conſtitutionẽ.* Non quod verum non ſit, interim dominum fuiſſe illum, qui re vera hæres fuit, & rem hæreditariam pignori dedit, ſed quia ex poſtfacto apparet nihil eum in fraudem fiſci facere potuiſſe, cùm non potuerit non eſſe ſibi conſcius proprij ſceleris ob inultam necem defuncti, quam ex ſenatuſconſulto Silaniano vlciſci omnino debuerat priuſquàm adiret hæreditatem. Neque tamen ad hunc caſum aptari poteſt quod dici ſolet, Reſoluto iure datoris reſolui ius acceptoris, ex *l. lex vectigali fundo 31 ff de pignor.* Non tam enim hoc caſu reſoluitur ius pignoris, quàm contractum numquam fuiſſe intelligitur, non quia retrofingatur hæres numquam fuiſſe dominus, ſed quia in ea cauſa fuerit, vt in ea hæreditate quam ſciebat, aut ſcire debebat ſibi ex proprio delicto ademptum iri, nihil facere potuerit, ſiue alienando ſiue pignorando quod in diſpendium & detrimentum fiſci vergere poſſet.

ILLATIO XLVII.

De tutore qui pecuniam ſibi antea communem cum pupillo ſibi exercuit poſt finitam ſocietatem.

QVadrageſimoſeptimo ex eodem Principio fit, quod ſcriptum eſt in *dicta leg. Titium, §. altero*, Altero ex duobus fratribus ſociis bonorum & negotiationis defuncto, relicto hærede filio, ſi patruus, idémque tutor venditis omnibus communis negotiationis mercibus & ſibi redemptis, totum negotium poſtea ſuo nomine exercuerit, non compendium negotij, ſed vſuram pecuniæ pupillu præſtare illum debere: Nempe quia finita ſocietate per mortem vnius ex ſociis, nihil contra ſocietatem, aut contra bonam fidem feciſſe videri poteſt patruus, qui ſibi ſoli negotium geſſit, ſatiſque pupillo conſul-

tum

Digitized by Google

tum eſt, quod pecuniæ ſuæ vſuras pupillares cōſequatur, licèt minus in iis ſit, quam in compendio negotij, ſiquidem non negotium ipſum pupillare eſt, ſed proprium negotiantis, Pecunia verò ipſa pupillaris eſt, ea quidem pro parte tantùm, ideóque non niſi pecuniæ vſura pupillo præſtanda eſt.

Nec ad rem pertinet, quod pecunia illa fuerit communis inter pupillum & tutorem. Etſi enim id verum eſt: quia mors vnius ex ſociis non quemadmodum ſocietatem diſſoluit, ita & communionem, quæ ſine ſocietate eſſe poteſt, & quam durare tamdiu neceſſe eſt quandiu diuiſio nulla facta fuit, Non poteſt tamen ſola communio facere, vt quod ex re cōmuni per induſtriā alterutrius redactum eſt, in commune redigatur, cùm id non tam ex re ipſa quàm ex negotiatione percipiatur, vt de pretio quoque rei venditæ ſcribit Paulus in *l. venditor 21. ff. de hered. vel act. vend.* Vnde eſt quod Paulus ſcribit in *l. ſi vnus 67. §. 1. ff. pro ſocio*, ſi vnus ex ſociis qui non totorum bonorum ſocij erant, communem pecuniam fœnerauerit vſuráſque perceperit, ita demum vſuras partiri eum debere ſi ſocietatis nomine fœnerauerit. Nam ſi ſuo nomine, inquit; quoniam ſortis periculum ad eum pertinuit, vſuras ipſum retinere oportet. Cui conuenit quod reſcribunt Imperatores in *l. ſi patruus 4. C. com. vtriuſq. iud.* Si patruus tuus ex communibus bonis res aliquas comparauerit ſoli ſibi negotium gerens, cùm non omnium bonorum ſocius eſſet, non poſſe te poſtulare, vt quod ille comparauit, communicet, ſed pro competentium portionum modo per iudicium familiæ erciſcundæ, aut communi diuidundo indemnitati tuæ conſuli oportere.

Neque eſt contrarium quod Vlpianus ex Papiniano ſcribit in *l. cum duobus 52. §. Papinianus*, aliàs *l. ſi fratres, ff. pro ſocio.* Si fratres indiuiſam parentum hæreditatem retinuerint, vt emolumentum ac damnum in his commune ſentirent, quod aliunde quæſierint in commune redigi non debere. Non enim ſenſus ille eſt, vt ſi ex fructibus indiuiſæ hæreditatis alteruter fratrum aliquid ſibi acquiſiuerit, commune id eſſe debeat; ſed is potiùs, vt fructus quidem ipſi ſint communes, itémque alia ſi qua ſint, aut commoda, aut incommoda hæreditatis; at non etiam ſi quid ex fructibus illis fuerit comparatum. Aliunde enim quàm ex hæreditate ipſa acquiritur, quod ex hæreditariarum rerum fructibus acquiritur, ſcilicet ex negotiatione; quia fructus non hæreditati, ſed rebus ipſis hæreditariis accepto feruntur: *l. in fideicommiſſaria 18. ff. ad SC. Trebell.*

l. cùm duobus 52. §. Papinianus, aliàs l. ſi fratres. ff. pro ſocio.

An autem ex communibus bonis præſumendum ſit ſolutum eſſe pretium eius rei, quam vnus ex fratribus ſimul habitantibus comparauit, alia quæſtio eſt. De qua ſic ſentio, ſi is non adminiſtrabat, nihil cauſæ eſſe cur contra ipſum præſumatur. Si adminiſtrabat, inutilem eſſe quæſtionem, nihilque aut ipſius, aut fratrum intereſſe cùm adminiſtrationis ſuæ rationem reddere debeat.

Obſtare magis illud videtur, quod Paulus ait in *l. actione 65 § ſi in rem ff pro ſocio*, Si in rem certam emendam conducendámve coita ſit ſocietas, tunc etiam poſt alicuius ex iis mortem quicquid lucri, detrimentíve factum ſit, commune eſſe oportere. Id enim præterquam quod ad certæ duntaxat rei ſocietatem pertinet, accipiendum etiam eſt de illo caſu, quo vel deceſſerit alter ex ſociis eo pro iam negotio, & re amplius non integra, vel integris manentibus omnibus mors ſocij prædefuncti fuerit ignota ſocio ſuperſtiti, qui ſocietatis negotium poſtea geſſit, vt idem Paulus ait in *d. l. actione, §. item ſi alicuius*, Quæ diſtinctio non cadit in ſocietatem vniuerſorum bonorum, de qua in *§. altero*, quippe quæ alterutrius ſociorum morte omnino diſſoluitur; Quamuis non eo minus verum ſit, quod ex re communi poſtea quæſitum eſt, item & dolum & culpam in eo quod ex antegeſto pendet, tam ab hærede quàm hæredi præſtandum eſſe: *d. l. actione, §. morte.*

Dices, Cur non ergo in ſpecie *d. §. altero*, communicandum eſt pupillo compendium negotij quod patruus idemque tutor geſſit ex pecunia quam peperit venditio rerum communium? Nempe quia communis non eſt pecunia quæ ex communium rerum venditione redigitur, ſicut nec furtiua quæ ex pretio rei furtiuæ, *l. qui vas 48. §. vltim. ff. de furt.* nec mea quæ ex pretio rei meæ, *l. ſi ex ea pecunia 6. C. de rei vin.* nec dotalis quæ ex pecunia dotali, *leg. ex pecunia 12. C. de iur. dot.* Nec denique obligata, quæ ex pretio rei pignoratæ, aut ex ipſa pecunia pignoratæ: *l. idémque 7. in fin. ff. qui potior. in pignor. hab.* Solent verò Noſtri poſt Bart. ad *d. §. altero*, tractare de tacita ſocietate, quam volunt contractam intelligi, ſi fratres aut aliæ perſonæ omnia bona ſua in communione habuerint per decennium, nec quicquam ſibi ſeparatim acquiſiuerint, aut rationes inuicem reddiderint. Quod tamen probare vix poſſum. Quoniam ſocietas, ſiue expreſſa, ſiue tacita nulla eſſe poteſt ſine conſenſu, Conſenſus autem ille tacitus, qui ex facto inducitur, nunquam vltra id quod factum eſt extendi poteſt. Proinde quatenus omnia quæ acquiruntur communicantur, fateor eatenus tacitam ſocietatem contractam intelligi, nec in eam rem illud prætetea exigi, vt per decennium fratres ſteterint in communione, ſed vt ea communio etiam per decennium aut vicennium continuata inducat tacitam ſocietatem, nego poſſe fieri; Quia ex eo ſequeretur, ſi quid poſtea vnus ex ſociis ſibi acquirere ſeparatim vellet, cogendum nihilominus eſſe id communicare, vt ſit contracta expreſſim ſocietate vniuerſorum bonorum, cuius nec video quis effectus alius eſſe poſſit. Arquin abſurdum hoc eſſet, quandoquidem nullum pro futuro tempore factum intercedere potuit, ex quo poſſit induci tacitus ille conſenſus, qui tamen eſſet neceſſarius ad tacitam iſtam ſocietatem in poſterum inducendam. Tacita igitur ſocietas vniuerſorum, & conſequenter futurorum quoque bonorum, nulla eſſe poteſt; At neque ſi verum amamus rerum ſingularium, ſed communio tantùm, quæ à ſocietate multum diſtat; cùm habeant ſe inuicem vt genus & ſpecies. Omnis enim ſocietas communio eſt. Sed de eo latius ad *Tit. De ſocietate.* Illud ſanè conſtat, neque expreſſam, neque tacitam ſocietatem poſſe contrahi cum pupillo, quia ſocietas omnis communicatio eſt, *l. 1. & 2. ff. pro ſocio.* & conſequenter dominij alienatio, quæ citra decretum pupillis interdicta eſt, *tot. tit. De reb. eor. qui ſub tut.*

Tacita ſocietas nulla, præſertim cum pupillo.

***

ILLATIO XLVIII.

Do tutore etiam extra ordinem coërcendo qui fœnus pupillaris pecuniæ non exercuit.

QVadrageſimooctauò ex eodem Principio fit, vt ob fœnus pupillaris pecuniæ per contumaciam non exercitum, aut fundorum omiſſam comparationem, tutor ſi non ad damnum reſarciendum idoneus eſt, etiam extra ordioem coërcendus ſit: *l. ob fœnus 49. ff. de admin. & peric. tutor.* Quod Bartolus ſic explicat, vt etiam corporaliter hic tutor plecti debeat, ſcilicet ſi grauiore indigeat animaduerſione, quàm vt ſufficiat ſuſpecti infamia, quo demum caſu remitti ſolent tutores & curatores ad Præfectum vrbi, cuius iuriſdictio omnia omnino crimina ſibi vindicauit, poſt epiſtolam Diui Seueri ad Fabium Chilonem *l. 1. in princip. & §. ſolent, D. de offic. præf. u. vrb.* Nimirùm quia non caret crimine tutor qui rem pupilli non ex bona fide adminiſtrat, id eſt qui non facit in re pupilli quod in re ſua diligens paterfamilias ex bona fide facere deberet. Atqui diligens paterfamilias & fœnus pecuniæ ſuæ exerceret, & oblatam fundorum comparandorum occaſionem non omitteret. Perfidus igitur eſt tutor qui in iſtis peccat, ideóque etiam extra ordinem, & in corpore, vt aiunt, ſi non habeat in ære, coërcendus. De illo ſiquidem tutore tractamus, qui non per iuris aut facti ignorantiam, ſed per contumaciam, vt lex ait, hoc eſt dolo malo neglexit iſta facere quæ ſciebat à ſe fieri ex officio debere.

ILLATIO XLIX.

De dandis per curatorem etiam impendiis neceſſariis ad nuptias puellæ faciendas.

QVadrageſimononò ex eodem Principio fit, vt curator pro minore non tantum dotem dare debeat, ſed etiam impendia, quæ ad nuptias facienda ſunt, *l. curator 52. eod. tit. De admin. & peric. tut.* quia nec aliter bonus & diligens quiuis pater familias facere ſolet, cùm nuptiæ puellæ ſicut dotis præſtandæ, ita & ſumptuum in eam rem ad honeſtum vſque modum erogandorum neceſſitatem habeant: Nec de ſuo quicquam tutorem aut curatorem præſtare æquum eſt, *l. 3. §. vlt. vbi pupill. educ. deb. l. ſi curatores. 9. C. de admin. tutor. l. ſi filia 43. De legat. 3. l. mulier 22. §. cum proponeretur, ad Trebell.*

l. curator 52. ff. de admin. tutor.

LLATIO L.

De periculo curatorum ob tutores poſtea factos non idoneos.

QVinquageſimò ex eodem Principio fit, vt ſi magiſtratus in eligenda à tutoribus ſatiſdatione ceſſauerit, qui tamen in diem vſque tutelæ idonei perſeuerauerint, poſtea verò curatoribus iam acceptis idonei eſſe deſierint, periculum curatorum id eſſe debeat, non tutorum aliorum, aut magiſtratuum: *l. Æmilius 53. eod. tit. De adm. tutor.* Non enim fecerunt bona fide curatores aut ſaltem quod ex bona fide diligens paterfamilias facere debuiſſet, qui ceſſauerunt in conueniendis tutoribus eo tempore quo idonei adhuc fuerunt. Eáque ceſſatio eſt quæ immediatam pupillo damni cauſam affert, non culpa magiſtratuum, qui ſatis à tutoribus non exegerunt, aut contutorum qui ſuſpectum facere ſuperſederunt, cum nulla quoque exacta ſatiſdatione, nec ſuſpectis tutoribus factis potuerit adhuc indemnis ſeruari pupillus, ſi curatores eam diligentiam quam debuerant, adhibuiſſent. Tunc ergo periculum erit contutorum qui ſuſpectum facere ſuperſederunt, aut magiſtratuum qui ab omnibus tutoribus ſatis nõ exegerunt, cũ finita tutela non inueniretur aliquis ex tutoribus idoneus fuiſſe, vt Paulus concludit in *d. l. Æmelius.* Vbi tamen *finitam tutelam* dixit haud dubiè pro finito officio tutelæ. Nã tutela quidẽ finitur pubertate, & primo die pubertatis. At officiũ tutelę non niſi curatoribus demum conſtitutis, *l. à tutoribus 33. §. 1. ff. eod.* quia nimirum ad tutorum officium pertinet, vt non priùs adminiſtrationem tutelæ deferant, licèt pupillo iam facto pubere, quam ei curatores dari curauerint, aut ſaltem eũ admonuerint, vt ſibi peteret curatores. Quod ni fecerint, tutelæ iudicio ex hac quoque culpa tenentur, tametſi fiat hoc poſt pubertatem: *l. ita autem 5. §. ſi tutor pupillum, eo.* Si igitur interim aliqui ex tutoribus deſierint eſſe idonei, nihil proderit contutoribus, aut magiſtratibus quod poſt diem finitæ tutelæ id acciderit, cum neque curatores, neque alij ſint, in quos tranſire poſſit periculum, & à quibus indemnitatem conſequi pupillus queat.

ILLATIO LI.

De tutore qui à contutoribus ſuis mutuam pupilli pecuniam accepit, & cauit.

QVinquageſimoprimò ex eodem Principio fit, quod Tryphoninus diſputat in *l. non exiſtimo 54. eod. tit. De admin. tutor.* Non eſſe maximis vſuris ſubiiciendum eum, qui à contutoribus ſuis mutuam pupilli pecuniam accepit, & cauit, certáſque vſuras promiſit, quas & alij debitores pupillo dependunt. Quia hic ſibi non conſumpſit rem pupilli, hoc eſt non conuertit in ſuos vſus pecuniam pupillarem (quod qui faciunt merito ex conſtitutionibus maximas & centeſimas vſuras inferre iubentur, *l. qui ſine vſuris 38. ff. de negot. geſt.*) nec pecunia pupilli tanquam ſua licenter abutitur, ſed ea vtitur quæ verè ſua eſt, & tanquam ſua. Denique nihil clam fecit, ſed palam omnia, vt appareat nihil ab eo niſi ex bona fide geſtum eſſe: *l. vltim. ff. de rit. nuptiar.* Et niſi à contutore his vſuris mutuum ei datum fuiſſet, aliunde accepiſſet. Itaque cùm nihil perfidè aut negligenter circa rem pupilli fecerit, nihil ſane eſt quod ei poſſit imputari, Multúmque refert an apertè & palam debitorem ſe vt extraneum & quemlibet faceret pupillo, non per interpoſitam perſonam; *l. pupillus 5. §. ſed ſi per interpoſitam, ff. de autor. tutor. l. cum ipſe 5. C. de contr. empt.* An ſub adminiſtratione tutelæ, pupillique vtilitate latenter ſua commoda ex pupilli

l. qui ſine vſuris 38. de negot.

pilli pecunia iuuaret, vt eleganter ait Triphoninus in *d leg. non exiſtimo*

ILLATIO LII.

De tribus tutoribus, quorum vnus tutelam geſſerit, alius mandauerit, tertius non geſſerit.

QVinquageſimoſecundò ex eodem Principio fit quod idem Tryphoninus tractat in *l. tres tutores 55. eod. tit.* de tribus tutoribus pupillo datis, quorum vnus tutelam geſſerat, & ſoluendo non erat: Secundus Titio gerendam mandauerat, & Titius quædã adminiſtrauerat: Tertius nihil geſſerat, ſed tamen, vt ſequentia innuunt, & vt à prudente tutore factum fuiſſe credibile eſt, à contutoribus cautionem acceperat Rem pupilli ſaluam fore, iiſque totius tutelæ adminiſtrationem ideò permiſerat. Cùm quæreretur, An omnes, & quatenus ſinguli tenerentur, Reſpondit Tryphoninus tutorum omnium periculum commune eſſe in adminiſtratione tutelæ, & in ſolidum vniuerſos teneri ſcilicet qui tutelam adminiſtrarunt. Nam ſi quidam adminiſtrauerint, quidam non adminiſtrauerint, diſtinctione opus eſt, nec tenentur qui non adminiſtrarunt, niſi in ſubſidium contutoribus exiſtentibus non ſoluendo, vt ſequitur apud Tryphoninum. In propoſita verò ſpeciè omnes geſſerunt, Primus quia ex facto ſic proponebatur: Secundus quia tutelam gerendam Titio mandauerat, quod ipſum tutelam gerere eſt. Tertius, quia cautionem à contutoribus exegerat, vt permitteret eis tutelæ adminiſtrationem, alioqui non permiſſurus, quod etiam adminiſtrationis loco eſt. Omnes ergo & quidem in ſolidum tenentur.

l. tres tutores 55. ff. de admin. tutor.

Plane ſi pupilli pecunia numerata inter eos diſtributa eſt, ſcilicet à magiſtratu qui eos dedit, ad quem vtique pertinet, vt pecuniam pupillarem ſicut & reliquam adminiſtrationem inter tutores aliquando diuidat, *l. 3 §. vltim. tum l. ſeq. eod.* non in maiorem partem quiſque eorum quàm acceperit, tenebitur: Quod ſemper intellige, Niſi in ſubſidium, ſi cæteri ſiant non ſoluendo; quia hoc caſu imputari poſſet idoneo cur alios ſuſpectos facere ſuſpectos diſſet. At cum omnes ſunt idonei, nihil cauſæ eſt cur pro ea parte pecuniæ quæ alij adminiſtranda data eſt, alius teneatur, non magis quam ſi tutela regionibus diuiſa fuiſſet. Quid ſi vnus geſſiſſet, alij nullomodo geſſiſſent? Is ſolus primo loco conueniretur, qui geſſiſſet: alij verò in ſubſidium ſi gerens idoneus non eſſet: *l. vlt. ff rem pupill. ſalu for. l. vlt. C. de diuid. tutel. l. vlt. C. ſi tut. non geſſer.* In eo tamen quod nemo geſſiſſet, non vtique periculum eius ſolius eſſet qui aliquid geſſiſſet, ſed communiter omnium, quia communem omnium negligentiam omnibus æquè imputari oportet, *l. ſi plures 38 eod.* Niſi ſi qua talia ſint, inquit Tryphoninus, quæ vel conſummationem ab eo cœptorum deſiderabant, vel ita coniuncta fuerunt, vt ſeparari non debuerint. Huic enim poſſet imputari, quod diligentis patrisfamilias more non eſſet verſatus in re pupilli, quia diligens paterfamilias cœptum negotium, quandiu perficiendi ſpes eſt, deſerere numquam debet.

ILLATIO LIII.

De tutoribus qui furati ſunt rem pupilli.

QVinquageſimotertio ex eodem Principiò fit quod addit Tryphoninus in *dicta leg. tres tutores*, Si tutores ipſi rem pupilli furati ſint, non teneri illos ea actione quæ proponitur ex lege duodecim tabularum aduerſus furem tutorem in duplum, ſcilicet Rationibus diſtrahendis, De qua in *l. 1 § rationibus. & ſeq. l. 2. ff. de tutel. ration. diſtrahend.* Tutores namque inquit, propter admiſſam receptamque adminiſtrationem non tam inuito domino contrectare rem videntur, quàm perfidè agere. Perfidè ſiquidem fit quicquid non ex bona fide fit ab eo, qui omnia ex bona fide facere deberet. Proinde multò minus poteſt dici vſque adeò teneri debere tutores qui rem pupillarem furati ſunt, vt etiamſi vnus ſatisfecerit, cæteri tamen non eo magis liberentur. Id enim obtinet quidem in furibus pluribus eiuſdem rei, vt cæteris non ſit pœnæ deprecatio ob id ſolùm quod ab vno iam exacta ſit pœna: Sed non in pluribus tutoribus, quorum altero ſatisfaciente reliquos omnes à pupillo liberari certum eſt. Cùm nihil aliud curandum ſit, niſi ne quid pupillo abſit, at non etiam vt ei faueatur, ſi de præda magis quàm de damno ſollicitus ſit, vt dicemus *Principio ſequenti*, ex *l. ſi minoris 25. in fin. eod. tit.* iunct. *dicta leg. 2. ff. de tutel. & ration diſtr.* Alioqui ſi recta eſt plurium furum & tutorum comparatio, dicendum erit eũ quoque tutorem, qui duplum in pœnam furti ſoluerit, nihilominus adhuc condictione furtiua conueniri poſſe vt rem ipſam furtiuam præſtet, vel ipſius æſtimationem. Hoc enim in furis perſona obtineret, ſiquidem neque furti actio per condictionem, neque condictio per furti actionem conſumitur, cùm furti actio pœnam legitimam petat, condictio verò rem ipſam perſequatur: *l. ſi pro fure 7. §. 1 ff. de condict. furt.* At nemo dixerit tutorem qui iam ſoluerit, quantum neceſſe eſt ad indemnitatem pupillo præſtandam, actione inſuper vlla teneri. Cùm igitur illi ipſi tutori qui iam conuentus & condemnatus eſt parcatur, ne aliis actionibus teneatur quibus cæteri fures tenerentur: Nec illud quoque ferendum eſt, vt eo condemnato alij contutores nihilominus teneantur. Hos autem tutores, qui rem pupillarem furati ſunt, etiam furti teneri, & conueniri poſſe certum eſt: *d. l. 1. §. hunc tamen, & d. l. 2 De tutel. & rat. diſtr. l. tutor. 33. ff. de furt.*

l. ſi pro fure 7. §. 1. ff. de condict furt.

ILLATIO LIV.

Quid ſit quod dicitur, Præſtare contutores debere, Deſiiſſe ſoluendo eſſe, vel non eſſe

QVinquageſimoquartò ex eodem Principio fit, vt quod dicitur Deſiiſſe ſoluendo eſſe, vel non eſſe, contutores præſtare debere, ſi quæratur qualem intellectum habeat, id eſt, Vtrum ſufficiat nihil diminutum fuiſſe de facultatibus contutoris, ex quo datus eſt, ſed eandem faciem patrimonij permanſiſſe. An etſi nihil poſtea acciderit, quod palam habeat diminutionem patrimonij, debeat tamen contutor inquirere fortunas

Digitized by Google

furtunas contutoris? Non ſimpliciter & abſolutè reſpōderi poſſit; ſed hoc & ex perſonæ qualitare, & ex temporis intercapedine quo teſtamentum factum eſt, vſque ad tempus mortis patris aliam atque aliam æſtimationem accipere debeat, vt ſubiicit Tryphoninus in d. l. tutores. Nempe quoniam pro huiuſmodi circunſtantiarum varietate fieri poteſt, vt eo magis minúſve videri debeant contutores feciſſe quod ex bona fide diligens paterfamilias facere debuiſſet. Fingo obreptum fuiſſe Prætori, qui tutorem dederit hominem apertè prodigum, vel cuius bona venierunt. Imputabimus contutori ſi cùm iſta ſcire facilè poſſet, permiſerit huic adminiſtrationem, quem è contrario ſuſpectum facere debuit, vt ab adminiſtratione remoueretur. Nec enim vllius momenti eſt decretum redditum per obreptionem, *l. magis puto 5 § penult. ff. de reb. eor. qui ſub tutel.* Prætor autem numquam tutorem hunc dediſſet, ſi prodigum, aut tam inopem ſciuiſſet, cùm prodigis propriarum quoque rerum interdicatur adminiſtratione, *l. is qui 6. de verb. oblig. l. 1. ff. de curat. fur.* Quæ tamen interdictio niſi expreſſim fiat, valent interim quæ cum prodigo etiam tutorio nomine geruntur, vt benè Bart. ex hoc Tryphonini loco notat. Finge patrem qui eum teſtamento tutorem dedit, ignotaſſe aliquid quod poſt factum teſtamentum acciderit, quod ſi ſciuiſſet, alium vtique tutorem daturus fuiſſet. Aut etiam finge patrem reſcientem id quod accidit, ſiue capitales inimicitiæ exarſerint, ſiue ſubito fortunæ impetu lapſus ſit facultatibus tutor qui teſtamento fuerat datus, deſtinatum habuiſſe teſtamentum mutare, nec tamen mutaſſe præuentum fortaſſis morte, aut quod in eo loco teſtium copiam non haberet. Non erit excuſandus contutor qui prætextu voluntatis paternæ paſſus ſit hunc manere in adminiſtratione. Nam nec patris voluntatem hac in re Prætor ſequi ſemper debet, ſed vtilitatem pupillorum; Niſi conſtet non fuiſſe teſtatorem ignarum eorum omnium, quæ de tutore dato, ſiue Prætor, ſiue curator comperta habet: *l. vtilitatem 10. cum duab. præced. ff. de confir. tutor.* Illud ergo dumtaxat inſpiciendum hac parte eſt, An contutor id fecerit in contutoris facultatibus inquirendis, quod prudens & diligens paterfamilias ex bona fide facere debuit, ne pupillus damno afficeretur.

d l. tres tutores.

ILLATIO LV.

De tutore qui ſibi retinuit animalia pupillaria iam alteri certo pretio vendita.

QVinquageſimoquintò ex eodem Principio pendet ratio eius, quod reſpondet Scæuola in eleganti illa ſpecie, de qua in *l. tutor rerum 56. eod. tit.* Tutor, inquit, venditionem fecerat rerum & animalium pupilli, ſed quædam animalia cùm emptores pretium non ſoluerent ſibi retinuerat & apud ſe habuerat, idemque pretium rationibus pupilli accepto tulerat. Ex iis aliquot nata fuerant. Defuncto tutore ipſius hæres tutelam adminiſtrauerat, & annis plurimis poſſederat. Quærebatur, cùm is cuius tutela adminiſtrata erat viginti quatuor annorum eſſet, an iure animalia vindicaret. Reſpondit Scæuola, ſecundum ea, quæ proponerentur pupillum animalia hæc vindicare non poſſe; Nimirum quia nihil perfidè hic tutor geſſerat, ſed omnia ex bona fide, tam in eo quod animalia iſta pupilli nomine vendidit, quàm in eo etiam quod animalia iſta vendita ſibi retinuit. Quid enim melius facere potuiſſet, cùm emptores pretium non ſoluerent? An fortè vtilius erat pupillo, vt traderentur animalia emptoribus ceſſantibus in ſolutione, mox illi ad ſolutionem ex empto actione vrgerentur? Atqui nihil eo modo pupillus niſi pretium, pretiíque vſuras, non etiam aut animalia, aut ex illis nata conſequi potuiſſet. Quid ergo damni pupillo intulit tutor cùm animalia retinuit? Quid rurſus in eo quod pretium emptionis rationibus pupilli accepto tulit? Nimirum fecit vltrò & ex bona fide quod inuitus vt faceret cogi potuiſſet, etiam ſi perfidè in re pupilli agere voluiſſet, vtique enim ad ipſius onus emptorum nomina pertinuiſſent, potuiſſétque is imputari, cur talium emptorum fidem ſecutus eſſet, nec præſenti vt faciendum erat pecunia vendidiſſet, at res venditas tradidiſſet ante ſolutionem, Qua de cauſa coactus fuiſſet ſuſcipere onus nominum minùs idoneorum. Quidni ergo ei licebit vltrò facere, quod vt faciat etiam inuitus cogi poſſit, *l. quod autem 6. § apud Labeonem, ff. quæ in fraud. credit.*

Vnum eſt quod huic tutori obſtare videatur, nimirum quod & venditoris & emptoris ſimul officio fungi non potuerit, *l. pupillus 5. § item ipſe tutor. ff. de autor. tutor.* Sed non tam emptoris vice hic fungitur, quàm neceſſitate cogente in emptoris locum ſubſtituitur, Ita tamen vt non ob id fiat deterior conditio pupilli, ſed eadem ipſa maneat, quæ eſſet ſi tutori pretium emptor ſoluiſſet, Quo caſu nemo diceret futurum vt animalia, vel quæ ex iis nata eſſent, vindicare pupillus vnquam poſſet.

ILLATIO LVI.

De tutore qui ceſſauit contra debitores pupillares, non circa proprios.

QVinquageſimoſextò ex eodem Principio fit, quod idem Scæuola reſpondit in *l. chirographis 57 ff. eod. tit.* Chirographis debitorum incendio exuſtis, cùm ex inuentario tutores conuenire eos poſſent ad ſoluendā pecuniam, aut ad nouationem faciendam cogere, quemadmodum propter eundem caſum fecerant circa proprios (ſic enim legendum eſt non *priores*) creditores, ſi id omiſiſſent circa debitores pupillorum, quicquid ob hanc ipſorum ceſſationem damni pupillo acciderit, præſtari hoc à tutoribus debere ſi modò per dolum vel culpam tutorum id prætermiſſum eſſet, quod & ſcriptum eſt in *l. 2. C. arb. tut.* Generale ſiquidem eſt, vt periculum nominum ad eum pertineat cuius culpa deterius factum probetur, *l. periculum 35. ff. de reb. credit.* Ideo autem ſic loquitur Scæuola, quia non ſolet ad quæſtionem facti reſpondere, ſed tantum ad quæſtionem iuris: vt & in *l. à teſtatore 109. De condit. & demonſtr. l. filia 88. De ſolut.* & alibi paſſim. Facti autem non iuris quæſtio eſt, An in propoſita ſpecie dolus aliquis aut culpa tutorum interuenerit, necne: cùm nihil prohibeat ceſſaſſe tutores in faciendo circa debitores pupillares, eo quod fecerint circa proprios ex iuſta aliqua cauſa, Quæ tamen ab iis vtique probanda eſt. Alioqui

l. chirographis 57 ff. de adm. tut.

Digitized by Google

Alioqui ſatis aperta culpæ probatio eſt contra tutorem, qui non præſtitit in rebus pupilli diligentiam, quam præſtitit in ſuis.

Notandum autem eſt in hac ſpecie quod Scæuola præſupponit, debitores pupillares, quorum chirographa incendio exuſta, vel alio caſu, nihil enim refert, deperdita ſunt, poſſe à tutoribus ex rerum pupillarium inuentario conueniri: Non quia vni inſtrumento aliud inſtrumentum referenti credendum ſit, niſi conſtet de relato, contra Iuſtiniani conſtit. *Nouell. 119. Vt ſponſalit. largit. cap. 3. §. & hoc inſuper.* Vnde ſumpta eſt *auth ſi quis in aliquo, C. de edend.* ſed quia inuentarium pupillare non ob aliam cauſam fit, quàm vt verè poſſit conſtare quid ſit in nominibus debitorum pupilli, habetque fidem publicam, cùm à tutore fiat ex officio, quod publicum eſt, aut potiùs à magiſtratu ad poſtolationem tutoris. Ad quem caſum proculdubio Iuſtiniani conſtitutio non pertinet.

ILLATIO LVII.

De pupillo qui interueniente tutore fundum emit ab eo, qui relegatus erat, bonis ademptis.

QVinquageſimoſeptimò ex eodem Principio fit, quod ſequitur in *d. l. chirograhis, §. ab eo,* de pupillo qui tutoribus interuenientibus emerat fundum ab eo qui per ſententiam Præſidis relegatus erat, bonis ademptis: Cùm ex permiſſu Principis appellatio eius recepta eſſet, quam non receperat is qui pronunciauerat. Ponit autem Scæuola pronuntiatam eſſe iniuſtam appellationem, & ita fundum pupillo ablatum eſſe; Et quærit, An tutelæ iudicio pupillus fundi pretium conſequi à tutoribus poſſit? Reſpondet ſi ſcientes tutores emerunt ab eo qui in ea cauſa eſſet vt obnoxius ſententiæ priori fieret, tutelæ iudicio eos teneri, Nempe quia eo caſu non poſſent videri feciſſe in re pupilli, quod prudens & diligens paterfamilias in re propria facere ex bona fide deberet: cùm prudentis & diligentis hominis ſit æſtimare incertam aleam iudiciorum, potiúſque pro ſententia jam lata, quàm pro interpoſitæ appellationis æquitate præſumere. Ipſo ſiquidem vſu compertum eſt, appellationes vt plurimum interponi fruſtrandi cauſa, & vt impediatur executio iudiciali, quod appellationis poteſtate extinguitur, *l. 1. §. vlt. ff. ad SC. Turpill. l. tutor. 41. ff de vſur. l. vlt ff. de re iudic. l. negotiorum 24 ff. de appellat.* Benè autem Scæuola addit, *bonis ademptis,* quia erat regulare vt relegatio bona non adimeret, ſi non de bonis quoque ſpecialiter pronunciatum eſſet. Io qoo differt relegatio à deportatione *l. relegatus 14. §. magna differentia ff. de interd. & releg. l. deportatorum* 8. *C. de pœn.*

Differentia relegationis & deportationis.

Addit fundum pupillo ablatum eſſe, iniuſta appellatione pronunciata. Nempe quia quemadmodum appellatio cùm interponitur, effectum illum habet, vt extinguat iudicatum; ità cùm iniuſta eſſe tandem pronunciatur, ſine effectu illam manere neceſſe eſt, ac proinde in eum ſtatum reduci omnia in quo eſſent, ſi appellatio nulla interpoſita fuiſſet: ne alioqui proſit appellanti quod perperam ac temere appellauerit.

Itaque mirum eſt quod Barr. quærit & dubitat, Verum hic fundus ablatus fuerit pupillo citra pretij reſtitutionem, an verò pretio ei reſtituto? Cur enim fiſcus pretium reſtitueret ei, cui poteſt imputari cur emerit à condemnato, & poſt ſententiam pro fiſco latam? Quod ſi ius ita eſſet, vt pretium à fiſco reſtitui oporteret, quænam obſecro dubitandi ratio eſſe poſſet, an pupillus pretium illud à tutoribus ſuis conſequi deberet, quod iam à fiſco fuiſſet conſecutus? Indemnitati ergo pupilli conſulendum eſt, dato ei ex hac cauſa iudicio tutelæ contra tutores, ſi, vt Scæuola diſtinguit, ſcientes emerint à condemnato: Nec diſtinguemus an putauerint iniuſtam fuiſſe condemnationem: ſiue enim iuſta fuerit, ſiue iniuſta, vereri debuerunt incertam aleam iudiciorum. Sed ſi emerint bona fide ab eo quem probabiliter potuerunt ignorare condemnatum, quia nihil hoc caſu imputari eis poteſt, aliud nihil dicendum ſupereſt, niſi vt damnum ſit pupilli, quod neque ad fiſcum, neque ad tutores poteſt recidere.

Pro pupillo tamen faciebat contra fiſcum, quod quamuis emiſſet à condemnato, tamen emerat poſt receptam permiſſu Principis appellationem, atque ita eo tempore quo adhuc integer erat ſtatus condemnati æquè ac ſi condemnatus numquam fuiſſet, *l. 1. §. ſi quis ergo, & ſeq. ff. nihil innouar. appell. pendent.* Ex eo ſiquidem fit, vt non poſſit negari quin emerit à domino, & ſic conſequenter quin ex iuſto illo emptionis titolo dominium fundi venditi in eum tranſlatum ſit. Neque verò hoc Scæuola negat: ſed pro fiſco innuit reſponderi poſſe, Sufficere vt iniuſta appellatione pronunciata, is qui condemnatus eſt, fiat obnoxius priori ſententiæ, id eſt prioris ſententiæ executionem pati cogatur. Vt ſi enti quod in præiudicium appellationis attentatum eſſet, ante omnia reuocari oporteret; ita quod prætextu iniuſtæ appellationis factum eſt, in præiudicium confirmatæ tandem ſententiæ, pro non facto habeatur, Ne ſit in poteſtate condemnati perperam appellando iuſtæ condemnationis vim effugere.

Ex quo apparet, meo iudicio, prioris indicati vires non à ſententia vt vocant, confirmante, id eſt quæ à iudice appellationis reddita ſit, vires accipere, ſed à ſententia ipſa confirmata: nec enim iudex appellationis quicquam aliud pronunciandum habet, niſi iuſtam, vel iniuſtam fuiſſe appellationem; vbi autem pronunciat iniuſtam fuiſſe, illud ſtatim conſequens fit, etiam tacente appellationis iudice, vt priorem illam ſententiam executioni ſuæ mandari oporteat, idque non ab ipſo appellationis iudice, ſed ab eo qui ſententiam tulit, ne alioqui iniuſta appellatio quicquam de ipſius iure ac iuriſdictione imminuiſſe videatur. In eóque errant ſanè Noſtri qui ex hoc Scæuolæ reſponſo colligunt, Ea quæ facta ſunt pendente appellatione, reuocari in priſtinum ſtatum per officium iudicis appellationis; Moti, vt credibile eſt, ex eo tantum, quod Scæuola loquitur de ablato fundo, poſtquam locutus eſt de appellatione iniuſta pronunciata. Sed peſſima conſecutio eſt; quoniam ordo ille ſcripturæ, ordinem duntaxat rei gerendæ demonſtrat, quia non potuit fundus auferri pupillo ante latam ſuper appellatione ſententiam; At non probat, neque vlla ex parte præ ſefert eiuſdem iudicis autoritate fieri vt & appellatio iniuſta pronuncietur, & fundus pupillo auferatur. Ponendum igitur eſt fuiſſe ablatum in executionem prioris ſententiæ, & ab illo ipſo, qui eam tulit

Error interpretum.

tulit ad quem ſcilicet pertinuit ſententiam ſuam executioni demandare, niſi fortè probabilius eſt quod eſſe arbitror, vt eiuſmodi executio neque ſecundi iudicis autoritate fiat, ſed imperio magiſtratus qui iudicem vtrumque dederit: Poſtquàm placuit Diuo Pio, vt magiſtratus iudicum à ſe datorum ſententias exequantur, *l. à Diuo Pio 15. in princip. ff. de re iudicat.* Vix enim eſt vt ad eundem magiſtratum non pertineat iudices dare in vtraque cauſa, tam prima, quàm appellatoria; ſed tamen hoc quoque admiſſo, illud nihilominus ſemper verum erit faciendam eſſe à magiſtratu executionem, & auferendum pupillo fundum ex cauſa prioris, non poſterioris iudicati: Nam ſi ad tẽpus illud prioris ſententiæ omnia non retrotraherentur, ex quo pronunciatum eſt iniuſtam eſſe appellationem, vtique non poſſet dici cur pupillo, qui ante pronunciationem illam & appellatione pendente comparaſſet fundum à vero domino emptum, auferri oporteret.

ILLATIO LVIII.

De tutore qui iuſſus eſt tutelam exercere eodem more quo exercebat viuo teſtatore.

l. qui negotiationem 8. ff. de admin. tutor.

QVinquageſimooctauò ex eodem Principio fit, quod tractat idem Scæuola in *l. qui negotiationem 58. in princip. ff. eod. tit.* Qui negotiationem, inquit, per Pamphilum & Diphilum priùs ſeruos, poſtea libertos exercebat, ſuo teſtamento eos tutores reliquit, & cauit vt eodem more negotium exercerentur, quo ſe viuo exercebatur. Hi tutelam adminiſtrauerunt non tantùm cum impubes patroni filius fuiſſet, ſed etiam poſt pubertatem eius. Sed Diphilus quidem cum incremento negotiationis rationes obtulit, Pamphilus verò putauit ſe reddere oportere non ad incrementum negotiationis, ſed ad computationem vſurarum, quæ in tutelæ iudicio præſtari ſolent ex conſtitutionibus, quoties tutor pupilli pecuniam in ſuos vſus conuertit, id eſt quæ maximæ ſunt & centeſimæ, vt *ſuprà* iam non vno loco explicauimus. Quæſitum eſt à Scæuola, An ſecundum voluntatem defuncti exemplo Diphili Pamphilus quoque rationem reddere deberet. Reſpondit ille debere.

Rationem ſubiungit Claudius Tryphoninus, qui ad Scæuolam notas ſcripſit, Quia lucrum facere ex tutela non debet. Neque enim præſtaret tutor eam fidem & diligentiam in rebus pupilli, quam in ſuis præſtare bonus diligénſque paterfamilias ſolet ſi lucrum captaret, non dicam ex damno pupilli, ſed ex tutela in qua nihil niſi vtilitatem pupilli ſpectare tutor debet. Et quemadmodum procurator quilibet alterius mandatu negotia gerens in omnibus ex bona fide rationem reddere cogitur, ita vt ſi quid ex lite conſecutus ſit, ſiue principaliter ipſius rei nomine, ſiue extrinſecus ob eam rem, debeat mandati iudicio id reſtituere, etiamſi fortè per errorem aut iniuriam iudicis id fuerit conſecutus: *l. qui proprio 46. §. procurator ff. de procurat.* Ita & multò magis idem in tutore obſeruari oportet, qui multò plus quàm procurator eſt, cùm officium publicum gerat ſibi à magiſtratu iure publico mandatum. Quamquam in propoſita ſpecie non tantùm ratio illa iuris & bonæ fidei facit contra Pamphilum, ſed etiam voluntas teſtatoris, qui expreſſim iuſſit negotiationem ſe mortuo exerceri à libertis, iiſdémque tutoribus, eodem prorſus more quo ſe viuo exercebatur. Etſi autem videtur ea voluntas ad tempus tutelæ relata fuiſſe, & ideo pubertatis annos egredi non debuiſſe, quæ tota erat ratio dubitandi pro Pamphilo, Cùm tamen tutores ambo etiam poſt pubertatem perſeueraſſent in connexa adminiſtratione tutelæ perinde iudicio tutelæ tenebantur eorum omnium nomine quæ geſſerant poſt pubertatem, atque cæterorum quæ ante pubertatem, *l. tutor. 14. C. arbit. tut.* quoniam vt alio loco monuimus, tutela quidem finitur pubertate, vt ex eo tempore neque tutor inuitus retineri poſſit in neceſſitate muneris obeundi, neque inuitus pupillus tutorem habere cogatur, ſed non officium tutelæ, quouſque vel rationes ſint redditæ, vel ſaltem accepti curatores: *l. à tutoribus 13. §. officium ff. de admin. tutor.*

ILLATIO LIX.

De vſuris vſurarum pupillarium contutori aut curatori præſtitarum.

QVinquageſimonono ex eodem Principio fit, vt ſiue in contutorem, ſiue in curatorem tranſlatæ ſint vſuræ pupillares, quas vnus ex tutoribus contutori, aut tutor curatori præſtiterit, earum quoque vſurarum vſuræ debeantur, licèt dici ſoleat acceſſionis acceſſiones nullomodo deberi poſſe: *l. vlt. C. de vſur.* Nimirum quia vſuræ illæ exactæ tranſeunt in ſortem hoc ipſo quod in nouum debitorem transferuntur, & omnis ſumma ſors efficitur, inquit Scæuola in *d. l. qui negotiationem 58. §. vlt. De adm. tut.* Sic enim & alius quilibet bonus ac diligens paterfamilias in rebus ſuis negotiari ſolet, vt quantum facere poteſt vſuras à ſe exactas conuertat in ſortem, quæ vſuras nouas parere poſſit. *l. vlt. Cod. de vſur.*

Quò etiam pertinet quod idem Scæuola reſpondit in §. *ex duobus d. l. qui negotiationem.* Ex duobus tutoribus pupilli, altero defuncto adhuc impubere pupillo, is qui ſupererat ex perſona pupilli ſui iudice accepto conſequutus eſt cum vſuris, quantum ex tutela ad tutorem defunctum peruenerat. Quæſitum eſt iudicio tutelæ quo experitur pubes factus, vtrum eius tantum portionis quæ ab initio ex tutelæ ratione peruenerat ad defunctum contutorem vſuræ veniant, an etiam eius ſummæ quæ ex ſortis vſuris pupillo aucta poſt mortem contutoris ad ſuperſtitem contutorem æquè cum ſorte tranſlata ſit, aut transferri debuerit. Reſpondit Scæuola, ſi eam pecuniam contutor in ſe, ſuoſque vſus vertiſſet, omnium pecuniarum vſuras præſtandas, & quidem maximas ac centeſimas, vt *ſuprà* diximus *illat. 51.* Quod ſi pecunia manſiſſet in rationibus pupilli, quod ex ea tutor percepiſſet, vel percipere potuiſſet ſi diligentis patrisfamilias more in reb. pupillaribus verſatus fuiſſet. Finge illum cum fœnori dare poſſet, neglexiſſe. Hoc ipſum præſtabit quod fœnoris nomine ab alio accipere potuiſſet. Idque eſt quod ſignificant verba illa, *ſi fœnori dare cum potuiſſent, neglexiſſent,* Sic enim lego *ſi fœnori,* non vt vulgo *ſed fœnori.* Rationem affert, quia id quod ab alio debitore nomine vſurarum cum ſorte datur ei qui accepit totum ſortis vice fungitur, vel fungi debet,

ILLA

Digitized by Google

ILLATIO LX.

De tutoribus datis in teſtamento, quod ruptum videbatur, qui ceſſauerunt in adminiſtratione.

d.l. qui negotiationem §. teſtamento.

SExageſimo ex eodem Principio fit, quod ſcriptum eſt in *§. teſtamento, d.l. qui negotiationem.* Teſtamento dati tutores, inquit Scæuola, quod ruptum videbatur, ceſſauerunt in adminiſtratione tutelæ, & à Præſide datus eſt tutor pupillo, quaſi nullus eſſet teſtamentarius. Poſtea iuſſi ſunt etiam hi qui teſtamento tutores dati erant, tutelam adminiſtrare coniuncto eo, qui à Præſide datus erat. Quæſitum eſt an ad teſtamento datos (ſic namque legendum eſt non *ex teſtamento*) periculum adminiſtrationis, vtrum ex apertis tabulis, an ex quo tantùm iuſſi ſunt, pertineat? Reſpondet Scæuola, ad eos de quibus quæreretur nullum antecedentis temporis periculum pertinere.

Dubitandi cauſa erat, quia non videbantur tutores teſtamentarij feciſſe in rebus pupilli, quod prudens & diligens paterfamilias in re ſua ex bona fide facere debuiſſet, cùm ex die apertarum tabularum ſciuerint ſe tutores datos, & nihilominus ceſſauerint in adminiſtratione: Neque excuſare illos poteſt, quod toto illo anteriore tempore nondum eſſent confirmati. Tunc enim periculum adminiſtrationis à die confirmationis incipit, cum neceſſaria eſt tutori confirmatio; quod non contingit niſi eo caſu quo tutoris datio non valet, quia fortè tutor datus ſit, vel à quo, vel cui, vel vbi, vel quomodo non potuit: *l. 2. C. de confirm. tutor. l. 1.* & paſſ. *ff. eod.* At in propoſito hi tutores vtiliter dati erant, neque confirmatione indigebant, quia teſtamentum quod ruptum credebatur, poſtea apparuit reuera ruptum non fuiſſe. Non igitur confirmationis tempus expectare debuerunt.

Sed ratio decidendi eſt, quia licèt teſtamentum ruptum non eſſet, ruptum tamen credebatur, nec tantùm ab his tutoribus, ſed ab ipſo quoque Præſide, qui ob eam cauſam tutorem alium dederat, cuius dandi neque neceſſitas, neque cauſa vlla ſubeſſet, ſi teſtamentarius vel vnus adeſſet: ob idque non poteſt eis imputari cur ceſſauerint, quouſque iuſſi ſunt adminiſtrare. Nam nec interponere ſe potuerunt ex quo Præſes ſe interpoſuit, & alium tutorem dedit. Et quamuis Prætor poſtea iuſſerit eos adminiſtrare tanquam teſtamentarios, non ideò tamen ex die aperti teſtamenti poſſunt videri negligentes fuiſſe, quandiu adminiſtrare iuſſi non ſunt: Eſſet autem iniquiſſimum retrotrahi periculum in longius tempus, quàm retrotrahi poſſit negligentia & culpa, cùm ex ea negligentia, culpáque periculum proficiſcatur. Eadem ratio facit, ne curatores teneantur pro tutoribus antecedentibus, niſi quatenus negligentes fuerunt in exigendo: *lege 1. C. eod.*

* * *

ILLATIO LXI.

De tutore qui datus fuit & pupillo hæredi inſtituto, & filia exhæredata.

SExageſimo primò ex eodem Principio fit, vt ſi quis pupillo hærede inſtituto, filiæ exhæredatæ duo millia nummorum aureorum legauerit, eoſdémque tutores vtriſque dederit, teneatur illi tutelæ iudicio pupillæ vſurarum nomine, ex quo die duo illa millia potuerunt à ſubſtantia hæreditatis ſeparari, & in nomina collocari: *d. l. qui negotiationem, § pupillo*; Quoniam etſi vtilitas pupilli, cuius & ipſi tutores ſunt, ſuadere videbatur ne tam citò ea pecunia ab hæreditate ſepararetur; pupillæ tamen æquè ac pupillo conſulendum fuit, ne quid damni & incommodi ex tutorum negligentia pateretur: Præſertim cum nec ea res pupillo damnoſa eſſet, cuius etiam intererat, vt quam primùm poſſet ab eo debito liberaretur. Itaque quod in pupillo vno ſeruaretur, idem in duob. ſeruandum eſt, vt vſuras tutor debeat, ex quo die potuit idoneos debitores inuenire, & neglexit: *l. tutores 24. C. de adm. tutor.* præſertim ſi ſemeſtre effluxerit, quod in eam rem id eſt quærendis debitoribus & collocandis pecuniis præſtitutum fuit: *l. ſi tutor. 15. ff. eod.* Id enim tempus ideò datur, ne poſſit tutor conqueri non potuiſſe ſe tam citò idonea nomina contrahere; At non etiam vt ſit impunita eius negligentia, ſi ante præteritum ſemeſtre debitores idoneos inuenerit, & neglexerit. Perpetuum ſiquidem illud eſt, vt condemnandus ſit tutor, quoties imputari ei poteſt, cur non in reb. pupilli eam præſtiterit diligentiam, quam bonus paterfamilias in ſuis rebus ex bona fide præſtare deberet: & ideirco ſic loquitur Scæuola, *ex eo die quo neglexerint*, nullo ſcilicet certo tempore expreſſo Et ſanè quemadmodum imputatur tutori, ſiue à ſeipſo non exegerit, quod pupillo ſuo debuit, ſiue ſibi ipſi non ſoluerit ex bonis pupilli, quod ei à pupillo debitum fuit, *l. quoties 9 §. ſicut autem, eod. tit.* Ita & ipſi poteſt imputari, cur non ſoluerit pupillę exheredatę quod ex pupilli inſtituti bonis ſoluere potuit & debuit, ſeparando & delibando legatum à ſubſtantia hereditatis. Vtriuſque enim pupilli patrimonia ſeparatim & tanquam ſingulorum intueri debet, qui vtriuſque tutor eſt, & ſic vniuſcuiuſque ipſorum rem agere, acſi eius ſolius tutelam adminiſtraret.

d. l. qui negotiationem §. pupillo.

ILLATIO LXII.

De tutore eodémque creditore pupilli paciſcente cum cæteris creditoribus.

SExageſimoſecundò ex eodem Principio fit, vt pactum quod tutor idémque pupilli creditor facit cum cæteris creditoribus pupillaribus, etiam in ſeipſo ſeruare teneatur, *l. cùm hæreditas 59. eod. tit. l. cùm in eo 44. ff. de pact.* vbi ſcriptum eſt, Cùm hæreditas patris ære alieno grauaretur, & res in eo ſtatu videretur, vt pupilla ab hæreditate patris abſtineretur, vnum ex tutoribus eum pleriſque creditoribus ita decidiſſe, vt certa crediti portione contenti eſſent, Iidem curatores iam viripotenti accepti cum pleriſque creditoribus deciderunt. Quæſitum eſt,

inquit Scæuola, An ſi aliquis tutorum creditor patris pupillæ ſolidam pecuniam expenſam ſibi ex re pupillæ cum vſuris fecerit reuocari à curatoribus pupillæ ad eas portiones poſſit, quas cæteri quoque creditores acceperunt. Reſpondit eum tutorem qui cæteros ad portionem vocaret, eadem portione contentum eſſe debere; Nimirum quia quod ipſe ex bona fide nomine pupilli cum cæteris geſſit, & æquum eſſe putauit, non niſi perfidè agendo poſſit in perſona ſua recuſare & iniquum exiſtimare: Nam & generale eſt, vt ſiue tutor nomine pupilli, ſiue curator furioſi vel adoleſcentis aliquod ius iniquum poſtulet, coërcendus ſit eo edicto, quo cauit Prætor vt quod quiſque iuris in alium ſtatuerit, eodem ipſe vtatur: *l. 3. §. ſi tamen tutor, ff. quod quiſq. iur.* quamuis aliud ſit in procuratore niſi in rem ſuam dato, vt eadem lex ait.

Adeò verum eſt quod ſuprà diximus, & tutorem & curatorem in adminiſtratione rerum pupilli vel adoleſcentis, plus quàm procuratorem eſſe. Quamquam videtur ipſa quoque pupilli vtilitas aliud ius deſideraſſe, Cùm verendum ſit ita poſito iure & in tanta hominum auaritia, ne tutores dum ſibi timent aut negligentiùs aut minore pupilli commodo cum cæteris creditoribus decidant. Siquidem iis imputari numquam poteſt cur non deciderint, aut cur non meliore conditione, quia nec facilè probari poteſt creditores quicquam de ſuo iure remiſſuros fuiſſe; ſi de eo interpellati à tutoribus fuiſſent.

ILLATIO LXIII.

De tutore præſtante autoritatem pupillo in rem ſuam.

SExageſimotertiò ex eodem Principio fit, vt tutor pupillo autoritatem præſtare non poſſit in rem ſuam niſi per conſequentias: *l. 1. l. pupillus 5. ff. de autor. & conſ. tutor.* Nam præter eam huius iuris rationem, quam in ſuperioribus alio loco attulimus, fieri certè non poteſt vt in iis negotiis, quæ nouo inter pupillum & tutorem ipſum contractu indigent, tutor pro pupillo eam fidem & diligentiam præſtet quam in ſuis rebus præſtaret, cùm ita comparatum ſit, vt ſibi quiſque malit bene eſſe, quàm alteri. Et verò iniquum eſſet tutorem ob ſuſceptum ſiue ex pietate ſiue ex neceſſitate officium tutelæ, in eas coniici anguſtias, vt vel perfidè rem pupilli, vel malè ſuam geſſiſſe crederetur.

L. 1 l. pupillus 5. ff. de aut. & conſ. tut.

ILLATIO LXIV.

De tutore qui geſſit negotium ſibi commune cum pupillo.

SExageſimoquartò ex eodem Principio fit, vt ſi tutor qui & pupillo cohæres erat cùm conueniretur, fideicommiſſi in diem vel ſub conditione relicti nomine in ſolidum ipſe cauerit, in adultum pupillum pro parte danda ſit vtilis actio: *l. vlt. ff. quand. ex fact. tutor* Quia numquam apertiùs videri poteſt tutor eam in reb. pupilli diligentiam & bonam fidem præſtitiſſe, quam bonus & diligens paterfamilias in reb. ſuis præſtare ſolet, ac debet, quàm cùm geſſit communiter negotium quod ſibi cum pupillo commune erat. Maximè verò cù nihil fecit niſi quod ex iure communi facere debuit, vt in propoſito; Edictum enim Prætoris heredes obligat, vt legatorum aut fideicommiſſorum ſiue in diem, ſiue ſub conditione relictorum cauſa cauere compellantur, *10. 11. Vt legat. ſeu fideic. ſeruand. cauſ. caueat.* Nec quod tutor ſolus cauerit, neque adiecerit ſe tam pupilli, quàm ſuo nomine cauere, ad rem facit; quominus contra pupillum pro parte vtilis actio danda ſit, tanquam pro ipſo quoque præſtita cautione. Nam cùm tutor fideicommiſſi nomine non tantùm proprio, ſed etiam tutorio nomine conueniretur, quia nec ab eo ſolo fideicommiſſum relictum fuerat, ſed à pupillo quoque eodémque cohærede, apparet vtriuſque nomine caueri debuiſſe: Ideóque non malè ex eo loco ſolent Noſtri colligere poſt Barr. Quoties negotium pro parte ſpectat ad tutorem, pro parte ad pupillum, videri tutorem pro vna parte feciſſe nomine proprio, pro alia nomine tutorio.

ILLATIO LXV.

De crimine & actione ſuſpecti, Et de tutore qui expilauit ſubſtantiam pupilli.

SExageſimoquintò ex eodem Principio fit, vt ſuſpecti tutoris crimen lege 12. tab. inductum fuerit ob dolum in tutela per tutores admiſſum, ſi fortè graſſati ſint in tutela, vel ſordidè egerint, vel perniciosè pupillo, vel aliquid ex rebus pupillaribus interceperint iam tutores conſtituti: Non enim ſi quid admiſerint, antequàm tutores eſſent, quamuis in bonis pupilli vel in tutela, *leg. tertia, §. nunc videamus, ff. de ſuſpect. tutor.* vbi ratio redditur quia delictum tutelam præceſſerit. Et ideo ſi tutor, antequam tutor eſſet, pupilli ſubſtantiam expilauerit, ſed antequam pupillus hæres eſſet, accuſari debet crimine expilatæ hæreditatis, ſin minùs, id eſt, ſi expilauerit poſt iam acquiſitam pupillo hæreditatem, accuſari debet crimine furti. Sic enim lego & intelligo Vlpianum in *d. §. nunc videamus in fin.* vbi manifeſto errore ſcriptum eſt *tutor.* pro *hæres*, in illis verbis *antequàm tutor eſſet*, ſiue per inſcitiam librarij, quem literarum & ſimilitudo & numerus fefellerit, ſiue per audaciam imperiti interpretis, quem illud deceperit, quod putauit Vlpianum agere de tutore, cùm ageret de pupillo: non animaduertens, Caſum quidem illum tractari, quo tutor priuſquàm tutor ipſe eſſet pupillarem ſubſtantiam expilauerit, ſed tamen illud etiam ab Vlpiano requiri, vt ea expilatio facta ſit priuſquàm pupillus hæres eſſet; Ne alioqui nullus diſtinctioni locus relinquatur, An agendum ſit crimine expilatæ hæreditatis, an furti. Nam ſi ponas expilatam à pupilli tutore hæreditatem quæ pupillo delata fuerat, quamuis addas expilatam fuiſſe antequàm hic tutor eſſet, non ideò tamen aduerſus eum competet actio expilatæ hæreditatis, ſi iam acquiſita erat pupillo hæreditas fortè paterna quæ ſuo hæredi acquiritur ipſo iure, aut aliena quam idem pupillus agnouiſſet alio tutore autore, quoniam hæreditas poſt acquiſitionem nulla eſt, tanquam conuerſa in patrimonium hæredis: Et è contrario, ſi ponas expilatam fuiſſe antequàm pupillus hæres eſſet, non eo magis competet actio furti contra tutorem, quòd expilauerit iam tutor factus,

Emendatus Vlpian. in d. §. nunc vi.

quia furtum hæreditati facere nec tutor, nec alius quiſquam poteſt: *l. 5. §. Scæuola ff. ſi quis teſtam. lib. eſſ. iuſſ.* Neque rurſus conuenit Vlpiano, qui in tota poſteriore parte *d. §. nunc vid.* eum ſolum caſum tractat, quo expilatio ſubſtantiæ pupillaris facta ſit à tutore antequàm tutor eſſet, cùm in prima parte egiſſet de contrario caſu, quo tutor poſt ſuſceptam tutelam perfidè quid egerit circa res pupillares.

Illa autem ſubdiſtinctio quam Vlpianus ſubiicit vt ſciatur, Quanam actione conueniendus ſit tutor eo caſu quo ſuſpectus fieri non poteſt, An expilatæ hæreditatis, an furti, non ex eo pendet an tutor expilauerit antè, vel poſteà quàm tutor factus fuit, ſed ex eo ſolo, An expilauerit priùs quàm pupillus hæres eſſet, an poſt: quia ſicut earum rerum nomine quæ ſubtractæ ſunt ante aditam hæreditatem agendum eſt expilatæ hæreditatis; Ita & furti de iis quæ poſt aditam hæreditatem expilatę fuerunt. Neque verò neceſſe erat Vlpianum ea verba repetere, *antequam tutor eſſet*, cùm præcedens dictio *proinde*, ſatis per ſe oſtenderet eum ipſum caſum tractari, de quo proximè dictum fuerat; id eſt de tutore qui ſubſtantiam pupilli expilauerat antequàm tutor eſſet. Quòd ſi quis obiiciat non niſi valde impropriè potuiſſe ab Vlpiano *ſubſtantiam pupilli* dici hæreditatem, quæ pupillo nondum fuiſſet acquiſita: Reſpondebo, immò valdè propriè ita locutum fuiſſe Vlpianum, Relatione ſcilicet facta non ad tempus expilationis, ſed ad tempus quo fiat locus quæſtioni propoſitæ. id eſt quo & pupillus hæres & tutor ei creatus ſit, cùm expilationis tempore neque hic tutor, neque pupillus adhuc hæres eſſet. Expilatæ namque hæreditatis crimen, licèt pro expilatione ante aditam hæreditatem facta competat, exerceri tamen niſi ab eo qui iam hæres ſit, non poteſt.

ILLATIO LXVI.

De admittendis per iudicem tutelæ reputationibus tutoris.

l. 1. ff. vbi pupill. educ. deb.

SExageſimoſextò ex eodem Principio fit quod ſcriptum eſt in *l. 1. ff. vbi pupill. educ. deb.* officio iudicis qui de tutelæ actione cognoſcit congruere, vt reputationes tutoris non improbas admittat, vt puta ſi tutor dicat impendiſſe ſe in alimenta pupilli, vel diſciplinas. Modum autem ſiquidem Prætor arbitratus eſt eum ſeruari debere, quem ipſe ſtatuerit; ſi verò Prætor non eſt aditus, pro modo facultatum pupilli debere arbitrio iudicis æſtimari. Nec enim permittendum eſſe tutori tantum reputare quantum dedit ſi plus æquo dederit. Hoc amplius, etſi Prætor modum alimentis ſtatuit, veruntamen vltra vires facultatum eſt quod decretum fuit, nec ſuggeſſit Prætori tutor de ſtatu facultatum, non debere rationem haberi alimentorum omnium, quia ſi ſuggeſſiſſet, aut minuerentur iam decreta, aut non tanta decernerentur. Sed etſi pater ſtatuerit alimenta liberis quos hæredes ſcripſerit, ea quidem præſtando tutor reputare poterit, ſi non ſint vltra vires facultatum; ſi ſecus, imputabitur tutori cur non adito Prætore deſiderauerit alimenta minui.

Cur ita hæc omnia? Nimirum quia non aliter boni & diligentis patrisfamilias vice functus videri tutor poteſt, quàm ſi alimentis pupillo præſtandis & temperandis totam hanc diligentiam adhibuerit: Et ceſſante tutore id facere, quod ex bona fide fieri oportet circa rerum pupillarium adminiſtrationem, pertinet ea res ad curam Prætoris, vt in ſtatuendo tutori modo alimentorum, alius quidam & ſupremus tutor eſſe videatur: Vt vice verſa Prætoris officium quodammodo implet tutor, qui etiamſi non adeat Prætorem, ſua tamen prudentia ſic rem pupilli agit, vt nec aliud, nec melius quicquam fuerit ei Prætor imperaturus: Etſi tutius conſilium eſt pro tutore quantumuis probo, prudente, ac diligente vt in his rebus, quæ pendent ex arbitrio illius, qui de tutela cogniturus eſt, curet ſibi à Prætore, alióve Magiſtratu ad quem ea res pertinet, præſcribi exactè quantum fieri poteſt quid aut faciendum aut cauendum habeat, ne poſtea vel calumniam, vel damnum aliquod patiatur, tametſi conſcius ſibi ſit nihil à ſe geſtum niſi ex bona fide.

Illud ſanè conſtat, ea omnia quæ Vlpianus in *l. 3 eod. tit. vbi pupill. educ. deb.* ſcribit pertinere ad officium Prætoris cognoſcentis de modo alimentorum pupillo adultóve pręſtandorum, tutoribus quoque & curatoribus aptari poſſe: Nempe vt modum patrimonij ſpectare debeant & alimenta præſtare tam moderatè, vt non vniuerſum patrimonij reditum in alimenta erogent, ſed ſemper ſic, vt aliquid ex reditu ſuperſit. Sed & ante oculos habere debent mancipia quæ pupillis deſeruiunt, & mercedes pupillorum, & veſtem, & tectum pupilli; ętatem etiam contemplari, in qua conſtitutus eſt pupillus, cui alimenta pręſtantur: cum pro incrementis ætatis alimenta quoque maiora præſtari neceſſe ſit: *l. cum vnus 16. §. vlt ff. de alim. & cibar. legat.* In amplis tamen patrimoniis non cumulus patrimonij, ſed quod frugaliter ſufficit modum alimentis dare debet; Nam & prudens quilibet paterfamilias in re ſua ſic æſtimaret: At quoniam vix alimenta expediri poſſunt, ſine præſenti pecunia, illud primum inſpicere tutor debet quam penes ſe ſummam habeat, Nam & cùm non conſtat quis modus facultatum ſit, inter tutorem & eum, qui alimenta decerni deſiderat, ſicuti ſuſcipere debet Prætor cognitionem, nec temerè alimenta decernere, ne in alterutram partem delinquat, maioribus aut minoribus decretis quàm oporteat alimentis; Ita priùs exigere à tutore debet vt profiteatur, quę ſit penes ſe ſũma: & comminari fore vt grauiores ei vſuræ infligantur eius quod ſupra poſſeſſionem apud eum fuerit deprehenſum.

l. 3. eod. tit.

Quod autem & Prætor, & tutor facere debent in alimentis pupillo, vel adulto aut decernendis, aut erogandis; Idem ad inſtructionem quoque pupillorum, vel adoleſcentium pupillarum, vel earum quæ intra viceſimumquintum annum conſtitutæ ſunt, faciendum eſt, habito ſcilicet reſpecto facultatum & ætatis eorum, qui inſtruuntur. Eadem namque ratio eſt eorum quæ impenduntur in alimenta, & quæ in diſciplinas, cùm tutor non minùs moribus quàm rebus pupilli, itémque curator pręponatur: *l. cum plures 12. §. cùm tutor, ff. de admin. & peric. tutor.* Sed ſi egens ſint pupilli, de ſuo eos alere tutor non tenetur. Non ob id ſolùm, quòd nec vice verſa tutorem egenum alere pupilli tenentur, *l. à tutoribus 33. paragrapho vltim. ff. eod. tit.* Sed etiam quia excedit hæc res terminos diligentiæ, quam tutor præſtare debet pupillo, tranſitque in liberalitatem, cuius exercendæ, neque tutori, neque alij vlli neceſſitas imminere poteſt; cùm

nihil ſit tam contrarium liberalitati, quàm neceſſitas: *l. vnum ex familia 67. §. 1. De legat. 2.* Sed etſi fortè poſt decreta alimenta, pupillus ad egeſtatem perductus fuerit, diminui debent quæ vel à Prætore decreta, vel à tutore præſtari ſolita ſunt, quemadmodum ſolent augeri ſi quid patrimonio acceſſerit. Atque hæc de alimentis pupillo præſtandis dixiſſe ſufficiat, innixis iis quæ ſcripſimus *illat. 20*

Sed nec illud prætermittendum eſt, quod Alexand. conſtituit in *l. 2. C. de alim pupill. præſt.* Idipſum ſcilicet quod nos iam diximus, Tutores, & eos qui negotia aliena gerunt, pro officio ſuo poſſe facere quod plerumque poſtulatur, vt arbitrio Prætoris alimenta pro modo facultatum pupillis, vel iuuenibus conſtituantur. Cæterùm ſi bonus vir & innocens tutor arbitrio ſuo aluit pupillos, non dubiè accepto ferre debebunt ea, quæ alius quilibet vir bonus arbitrabitur, meritò ad exhibitionem educationis, miniſteria, ſtudiáque erogata eſſe; Quia interdum neceſſe eſt ita fieri etiam ſine decreto, *l. 3. C. de admin. tutor.* Ne ſecreta patrimonij & ſuſpectum æs alienum pandatur; quod melius eſt interim taceri, quàm cùm de modo facultatum quæritur vltrò proferri, & apud acta ius dicentis contra pupillorum vtilitatem deſignari. Nec ferendus eſt iuuenis, inquit Imp. qui cùm præſens eſſet, ſtudiiſque eruditus, atque alitus à tutore, ſumptus recuſet, quaſi vento vixerit, aut nullo liberi hominis ſtudio imbui meruerit, ſi non probet iſta ſe omnia ab alio quàm à tutore fuiſſe conſecutum. In ſumma id perpetuò tenendum eſt, quod ſcriptum eſt in *d. l. 3.* Quicquid à tutoribus, ſiue curatoribus bona fide erogatur, potiùs iuſtitia, quàm aliena autoritate firmari.

l. 3. de adm. tutor.

ILLATIO LXVII.

De tutore per cuius abſentiam aliquid damni aut incommodi accidit pupillo.

SExageſimoſeptimò ex eodem Principio fit, vt ſi per abſentiam tutoris aliquid damni aut incommodi pupillo emergat, ſiue quòd interim alimenta non habeat, ſiue quod ipſius negotia periclitentur, & ideò quæratur an remouendus ille ſit tanquam ſuſpectus, an curator ei adiungendus; Diſtingui oporteat ab abſentia illa neceſſaria & improuiſa acciderit, fortè quòd ſubito ad cognitionem principalem profectus nec rei ſuæ prouidere, nec conſulere pupillo potuerit; An verò negligentia, & nimia ceſſatio in adminiſtratione tutori obiiciatur, quæ etiam ex hoc arguatur, & damnoſior probetur, quod per abſentiam eius deſerta derelictáque ſint pupilli negotia. Hoc enim poſteriore caſu, euocatis adfinibus atque amicis tutoris, Prætor edicto propoſito, cauſa cognita, etiam abſente tutore, vel remouendum eum qui tali nota dignus videbitur, decernet; vel adiungendum curatorem: & ita qui datus erit, expediet alimenta pupillo. Priore verò caſu ſi abſens tutor & idoneus ſit, & ſperetur redire, nec expediat adiungi alium, & pupillus de re ſua alimenta poſtulat; alius quidem tanquam curator conſtituendus erit, ſed ad id ſolùm vt ex re pupilli alimenta expediat. Sic enim Tryphoninus diſtinguit in *l. vlt. ff. vbi pupil. educ. deb.* vbi tamen vereor, ne pro *rectè*, legendum ſit potius *curat.* ideſt *curator*, alioqui deerit nomen, ad quod referri poſſit verbum *conſtituetur*, & quod ſequitur *expediat*. Huius autem diſtinctionis ratio tota ex eo pendet, quòd non poſſit imputari tutori abſentia, quæ tam improuiſam, & neceſſariam cauſam habet, vt impediat ne poſſit ille propriis quoque rebus conſulere. Cùm non ad aliud tutor ex officio obligetur, quàm vt in rebus pupilli eam præſtet diligentiam, quam in propriis præſtare diligentis patrisfamilias exemplo & poteſt, & debet.

ILLATIO LXVIII.

De actione & arbitrio tutelæ.

SExageſimooctauò ex eodem Principio fit quod ſcriptum eſt in *l. 1. ff. de tutel. & rat. diſtr.* In omnibus quæ fecit tutor cùm facere non deberet, item in his quæ non fecit cùm facere deberet, rationem illum reddere debere iudicio tutelæ, præſtando dolum, culpam, & quantam in rebus ſuis diligentiam. In eámque rem nimirum comparata eſt actio tutelæ, quæ & Arbitrium appellatur in *tit. C. arbitr. tutel.* quia quid & quantum in quaque re idoneus & diligens paterfamilias facere potuerit & debuerit, tam incertum eſt ex temporum, & negotiorum quæ occurrunt, aliarúmque circumſtantiarum varietate, vt nullis id certis regulis definiri poſſit, pendeátque neceſſariò ex arbitrio & æſtimatione iudicantis, vt & cætera omnia quæ in facto magis, quàm in iure conſiſtunt: *l. mora 32. in princip. De vſur. l. 1. §. 1. verſ. quorum alterutrum, ff. ad SC. Turpill. l. ordine 15. ff. ad municip.*

l. 1. ff. de tutel. & rat. diſtr.

Nec tantùm in tutoribus & curatoribus hoc obtinet, vt geſtionis & adminiſtrationis ſuæ rationes reddere, ac dolum culpámque præſtare debeant, ſed in cæteris quoque omnibus alienorum negotiorum geſtoribus, aut etiam communium, aut quæ ex cauſa & obligatione iam nata, poſſint aliquo caſu vel tempore ad alium pertinere. Huiuſmodi ſunt curatores omnes, ſiue adoleſcenti, ſiue ventri, ſiue bonis dati ſint, ſiue prodigo aut furioſo. Etſi namque inter iſtos differentia illa eſt, quod curatores adoleſcentis, furioſi & prodigi habent rerum adminiſtrationem, curatores autem bonorum, ventriſque, non niſi cuſtodiam; *l. inter 38. ff. de admin. tutor.* tamen hi quoque neceſſitatem habent vendendi eas res, quæ per moram deteriores futuræ ſunt, vt *ibidem* Iuriſc. ſcribit, quo nomine rationes etiam conficere ac reddere tenentur. Huiuſmodi ſunt etiam negotiorum geſtores, *l. 2. ff. de negot. geſt.* procuratores tam ad lites, quàm ad negotia, *l. qui proprio 46. §. procurator, ff. de procurat.* Orphanotrophi ſeu hoſpitalarij, *Nouell. 131. De eccleſ. titul. cap. vlt.* Hæredes grauati fideicommiſſo, *l. vlt. C de iur. delib.* de quibus Bart. ad *l. cùm tale 72. §. Titius hæredem, ff. de cond. & demon.* Item ſocij, fratres adminiſtrantes bona communia, Patres negotia filiorum gerentes, Officiales publici, Argentarij, Quæſtores publici, & alij quos congerit Gothofr. ad *d. l. 1. §. officio. ff. de tutel. & ration. diſtr.* vbi ſcriptum eſt conſequenter ſuperioribus, officio tutoris incumbere, vt actus ſui rationes conficiat & reddat. Quomodo enim poſſet reliqua ſoluere non redditis rationibus? Aut quomodo rationes reddere quas non priùs confeciſſet?

Nam

Nam & inde eſt quod inuentarium facere cogitur; Alioqui contra eum iurari in litem poteſt: *l. tutor qui repertorium 7. ff. de adm. & peric. tutor.* Neque enim nullo facto inuentario ſciri poſſet quid & quantum illud eſſet, cuius rationem reddere tutor deberet.

ILLATIO LXIX.

De tutore præſtante autoritatem pupillo ad donandum.

SExageſimonono ex eodem Principio fit, vt ſi tutor pupillo auctor ſit ad donandum inter viuos, non valeat donatio, quia non eſt prudentis & diligentis patrisfamilias donare, cùm donare ſit perdere: *l. filiusfamilias 7. ff. de donat. d. l. 1. §. ſed etſi non mortis, ff. de tutel. & rat. diſtr.* vbi addit Vlpianus, plerumque quidem ita eſſe, ſed nonnullos caſus poſſe exiſtere, quibus ſine reprehenſione tutor autor ſit pupillo ad diminuendum; Veluti ſi matri, aut ſorori quæ aliter ſe tueri non poſſint, alimenta tutor præſtiterit. Nam cùm bonæ fidei indicium ſit, nemo feret, inquit, aut pupillum, aut ſubſtitutum eius querentes, quòd tam coniunctæ perſonæ alitæ ſint. Quinimò per contrarium putat poſſe cum tutore agi tutelæ, ſi tale officium prætermiſerit. Ex quo intelligimus, non eſſe hoc caſu neceſſarium Prætoris decretum. Cur enim cogatur tutor implorare decretum Prætoris in ea re, quam ex officio facere non ſolùm poſſit, ſed etiam debeat, & quam niſi faciat, ſit eo nomine iudicio tutelæ, quod infamiam irrogat, condemnandus? Quod ſi ita eſt, fatendum erit inepti eſſe interpretis verba illa, quæ nos in referendo Vlpiano conſulto prætermiſimus, *decreto ſcilicet interueniente.* Nam & dictio illa *ſcilicet*, oſtendit manifeſtè hanc eſſe interpretationem, quam ſi quis adſcribere nolit, interpreti, eam oportebit adſcribere Vlpiano, qui *toto illo §.* non tam ſuam quàm Iuliani ſententiam refert, probátque, Iulianus enim proculdubio decreti interpoſitionem non re[illegible] rebat, vt nec Labeo, quem idem Vlp. re[illegible] *l. 1. §. præterea.* Neque ratio iuris patitur, vt nos requiramus. Alioqui ſcribere debuerant Iulianus & Vlpianus, condemnandum eſſe hunc tutorem officio tutelæ, non quòd alimenta tam coniunctis perſonis non præſtitiſſet, ſi ea ſine decreto præſtare etiam volens non potuiſſet; ſed quod de iis præſtandis decretum à Prætore non impetraſſet, quod tamen neque Iulianus, neque Vlpianus ſcribit. Illud planè non nego prudentius facturum tutorem, ſi Prætorem adeat & poſtulet decretum, vel ob hoc ipſum ne quæſtioni locum relinquat, An fuerit Prætor adeundus.

Emendatus Vlpianus.

Quid autem ſi tutor pupillo autor fuerit ad donandum cauſa mortis? Non eadem ratio ſemper impediet donationem, Siquidem is qui donat cauſa mortis, non tam ſuum quàm futuri hæredis patrimonium diminuit, cùm malit ſe habere quàm donatarium, hunc autem magis quàm hæredem ſuum: *l. 1. l. Senatus 35. ff. donat. cauſ. mort.* Quia & huiuſmodi donationes plerumque ita fiunt, vt dominium rei donatæ non tranſeat in donatarium, niſi poſt mortem donatoris; Vnde eſt quod dicuntur capi ad inſtar legatorum: *l. illud. 37. eod. tit. l. vlt. Cod. eod.* id eſt tranſire ex iis dominium in donatarium ſine traditione, *l. 2. ff. de public. in rem act.* Sed tamen verum eſt, neque huiuſmodi donationem à pupillo factam valere, tametſi autoritas interuenerit tutoris. At alia ratione, quia ſicuti teſtamenti factio pupillis conceſſa non eſt, ita nec mortis cauſa donationes iis permittendæ ſunt, inquit Vlpianus ex Iuliano in *d. l. 1. §. De tutel. & ration. diſtr.* quia nimirum generaliter verum eſt, non poſſe pupillum decedere cum vltima voluntate, donationes verò iſtas cauſa mortis cenſeri iure vltimarum voluntatum: *d. l. vlt. C. de don. cau. mor. l. Marcellus 15. l. etſi debitor 17. ff. eod.*

Nec obſtat quod vulgo ſolet obiici ex *l. tam is 25 §. vlt. eod. tit.* filiumfamilias poſſe mortis cauſa donare conſentiente patre, cùm tamen non ſit in patris poteſtate, vt permittat ei factionem teſtamenti. Eſt enim locus ille intelligendus de donatione peculij profectitij, quod licet ſit filij, magis tamen eſt patris: *l. 3. §. ergo, ff. de minor.* cuius peculij proinde donatio, ſi qua fiat à filio patre conſentiente, ab ipſo patre facta intelligitur in caſum mortis filij: *l. mortis cauſa filij 11. ff. de mort. cauſ. donat.* & conſequenter cùm non tam filij, quam ipſius patris vltima voluntas cenſeatur, non poteſt ratio illa vltimæ voluntatis facere, quominùs permittenda ſit filiofamilias eiuſmodi donatio patre conſentiente, vt nos explicauimus *pluribus noſtris Decadibus.*

Quod ſi ponas donationem cauſa mortis ſic factam eſſe à pupillo tutore autore, vt dominiũ ex ea fuerit ſtatim tranſlatum in donatarium, ſed ita tamen vt potuerit aliquo caſu reuerti ad donatorem (nam & hoc modo fieri donationem cauſa mortis poſſe conſtat) diſtinguendum erit meo iudicio, An potuerit reuocari donatio, & res donata redire ad donatorem ex ſola pœnitentia donatoris; an verò ex alio caſu qui non pendeat à donatoris voluntate: vt enim aliquo caſu res poſſit redire ad donatorem neceſſe eſt; ne alioqui donatio potiùs inter viuos facta eſſe videatur: *l. vbi ita donatur 29. ff. de mort. cauſ. donat.* Priore caſu ferè eſt, vt nihil videatur donaſſe viuus pupillus, qui quod donauit reuocare quandocunque poſſit, etiamſi iam dominium tranſtulerit, non magis quàm qui teſtatus, aut fideicommiſſum in codicillis relinquit. Ideóque puto huiuſmodi donationem cauſa mortis à pupillo factam, ſi tutor autoritatem præſtiterit, valere, quandoquidem nec diminuit patrimonij, nec vltimæ voluntatis pupillo non permiſſæ ratio irritam eam fecit. Poſteriore autem caſu contrà eſſe, quin diminutum ſit patrimonium, ex quo res aliqua ſic alienata eſt, vt non poſſit redire ad donatorem ex ſola nudáque ipſius voluntate, ſed tantùm ex caſu, qui vel fortuitus ſit, vel, quod parum diſtat, pendens ab alterius cuiuſlibet voluntate. Atque ita locum hunc, ſiue Iuliani, ſiue Vlpiani interpretandum eſſe arbitror.

l. vbi ita donatur 19. eo. tit.

ILLATIO LXX.

De liberto contutore teſtamentario, cui contutores certam ſummam ſtatuerunt.

SEptuageſimò ex eodem Principio fit, quod ſcriptum eſt in *d. l. 1. §. ſi pupillis, De tutel. & ration. diſt.* Si pupillis tutores pater dederit, inter quos & libertum ſuum, pérque eum voluerit tutelam adminiſtrari, & contutores certam

Digitized by Google

ſummam ei ſtatuerunt, quoniam aliter ſe exhibere non poterat, habendam eſſe rationem eius quod ſtatutum eſt, quia licet nihil de eo teſtator dixerit, idipſum tamen voluiſſe credendus eſt tanquam in neceſſarium antecedens, hoc ipſo quod voluit tutelam ab eo adminiſtrari, quam ſcilicet adminiſtrare non potuit ſine alimentis, nec rurſus alimenta ſibi quærere niſi ex re pupilli, dum rebus pupilli ex bona fide & diligenter adminiſtrandis totum ſe occupat. Ergo etſi ex inquiſitione propter rei notitiam fuerit datus tutor, vt ſolent Prætores eum ex inquiſitione tutorem dare, vel addere, qui maiorem rerum pupillarium notitiam habeat, eíque alimenta ſtatuerint contutores, debebit eorum quoque ratio haberi, quoniam, inquit Vlpianus, iuſta cauſa eſt præſtandi, eáque relata ad pupilli vtilitatem, cuius intereſt hunc quoque ad tutelam & adminiſtrationem admitti, nec defectu alimentorum excludi. Sed etſi ſeruis cibaria tutor præſtiterit, aut libertis, ſcilicet rei pupillari neceſſariis, dicendum eſt reputaturum. Idémque etſi liberis hominibus, ſi tamen iuſta præſtandi cauſa intercedat. Item ſumptus litis reputabit tutor & viatica ſi fortè ex officio neceſſe habuit aliquò excurrere, vel proficiſci, vt ſequitur apud Vlpianum, Nempe quoniam his in omnibus caſibus nihil fit niſi ex bona fide, quódque diligens & prudens paterfamilias in re ſua facere non debuerit. Nam & in perſona procuratoris idem ſeruatur vt poſſit huiuſmodi ſumptus mandatori ſuo reputare; niſi ſi ſalariarius fuit, & conuenit, vt de ſuo eos ſumptus faceret *l. idémque 10. §. idem Labeo. ff. de man.* Denique quicquid fit in rebus pupilli ex neceſſitate ob ipſius vtilitatem, non niſi ex bona fide factum videri poteſt. Neque verò ſupradictis caſibus decretum vllum tutori neceſſarium eſt, cui ſufficit ratio ſola æquitatis: Quod notatum volumus pro eorum confirmatione, quæ ſcripſimus *illatione præcedente.*

ILLATIO LXXI.

De tutore qui contutorem ſuſpectum facere, vel ſatis ab eo exigere ſuperſedit.

SEptuageſimoprimò ex eodem Principio fit, vt quamuis ſæpiſſimè reſcriptum ſit, quandiu vel vnus ex tutoribus idoneus eſt, non poſſe ad Magiſtratus qui eos dederunt veniri Id tamen ita accipiendum ſit, ſi nun contutor ob hoc conueniatur quod ſuſpectum facere, vel ſatis exigere noluit; vt interpretatur Vlpianus in *d. l. 3. §. vſque adeò ff. de tutel. & ration. diſtr.* Nempe quia nihil perfidè facit contutor, neque contra pupilli vtilitatem, etiamſi ſuperſedeat ſuſpectum facere contutorem, aut ſatis ab eo exigere, cùm ſciat ſatis ſupérque pupillo cautum eſſe, quandiu Magiſtratus idoneus eſt, qui & talem contutorem dedit, & ſatis ab eo non exegit cùm deberet. Quod diuerſum eſt, cùm omnes contutores ideò conueniuntur, quod pariter adminiſtrauerint, quo caſu habet electionem pupillus quem ex iis in ſolidum conuenire velit, *l. cùm interdicta 6. C. arbitr. tutel.* & eo exiſtente non ſoluendo quem elegerit, ad alios venire: Sed cùm omnes contutores adminiſtrarunt quidem, ſed non pariter, at ſeparatim & pro ſua quiſque portione, licèt habeant illi beneficium diuiſionis, ſi ſinguli in ſolidum conueniantur, & omnes ſint ſoluendo, *l. ſi plures 38. ff. de admin. tutor.* Si tamen quidam ex iis non ſint ſoluendo, deficiente iam auxilio & beneficio diuiſionis, aliud auxilium contutori non ſupereſt, qui pro aliena parte adminiſtrationis conuenitur, quàm vt dicat priùs conueniendos eſſe fideiuſſores, ſi qui ſint inopum contutorum, aut ſi fideiuſſores nulli ſint, magiſtratus ipſos qui dederunt, nec acceptis fideiuſſoribus idoneis vtiliter pupillo cauerunt. Eáque contutorum poſtulatio iuſta eſt, quia pupilli replicatio nulla eſſe poteſt, niſi quod contutoribus iſtis qui idonei ſunt, imputandum eſt, cur contutores inopes ſuſpectos non fecerint, aut ſatiſdare nõ coëgerint, Quę tamen replicatio iniuſta eſt, & nullius ponderis, ob eam rationem quam attulimus, quod potuerint meritò contutores iſti exiſtimare non periclitari pupillum quandiu magiſtratus eſſet idoneus.

l. cùm interdicta 6. C. arbitr. tute.

Optimum igitur pro Magiſtratibus & notandum conſilium eſt, ne in ſubſidium ipſi poſtremo loco & poſt contutores conueniri poſſint, vt contutores omnes obligent pupillo in ſolidum tanquam mutua fideiuſſione obſtrictos. Ita enim fit, vt ſemper omnes conueniendi ſint ante Magiſtratus, quia perpetuum eſt, vt fideiuſſores tutorum priore loco conueniantur: quemadmodum Vlp. tractat in *d. §. vſque adeo.* Sed etſi tutores omnes idonei fuerunt quo tempore Magiſtratus eos dedit, poſtea verò quidam ex iis medio tempore ſoluendo eſſe deſierunt, tenebuntur eo nomine contutores ante Magiſtratus, quia non tam imputari poteſt Magiſtratibus qui idoneos dederunt, quàm contutoribus, qui cum iis ſuo tempore non egerunt, *l. ſi tutor. 9. §. & generaliter in fin. ff. de tutel. & rat. diſtr.*

ILLATIO LXXII.

De tutelæ actione hæredi pupilli, & contra hæredem tutoris danda.

SEptuageſimoſecundò ex eodem Principio fit, [illegible] actio tutelæ & hæredi pupilli, & contra hæredem tutoris competat: *d. l. 1. §. hanc actionem, eo. tit.* Cùm enim ex eo naſcatur, quod tutor in re pupilli non præſtiterit ex bona fide diligentiam illam, quam prudens & diligens paterfamilias in rebus ſuis præſtitiſſet, apparet eſſe illam rei perſecutoriam, ſcilicet eius quod ex tutoris, ſiue perfidia, ſiue negligentia pupillo abeſt. Quæ autem actiones ſunt rei perſecutoriæ, eas certum eſt & hæredibus, & contra hæredes dari: *l. in honorariis 35. ff. de oblig. & act. l. ſi pupillus 7. in princip ff. de tutel. & ration. diſtr. l. 3. 4. & tot. tit. C. de hæred. tutor.* In eóque nimirum differt actio tutelæ ab alia actione, quæ pupillo contra tutorem competit in duplum ex lege duodecim tabularum, quæ *Rationibus diſtrahendis* appellatur, & de qua Tryphoninus in *l. tres tutores 55. §. 1 ff. de admin. tutor.* & Vlp. in *l. 1. §. rationibus, ff. de tutel. & ration. diſtr.* Hæc enim cùm ſit pœnalis, quia datur in duplum exemplo actionis furti, adeóque cum actione furti, *d. l. 1. §. in tutela, verſ. hunc tamen.* datur quidem hæredi ſimilibúſque perſonis, hoc eſt bonorum poſſeſſori, aliiſque iuris ſucceſſoribus, ſed non in hæredem cæteróſque ſucceſſores: *d. l. 1. § penult.* quãuis non tota dupli pœna ſit, ſed in duplo ſimplum quoque contineatur: *l. 2. in fin. eod. tit.*

d. l. 1. § hanc actionem eod. tit.

Sufficit

Sufficit enim quod aliqua ex parte ſit pœnalis actio, vt non derut in hæredem, *l. 1. ff. de priuat. delict. l. conſtitutionibus 33. ff. de oblig. & action.* præſertim cùm per actionem tutelæ, vt modo diximus, pupilli hæredibus conſuli poſſit.

ILLATIO LXXIII.

De pluribus actionibus contra tutorem competentibus, & de actione Rationibus diſtrahendis.

SEptuageſimotertio ex eodem Principio fit, vt quemadmodum variæ ſunt cauſæ, ex quibus arguitur tutòr non feciſſe in rebus pupilli ex bona fide id quod bonus & diligens paterfamilias in rebus ſuis feciſſet, ita variæ multúmque diuerſæ actiones contra tutorem ſint proditæ. Quid enim ſi tutor non ſolùm negligenter, ſed etiam perfidè in tutela verſatus ſit, fortè pecuniam aut rem aliam quamlibet pupillarem intercepèrit. Poterat quidem in hoc quoque caſu ſufficere actio tutelæ, ſed tamen placuit aliam quoque actionem eo nomine contra tutorem dandam eſſe, quæ *Diſtrahendis rationibus* appellatur: Quæ licèt inducta ſit ex lege duodecim tabularum, *l. tres tutores 55. §. 1 ff. de adminiſtr. & peric. tutor.* ob ídque contra legitimos potiſſimum tutores pertinere videatur, tamen ad teſtamentarios quoque & datiuos pertinet, vt aduerſus omnes exerceri poſſit qui iure tutores ſunt & tutelam gerunt: *d. l. 1. §. rationibus, De tutel. & rat. diſtr.* Tutor enim adminiſtrationem quidem rerum pupillarium habet, at intercipiendi poteſtatem non habet, & ideo ſi quid furandi animo amouerit, furtum facit, nec vſucapi res poteſt: *l. tutor. 33. ff. de furt.* vbi addit Vlpianus, ſed & furti actione teneri hunc tutorem qui rem pupillarem intercepit, quamuis & tutelæ cum eo agi poſſit. Idémque & in curatore adoleſcentis, & in cæteris omnibus curatoribus iuris eſſe.

Quod ipſum tamen idem Vlp. explicat latiùs & elegantius in *d. l. 1. §. in tutela, De tut. & rat. diſtr. In tutela,* inquit, *ex vna obligatione duas eſſe actiones conſtat, Nimirum tutela, & Rationibus diſtrahendis. Et ideo ſiue tutela actum fuerit, Rationibus diſtrahendis agi non poteſt; ſiue contra, tutela actio quod ad ſpeciem iſtam perempta eſt:* Nam & vtraque competit, eodem tempore, Neutra ſcilicet, niſi finita demum tutela *d. l. 1. §. vlt.* iunct. *l. finita 4 eod.* Hunc tamen, inquit Vlpianus, tutorem qui pupillarem pecuniam intercepit, furti quoque teneri Papinianus ait, qui etſi furti teneatur, hac actione conuentus furti actione non liberatur. Nec enim eadem eſt obligatio furti, & tutelæ, vt quis dicat plures eſſe actiones eiuſdem facti, ſed plures obligationes; Nam & tutelæ & furti obligatur. Quod tamen non ita eſt accipiendum, quaſi pupillus vna actione conſecutus indemnitatem, nihilominus aliam quoque actionem exercere poſſit, ſed vt vnius electione alia non tollatur; quod euenire ſolet in iis actionibus, quæ ex vna eadémque obligatione plures naſcuntur: *l. plura delicta 53. De oblig. & action.* Puta in actionibus Tutelæ, & Rationibus diſtrahendis, quarum vna electa, etiamſi actum duntaxar, nec adhuc exactum quicquam proponatur, altera tollitur. Ergo ſi pupillus egerit tutelæ, aut rationibus diſtrahendis, furti tamen adhuc agere poteſt, itémque condictione furtiua, quæ perinde competit contra furem atque actio furti, *d. l. 2. §. 1. De tutel. & rat. diſtr.* vbi Paulus addit ſi per condictionem ex cauſa furtiua pupillus conſecutus ſit quod fuit ablatum, tolli hoc iudicium De rationibus diſtrahendis, quia nihil abſit pupillo.

l. plura delicta 53. De oblig. & act.

Cui non diſſimiliter Tryphoninus in *d. l. tres tutores. §. 1. Nemo,* inquit, *dicet vnum tutorem & duplum hac actione præſtare, & quaſi ſpecie condictionis aut ipſam rem, aut eius æſtimationem.* Nec enim tot actiones comparatæ ſunt odio tutoris malè in tutela verſantis, quomodo in cæteris furibus dicimus tot actiones non ſolùm diuerſas, ſed etiam contrarias, quales ſunt vindicatio & condictio, ſolo furum odio inductas eſſe, *§. ſic itaque, Inſtit. de action.* ſed tantùm fauore pupilli, ne quid ei abſit, & vt ipſius indemnitati conſulatur. Ac præterea tutor, qui rem pupillarem furatur, & intercipit, non tam inuito domino rem alienam videtur contrectare, quam perfidè agere, vt *ibidem* lex ait.

§. ſic itaque, in ſi. de act.

Ex qua differentiæ ratione illa etiam differentia naſcitur, quàm ponit Tryphoninus in *d. l. tutores, §. 1.* quod in cæteris eiuſdem rei furibus pluribus ſi dominus duplum ab vno ipſorum conſequtus ſit per actionem furti, non eſt propterea cæteris pœnæ deprecatio. Si verò plures ſint eiuſdem impuberis tutores, qui rem aliquam pupillarem ſimul furati ſint, in eáque intercipienda conſenſerint, vno ex iis duplum præſtante, cæteri liberantur, quia nihil poteſt videri abeſſe pupillo, qui non modò ſimplum, ſed & duplum conſecutus fuit, in quo etiam ſimplum continetur. Neque hoc caſu locum habet regula illa iuris quæ vult, Numquam actiones pœnales de eadem pecunia concurrentes, aliam per aliam conſumi: *l. nunquam 60.* iunct. *l. cum ex vno 31. & l. qui ſeruum 33. ff. de oblig. & action.* Etſi autem duplex illa actio & Tutelæ & Rationibus diſtrahendis competit contra tutorem, & vtraque eodem tempore, non tamen eodem caſu, vt nec eodẽ modo; Nam tutelæ actio generalior eſt, & cõpetit omni caſu, & ad id omne quod pupillo abeſt: Rationibus verò diſtrahendis ſpecialior, nec niſi contra eum tutorem, qui etiam fur ſit, nec tantum ad id quod pupillo abeſt, ſed etiam in duplum, non tamen totius eius quod abeſt pupillo, ſed æſtimationis rei interceptæ, *d. l. 1. §. conſiderandum, ff. de tutel. & rat. diſtr.* quod & in actione furti obſeruatur: *l. in furti 50. ff. de furt.* Videtur autem dicta actio *Rationibus diſtrahendis* ex eo fortaſſis, quod ſicut boni tutoris eſt rationes pupillares contrahere, & componere, ita perfidi diſtrahere, quia quod intercipitur à tutore in rationes pupilli contrahi numquam poteſt.

ILLATIO LXXIV

De tutore qui rem ſibi à patre pupilli depoſitam, vel commodatam non reddit.

SEptuageſimoquartò ex eodem Principio fit vt ſi tutor rem ſibi depoſitã à patre pupilli, vel commodatam non reddat, non tantum commodati, vel depoſiti, ſed etiam tutelæ teneatur: *l. ſi tutor. 9. ff. eo. de tutel. & ration. diſtr.* quia licèt depoſiti, vel commodati tempore nondum hic

tutor eſſet, vt eo tempore potuerit tutelæ actione obligari, poſtea tamen tutor factus cœpit obligari, ex quo tempore potuit, & debuit ille à ſeipſo rem illam repetere, ſi in re pupilli voluiſſet ex bona fide præſtare id, quod bonus & diligens paterfamilias in re ſua facere ac præſtare debuiſſet: *l. quoties o. §. ſicut ff de admin. tutor.* Addit Vlpianus in *d. l. ſi tutor.* Si, acceperit pecuniam tutor, vt rem ſibi commodatam vel penes ſe depoſitam reddat, eam pecuniam vel depoſiti, vel commodati actione repeti poſſe, vel etiam condici condictione ſcilicet ob turpem cauſam. Quod habet rationem, inquit, cùm pecunia iſta turpiter accepta ſit, *l. 2. §. 1 ff. de cond. ob turp. cauſ.* quamuis res depoſita reddita ſit incorrupta & citra moram: *l. vlt. ff. depoſiti.*

ILLATIO LXXV.

De actionibus competentibus, ſed non dandis pupillo dum tutor tutelam gerit.

SEptuageſimoquinto ex eodem Principio fit, vt quamuis cæteræ actiones præterquam tutelæ aduerſus tutores competant, etſi adhuc tutelam adminiſtrant, veluti furti, damni iniuriæ, condictio, non tamen pupillo dentur dum tutor tutelam gerit: Quamuis enim morte tutoris intereant, ob idque periculoſum videatur expectare finem tutelæ, cùm non ſolum pubertate, ſed etiam morte tutoris æquè ac pupilli tutela finiatur *l. niſi finita 4. in pr. De tutel. & rat. diſtr.* Pupillus tamen cum hærede tutoris actionem habiturus eſt, quia ſibi ſoluere tutor debuit, vt Paulus ait in *l. ſed non datur 10. junct. §. vlt. l. praced eo. tit.* Non enim fecit tutor in re pupilli, quod in ſua bonus & diligens paterfamilias feciſſet, ſi ſibi non ſoluerit. Ex quo intelligimus actionem iſtam quam dari vult Paulus in hæredem tutoris, non eſſe aliquam ex iis actionibus, quas prius dixit morte tutoris interire, ſed nouam actionem tutelæ, quæ contra tutorem ipſum quamdiu vixit & tutor fuit competere non potuerat, quia nec competit niſi finita demum tutela, vt ſæpius ſupra diximus ex *d. l. niſi finita, & d. l. ſi tutor. 9. in princ.* Apparet etiam ex eo Pauli reſponſo condictionem furtiuam, non minus quam furti actionem, morte tutoris interire: quod nos pluribus contra Iacobum Cuiacium diſputauimus *lib. 4. Coniect. cap. 1.*

ILLATIO LXXVI.

De tutore qui poſt pubertatem pupilli negotia adminiſtrauit.

SEptuageſimoſexto ex eodem Principio fit, vt ſi tutor poſt pubertatem pupilli negotia adminiſtrauerit, in iudicium tutelæ veniant etiam ea ſine quibus adminiſtratio tutelæ expediri non poteſt: *l. ſi tutor. 13. eo. tit. De tutel. & ration. diſtr.* quia non aliter poteſt videri tutor boni & diligentis patrisfamilias in re pupillari munua impleuiſſe, quam ſi omnia perfecerit quæ tutelæ tempore inchoauit. Et *in eadem lege* ſubiungit Vlp. generaliter verum eſt, ea quæ connexa ſunt in tutelæ iudicium venire, ſiue connexa ſint tēpore, ſiue cauſa, vt iā alio loco explicauimus, ex *l. tut. 11. C. arbitr. tut.* Nullū enim alienæ diligentię locum relinquit tutor, qui etiam poſt pubertatem perſeuerat in connexa tutelæ adminiſtratione, cùm alioquin ſi periculum exuere vellet, curare deberet vt curatores puberi darentur; aut ſaltem admonere puberem vt peteret ſibi curatores, ad hoc vt cum tutela, officium quoque & periculum tutelæ finiretur, *l. ita autem 5. §. ſi tutor pupillum, l. à tutoribus 37. §. 1. ff. de admin. & peric. tutor.* Itaque quod ſequitur in *d. l. ſi tutor.* Eum qui poſt pubertatem pupilli fundos eius vendiderit, aut mancipia & prædia cōparauerit, neque venditionis huiuſmodi, neque emptionis rationem tutelæ iudicio reddere debere, tunc obtinet cum tutor poſt pubertatem non perſeuerauit in connexa adminiſtratione tutelæ, ſed eam tempore aliquo vel breuiſſimo intermiſit, Quo caſu etiamſi poſtea gerere cœperit, negotiorum tamen geſtorum eo nomine non tutelæ conueniendus eſt: *l. ſi poſt pubertatem 14. eod.* Et ſanè adminiſtratio tutelæ vniuerſalis eſt, & vniuerſorum bonorum non rei certæ. *l. certarum 12. cum duab. ſeqq. ff de teſtam. tutel.* Cùm ergo Vlpianus de eo tutore loquitur, qui poſt pubertatem aliquid vendit ex rebus pupilli quondam ſui, vel aliquid ei comparat, hoc ipſo ſatis oſtendit tractare ſe de eo tutore, qui non perſeueret in connexa reliqua adminiſtratione. Qui enim cætera omnia faceret, cur non hoc quoque tutoris iure facere poſſet? & quemadmodum pro reliqua adminiſtratione, quidni & pro huiuſmodi ſiue emptione, ſiue venditione, tutelæ iudicio conueniri poſſet?

l. ſi tutor. 13. eod. tit.

l. ſi poſt pubertatem 14. De tut. & rat. diſtr.

Idque apertius exprimit Vlpianus cùm ſubiungit, ſi cœperit tutor adminiſtrare negotia poſt tutelam finitam, deuolui iudicium tutelæ in actionem negotiorum geſtorum; propterea quod oportuerit eum à ſeipſo exigere tutelam. Quomodo enim poſſet tutor poſt pubertatem incipere pupilli negotia adminiſtrare, qui in connexa adminiſtratione perſeueraſſet? Et vero ſi in perſona quoque eius qui aliena negotia adminiſtrat & quædam geſſit, quædam non geſſit, dicimus tamen eum teneri etiam pro iis quæ non geſſit, ſi modò contemplatione eius alius ad hæc negotia non acceſſit; & vir alius diligens ea geſturus fuit: *l. ſi pupilli 6. §. videamus, De negot. geſt. l. in commodato 17. §. ſicut autem ff. commod.* quantò magis tenebitur tutelæ is, qui poſt pubertatem perſeuerauit in connexa adminiſtratione, nec alij vlli adminiſtraturo locum reliquit?

Planè de iis quæ poſt intermiſſam tutelæ adminiſtrationem gerere cœpit, non poteſt fieri vt tutelæ actione teneatur, cum non ſolum tutela finita ſit per pubertatem, ſed etia officium tutelæ per intermiſſionem, nouáque adminiſtratio ſit, nihil cum tutelæ munere commune habens, ea, quæ inchoata eſt poſt pubertatem: niſi fortè habuerit cauſam connexam cum his, quæ cœperat tutor gerere ante pubertatem. Nam etſi non tutor ipſe, ſed hæres tutoris executus eſſet quæ tutor inchoauerat, tutelæ etiam eo nomine teneretur: *l. ſi tutoris 60. ff. de adm. & peri. tut l. 1. ff. de adm. & peri. tut. l. 1 ff. de fideiuſ. tut.* itémque ſi poſt tutoris mortem hæres ipſius in connexa tutelæ adminiſtratione perſeuerarit: *l. 4. eod.* Quanto magis igitur eadem omnia in ipſius tutoris perſona erunt recipienda, ſi poſt pubertatem adminiſtrauit: Nec enim minus finitur tutela morte tutoris, quam pubertate impuberis: *d. l. niſi finita*

nita 4. De tutel. & ration. diſtr. Extra hos caſus, agendum eſt actione negotiorum geſtorum pro geſtis poſt pubertatem, *d. l. ſi tutor.* Ideóque ait Caius in *d. l. ſi poſt pubertatem*, Si poſt pubertatem aliquo tempore licèt breuiſſimo tutor intermiſerit adminiſtrationem, deinde cœperit gerere, ſine vlla dubitatione tam tutelæ quam negotiorum geſtorũ iudicio cum eo agendum eſſe. Vtraque nimirum actione pro eo tempore quod ſecutum eſt pubertatem, ſed actione quidem tutelæ pro eo tempore quod præceſſit intermiſſionem; negotiorum verò geſtorum, pro eo quod ſecutum fuit: quoniam finita ſemel & intermiſſa tutela, repeti poſteà vel redintegrari non poteſt.

Sed & illud verum eſt, quoties tutor poſt tutelam finitam cœpit rurſum negotia puberis adminiſtrare, ſiue in connexa adminiſtratione per aliquod tempus perſeuerauerit, ſiue à primo pubertatis die adminiſtrationem intermiſerit, deuolui actionem tutelæ in actionem negotiorum geſtorum. Ratione illa, quam adfert Vlpianus in *d. l. ſi tutor*, quod debuerit ille à ſemetipſo tutelam exigere. Siquidem nulla actione quiſquam indiget, vt quod ipſe debet, exigat à ſeipſo: *d. l. 6. §. videamus, De negot. geſt. d. l. quoties 9. §. & generaliter D. de admin. tutor.*

Id tamen ità accipiendum eſt, vt ſi ex hac cauſa negotiorum geſtorum adultus agat, benè agat, non etiam vt prohibeatur agere tutelæ, ſi fortè id ſibi vtilius eſſe putet. Quod plerumque ita eſt, propter contutores, fideiuſſores & magiſtratus qui præſtare debent Rem pupilli ſaluam fore, quique alia quàm tutelæ actione propoſita *d. l. quoties §. ſi paterfamilias in fin.* non tenerentur: *d. l. quoties §. ſi paterfamilias in fin.* Nec enim culpa eius cui imputamus cur tutelam à ſeipſo non exegerit, ipſi aut ipſius contutoribus vel fideiuſſoribus lucroſa, pupillo autem damnoſa eſſe debet.

Eodemque modo accipio quod ſequitur apud Vlpianum in *d. l. ſi tutor, in fin.* Si quis cùm tutelam adminiſtraſſet, idem curator adoleſcenti fuerit datus, æquè negotiorum geſtorum actione conueniri eum poſſe: id eſt ita tamen vt neque ipſe, neque fideiuſſores ipſius à tutelæ actione liberentur, ſed hoc amplius negotiorum geſtorum iudicio teneantur.

ILLATIO LXXVII.

De tranſactione facta per vnum ex tutoribus de dolo communi.

SEptuageſimoſeptimò ex eodem Principio fit, vt ſi ex duobus tutoribus cum altero quis tranſegerit, quamuis ob dolum communẽ, tranſactio tamen nihil proſit alteri, *l. ſi ex duobus 15. ff. de tutel. & ration. diſtr.* vbi rationem Vlpianus reddit, *nec immerito*, inquit, *cum proprij delicti pœnam quiſque ſufferat.* Cùm enim quilibet eorum tutelæ iudicio teneatur, ob id quod in re pupilli non ſit verſatus eo modo quo diligens & bonus paterfamilias ex fide bona in re ſua verſari debuiſſet, at improbè & perfidè, nihil cauſæ eſt cur poſt tranſactionem cum vno factam, adhuc non poſſit conueniri de proprio dolo is cum quo tranſactum non fuit. Quod ſi conuentus alter præſtiterit, inquit Vlpianus, proficiet id quod præſtitit ei, qui conuentus non eſt. Licèt enim doli ambo rei ſint, tamen ſufficit vnum ſatisfacere, Vt dici ſolet in duobus quibus res eſt commodata, vel depoſita, vel quibus mandatum eſt. Omnes enim hæ actiones, cum rei perſecutoriæ ſint, non pœnales, eatenus duntaxat competere poſſunt quatenus actori abeſt. Tam autem verum eſt nihil abeſſe pupillo, cui ab vno ex tutoribus ſatisfactum eſt, quàm ſi ab vtroque ſatisfactum eſſet. Denique nuſquam fauendum eſt pupillo cui nihil abeſt, quique agendo tutelæ, magis de præda quàm de damno ſollicitus eſt: *l. 2. eod. tit. l. ſi minores 25. in fin. ff. de admin. tutor.* Cæterùm non electione vnius, ſed ſolutione demum, aut alia ſatisfactione alter qui conuentus non eſt liberabitur: *l. 1. §. ſi apud duos 13. ff. depoſiti*: quia nimirum ſola electio non facit vt nihil abſit pupillo, quod vnum inſpiciendum eſt.

ILLATIO LXXVIII.

De pupillo petente ſubminiſtrari ſibi pecuniam à tutore, quam nondum conſtet debere.

SEptuageſimooctauo ex eodem Principio fit, quod ab Imperatoribus Seuero & Antonino reſcriptum fuiſſe refert Vlpianus in *l. Imperatores 17. ff. de tutel. & ration. diſtr.* Cùm hoc ipſum quæritur, An aliquid pupillo vel adulto à tutoribus vel curatoribus debeatur, non eſſe iuſtam poſtulationem pupilli, vel adulti, ſi velint ſibi ab illis pecuniam in ſumptum litis ſubminiſtrari. Nempe quia cum nihil poſſit tutor, vel curator debere ex cauſa tutelæ, vel curationis; niſi vel perfidè, vel ſaltem negligenter in re pupilli, vel adulti verſatus ſit; nulla ratio eſt cur in dubio quicquam perfidè vel negligenter à tutore, vel curatore factum eſſe ſuſpicari ac præſumere debeamus. Quæ etiam ratio eſſe videtur eius quod à Marcello ſcriptum eſt in *l. tutor 28. §. 1. & l. ſeq. ff. de adm. & peric. tutor* Eum, per quem *l. tutor. 28. §. 1. & l. ſeq. ff. de adm. tutor.* non ſtetit quominus conuentus reſtitueret tutelam, ad præſtationem vſurarum compelli non debere, multóque minùs heredem tutoris: quòd per iniquum ſit, eum, cui fortè poſt viginti annos in mentem venerit tutelam repoſcere, etiam vſuras poſtulare. Quod autem proculdubio iniquum non eſſet, ſi tutor in dubio debitor præſumeretur. Poſſet enim ipſi imputari cur non vltrò tutelam, id eſt reddendæ tutelæ rationes obtuliſſet, quemadmodum ei qui certam pecuniam debet, nec eius vſuras præſtare vult, imputamus cur eam non obtulerit; Adeò vt nec ei ſufficiat obtuliſſe, niſi & depoſuerit obſignatam tuto in loco, ſicuti ad Marcellum Vlpianus notat in *d. l. tutor, in fin.*

ILLATIO LXXIX.

De pupillo qui abſtentus à tutore poſtea cum eo tranſegit.

SEptuageſimonono ex eodem Principio fit, vt qui à tutoribus ſuis perperam abſtentus eſt ab hæreditate paterna, ſi eo nomine cum tutoribus ſuis tranſigat, & ab iis aliquid accipiat, non ob id magis à creditoribus hæreditariis conueniri poſſit, quaſi hoc ipſo hæreditati paternæ,

quod

quod facere potuit, ſe immiſcuerit. Non tam enim ex hæreditatis, quàm ex tutelæ cauſa & contraxiſſe, & pecuniam accepiſſe credendus eſt, neque tam de hæreditate, quàm de culpa tutorum tranſegiſſe. *l. eum qui bonis 4. C. arbitr. tutel.* vbi ratio redditur, *nihil quippe in ea actione*, ſcilicet tutelæ, *niſi quæ ex officio geſta ſunt, vel geri debuerunt, venire; ſed culpa ſolummodò, quantique eius interfuit non fuiſſe abſtentum, æſtimabitur.* Ita enim legem illam legendam eſſe arbitror. In hoc tamen caſu, id eſt cùm per culpam tutoris pupillus ab hæreditate paterna perperam abſtentus eſt; non tantùm pupillo contra tutorem actio tutelæ competit, in id omne quod intereſt pupilli, non fuiſſe abſtentum, ſed etiam creditoribus hæreditariis, ſi quid fortè tutor vt fieri ſolet ex bonis illis paternis ante abſtentionem adminiſtrauerit: *l. cùm tutor 18. ff. de tutel. & rat. diſt.* vbi Papinianus actionem hanc vtilem vocat, reſpectu creditorum hæreditariorum, cum quibus nimirum tutor neque contraxit, neque quaſi contraxit; Et ait diuidi eam debere inter pupillum & creditores patris: Non ex æquis partibus vt dimidiam actionis partem habeat pupillus, dimidiam aliam creditores; Sed vt quod rationi bonorum per tutorem adminiſtratorum deerit, creditoribus reddatur: quod autem dolo vel culpa tutoris in officio pupilli perperam abſtenti contractum eſt, puero relinquatur: Cum hac tamen differentia, quòd ex qua parte competit pupillo, non poteſt exerceri niſi poſtquàm pupillus ad pubertatem peruenerit, vt nec aliis caſibus *d. l. niſi finita 4. eod. tit.* (niſi fortè poneres alio modo quàm pubertate finitam eſſe tutelam, *dict. l. 4. l. ſi tutor. 9. eod.*) Quæ verò creditoribus competit, ea confeſtim data: *dict. l. cùm tutor.*

Competit quidem vtraque eodem tempore, ex die ſcilicet malæ adminiſtrationis. Veteres enim Prudentes tutorem, qui tutelam gerit in ſingulas res per tempora prout gerit, velut ex pluribus cauſis obligati putauerunt; *l. tutorem 37. in princip. ff. de adminiſtr. tutor.* Atqui quo tempore obligatur, eodem ipſo instanti incipit actio competere, quippe quæ ipſo iure naſcitur ex obligatione: *l. licèt 43 §. ea obligatio. De procurator.* At non poteſt vtraque eodem tempore exerceri; Adeóque quod magis mirari quis poſſit, priùs incipit poſſe exerceri vtilis actio tutelæ, quæ creditoribus competit, quam directa quæ pupillo. In creditoribus enim ratio nulla eſt cur debeat differri, cùm præſentem ipſis eámque vnicam vtilitatem ſit allatura. Proinde ipſorum potiùs intereſt, vt quàmprimùm fieri poteſt ab iis exerceatur, Vel ob hoc etiam, ne mora & tractu temporis fiat deterior, ſi fortè tutor deſinat eſſe idoneus; ſiátque non ſoluendo. Nec enim ſperare poſſunt actionem vllam ſiue directam, ſiue vtilem, in fideiuſſores qui rem pupilli ſaluam fore promiſerunt, cùm non interuenerint niſi in rem & vtilitatem pupilli. Sed in pupillo aliud eſt. Ipſius námque vtilitas exigit ne priùs tutelæ actionem exercere poſſit, quàm finita ſit tutela; Ne alioqui ſi priùs agat, conſumat totam eam actionem, nec pro cæteris poſtea adminiſtratis tutelæ agere amplius poſſit. Vnica ſiquidem eſt actio tutelæ, nec quemadmodum tot ſunt obligationes quot geſtiones, ita etiam plures ſunt actiones, quia nec neceſſe fuit aut vtile pupillo plures in eam rem actiones comparari, ne pluribus iudiciis aut litibus diſtringeretur, cùm poſſet vna ſufficere.

l. tutorem 37 in princ. ff de adm. tutor.

Porrò ex iuris ratione ita comparatum eſt, vt actio quælibet vbi ſemel in iudicium deducta eſt, hoc ipſo conſumatur & extinguatur, Nempe per nouationem quam litis conteſtatio inducit: *l. vlt. C. de vſur. rei iudic. l. aliam 29. ff. de nouat.* Ex quo illud quoque euenire neceſſe eſt, vt poſtea proponi numquam poſſit, quia neque exerceri poteſt actio quæ nulla eſt, nec ea quæ ſemel extincta fuit, reuiuiſcere: *l. qui res 98. §. aream De ſolut.*

Optima igitur ratione conſtitutum eſt, vt non niſi poſt tutelam finitam pupillus agere tutelæ poſſit. At neque ex ſtipulatione ſi qua interuenerit etiam animo nouandę actionis tutelę, quia eandem naturam induit quam haberet actio tutelæ, *d. l. aliam.* Proinde conſumeretur damno pupilli, & incommodo maximo ſi ante finitam tutelam exerceretur. Idque eſt quod Vlpian. ſcribit in *l. ſi cum adhuc 16. De tutel. & rat. diſtr.* Cum eo qui adhuc tutor ſit, vel cum eius fideiuſſoribus, ſicut tutelæ agi non poteſt, ita neque ex ſtipulatu agi poſſe, ſed propter eandem vtilitatem pupilli, hanc quoque actionem differendam eſſe in tempus pubertatis, vel alio modo finitæ tutelæ.

ILLATIO LXXX.

De tutore qui in pupillum plus impendit, quàm ſit in facultatibus.

OCtuageſimò ex eodem Principio fit, vt ſi tutor in pupillum plus impenderit quàm ſit in pupilli facultatibus, non aliter poſſit hoc conſequi, quam ſi expediat pupillo tutelam ita adminiſtrari: *l. 3. in princip. ff. de contr. tutel. & vtil. act.* vbi rationem elegantem Vlpianus reddit, quia non in hoc adminiſtrantur tutelæ vt pupilli mergantur. Nempe quoniam qui ſic adminiſtraret, non faceret id quod eſſet ex fide bona, neque quod bonus & diligens paterfamilias in re ſua facturus eſſet. Iudex igitur qui de actione tutelæ ſiue directa, ſiue contraria cognoſcet, vtilitatem pupilli ſpectabit, & an ex officio tutor ſumptus fecerit, vt *ibidem* Vlpianus concludit.

ILLATIO LXXXI.

De tutore cuius bona adminiſtratio euentum aduerſum habuit.

OCtuageſimoprimò ex eodem Principio fit, quod idem Vlp. ſcribit in *d. l. 3. § ſufficit*, ſufficere tutori benè & diligenter negotia geſſiſſe, etſi euentum aduerſum habuit, quod geſtum eſt. Benè ſiquidem officio ſuo functus eſt tutor, qui in re pupilli præſtitit quod bonus & diligens paterſamilias in re ſua præſtitiſſet: nec aliud quicquam maius eſt quod exigi ab eo poſſit: Sic dicimus eum qui negotia aliena geſſit, habere actionem negotiorum geſtorum, non ſolùm ſi effectum habuit negotium quod geſſit, ſed etſi effectum non habuerit, dummodò vtiliter ſit geſtum, vtputa ſi inſulam fulſerit, vel ſeruum ægrum curauerit, etiamſi poſtea inſula exuſta ſit, vel ſeruus obierit, aget nihilominùs negotiorum geſtorum; vt pluribus tractat idem Vlpianus in *l. ſed an vltrò 10. §. 1. ff.* *d. l. 3. § ſuffic.*

de

Digitized by Google

de negot. geſt. l.ſeruus 16. in princip. ff. de in rem verſ. Idémque in actione mandati iuris eſt,*l.qui mutuam 56.§.vlt.ff.mandat.l.etiamſi 4C.eod.*

ILLATIO LXXXII.

De eo qui pro tutore negotia gerit.

OCtuageſimoſecundo ex eodem Principio fit, vt is quoque qui pro tutore negotia gerit,licèt verè tutor non ſit, eandem nihilominus fidem & diligentiam in rebus pupilli præſtare debeat,quam tutor verus præſtaret,*l.pen. ff. de eo qui pro tutor.* id eſt quam bonus & diligens quilibet paterfamilias in rebus ſuis ex bona fide præſtare deberet. Quid enim aliud eſt pro tutore gerere, quàm ſic omnia gerere quaſi tutor eſſet? Etſi cùm in aliis plerìſque tutor & protutor differunt,tum in eo maximè quod protutor nullam habet rerum pupillarium adminiſtrationem,cùm tutor re vera non ſit:*l. 2. eod.* Sed non debet ea res facere meliorem ipſius conditionem,immò potiùs deteriorem; Niſi in hoc vno quod ſi omnino non attigerit tutelam, non tenebitur: Neque enim attingere debuit qui tutor non fuit,*l.1.§.vlt.eod* quod in vero tutore diuerſum eſt cui nihil magis imputari poteſt, quam ſi ceſſet in adminiſtranda tutela, ex quo ſciuit ſe tutorem eſſe:*l.pro officio 20.C.de admin.tutor. l. 1. & 2.C.ſi tut.vel curat.non geſſer.* Quod ſi quædam geſſerit, etiam eorum nomine quæ non geſſerit, tenebitur; ſed ita demum ſi vel alius geſturus fuit, qui huius contemplatione non acceſſit ad geſtionem, vel cognito quod tutor non fuit,abſtinuit ſe ab adminiſtratione,nec pupilli neceſſarios certiorauit vt peterent ei tutorem:*d.§.vlt.* Nam & in alio quolibet patrefamilias aliena negotia tractante idem obſeruaretur:*l.ſi pupilli 6.§.fin.ff.de negot.geſt.* Nimirum ſi potuiſſet neceſſarios pupilli certiorare & admonere, nec fecerit. Hoc enim addeodum eſt, ſecundum diſtinctionem Labeonis ab Vlpiano relatam,& probatam in *l.item quæritur 13 §.exercitu ff.locat.* Eadem ratio facit, vt in protutelæ quoque iudicio vſuræ veniant,ſicut in iudicio tutelæ,*d.l.1.§. in protutelæ, De eo qui pro tutor.* quia nec bonus quiſquam & diligens paterfamilias pecuniam ſuam otioſam & ſterilem eſſe pateretur.

ILLATIO LXXXIII.

De alienatione prædiorum facta per tutorem ex cauſa neceſſaria.

OCtuageſimotertiò ex eodem Principio fit, vt ſi quid ex bonis pupilli alienatum ſit, aliterve diminutum,etiam ex iis quorum alienatio interdicta eſt, cuiuſmodi ſunt prædia pupillaria,ſi tamen id factum ſit non ſponte tutorum, ſed ex neceſſitate quá tutores præuidere aut impedire nó potuerint,teneat nihilominus alienatio nec eo magis tutores teneátur,cú nihil poſſit ipſis imputari:*l.3.§.1 & §.item quæri poteſt.ff. de reb.eor. qui ſub tut.* vbi exemplú ponitur,ſi fundus pupillaris iuſſu magiſtratus pignori captus ſit,deinde diſtractus.Item ſi quis in poſſeſſionem rerum pupillarium miſſus ſit a Prætore, ſiue legatorum ſeruandorum cauſa,ſiue damni infecti: quod vt procedat iuberi etiam poſſideri poterit

3. 4. & 5. em quæri ff. reb.eor.

ſecundo decreto, quo fit dominus à Prætore is, qui poſſidere iubetur:*l ſi finita 15.§. Iulianus,ff.de damn.infect.* Rationem reddit Vlpianus,quia hæ obligationes, ſiue alienationes non ex tutoris, voluntate fiunt,ſed ex magiſtratuum autoritate, *l.1.C.de præd.& aliis reb minor.*

Aliud exemplum ſubiungit Vlpianus, Si tutor pupillarem fundum petierit per vindicationem (*petitionis* enim verbo magis propriè vindicatio ſignificatur.*l. pecunia 178.§. actionis, De verb.ſignific.*) ne is fundus reſtituatur, ſed poſtquam pronunciatum eſt fundum pupilli eſſe, poſſeſſor reſtituere iuſſus noluerit parere, ac maluerit offerre litis æſtimationem,ideſt quanti in litem iuratum erit, alienationem ex hac cauſa fieri dominiúmque fundi acquiri ei, qui litis æſtimationem præſtitit,quippe quæ emptionem facere ſolet,*l.1.ff.pro emptor. Hæc enim alienatio*, inquit Vlpianus,*non ſponte tutorum fuit.* Ex qua ratione,vt hoc quoque obiter adnotemus,intelligimus,quàm verum ſit quod nos docuimus *lib. 16. comment. cap.* 17. Triboniani eſſe,non Vlpiani quod ſcriptum eſt in *l. qui reſtituere 68. ff. de rei vindic.* Eum qui reſtituere iuſſus, iudici non pareat,ſi rem poſſideat, manu militari cogendum eſſe vt reſtituat.Hoc enim ſi ita eſſet, vtique imputari poſſet huic tutori cur litis æſtimationem pro re pupillari accepiſſet, nec potius auxilium militaris manus implorasſet, vt res,quam pronunciatum erat pupilli eſſe,ſibi reſtitueretur.Idque præſentiens Bartolus *eo loco*, ait intelligendum eſſe Vlpianum de eo caſu, quo poſſeſſor rei pupillaris deſierit eam poſſidere, ídque non dolo malo, ſed culpa. Quod totum commentitium eſt.

Aliud exemplum ſubiungit Vlpianus, ſi fundus petitus ſit qui pupilli fuit, & contra pupillum pronunciatum eſt, tutoréſque poſtea eum reſtituerunt. Nam & hic valebit alienatio propter rei iudicatæ authoritatem; Nec imputabimus tutoribus cur litis æſtimationem non obtulerint, vt fundum potius retinerent & acquirerent pupillo, etiam inuito victore: Non enim quemadmodum pupillares fundos vendere prohibentur,ita è contrario pupillis fundos acquirere iubentur.Malè verò idem Bartolus & alij ex his locis inferunt dominium per ſententiam transferri.Semper enim ſupponendum eſt, mandatam eſſe executioni ſententiam, & capta pignora,eáque poſtmodum diſtracta, vt dominium in executione ſententiæ acquiri poſſit, aut emptori,aut victori:*l. Diuo Pio 15 de re indic.l.2 C.ſi in cauſ.iudic.pign.capt.ſit.* Alioqui certum eſt ſententiam non eſſe modum transferendi dominij, niſi ſententiam confundamus cum adiudicatione; cuius tamen longè diuerſa ratio & poteſtas eſt,vt alibi ſcripſimus.

ILLATIO LXXXIV.

De iniuncta tutoribus venditione bonorum mobilium pupilli.

OCtuageſimoquartò ex eodem Principio fit, vt per leges veteres iuberentur, cogerentúrque tutores & curatores,vt aurum,argentum, gemmas,veſtes,cæteráque mobilia pretioſa, vrbana etiam prædia,& mancipia,domos, balnea, horrea,atque omnia quæ intra ciuitatem eſſent, venderent, omniáque ad nummos redigerent,

præter

præter prædia & mancipia ruſtica, vt Conſtantinus refert in *l. lex quæ tutores 22. C. de admin. tutor.* Siue legem illam intelligat orationem Diui Seueri, quæ de pupillorum minorúmque prædiis ruſticis & ſuburbanis non alienandis nominatim locuta eſt, *l. 1. ff. de reb. eor. qui ſub tutel.* ſiue alia lex fuit, quæ ſupradictas res alienari inſſerit, de quo nihil in Seueri oratione expreſſum reperitur. Ratio enim illius legis non alia erat, quàm quod prudens & diligens paterfamilias quilibet idipſum in rebus ſuis adminiſtrandis facere debere crederetur; Alienare ſcilicet res omnes illas non neceſſarias, quarum etſi vſus aliquis, fructus tamen aut omnino nullus, aut perexiguus eſt; ſaltem ſi conferatur cum vſuris, quæ ex redacta pecunia redigi poſſunt; præſertim cùm res illæ & vtendo vel conſumantur, vel deteriorentur, adeóque nec ſeruando ſeruari poſſint.

Conſtantino tamen contra viſum eſt in *d. l. lex quæ tutores.* Vbi conſtituit, vt hæc omnia nulli tutorum, vel curatorum liceat vendere, Niſi hac fortè neceſſitate & lege, qua ruſticum prædium atque mancipium vendere, vel pignorare, vel in donationem propter nuptias, vel in dotem dare in præteritum licebat, ſcilicet per inquiſitionem iudicis, interpoſitionémque decreti vt fraudi locus non ſit. Proinde non niſi eorum mobilium, quæ minus pretioſa ſunt, alienatio ſine decreto tutoribus & curatoribus hodie licita & & impunita eſt.

Ante omnia præcipit Iuſtinianus, vt mancipia vrbana quæ totius ſupellectilis notitiam gerunt, ſemper in hæreditate & in domo retineantur. Nam boni ſerui, inquit, fraudem fieri prohibebunt; Mali, ſi res exegerit, ſub quæſtione poſiti, poterunt prodere veritatem, atque ita omnes obſeruabunt, id eſt tam mali quàm boni (malo enim legere *omnes*, quam *omni*, vel *omnia*,) vt nec inuentarium minuere, nec mutare, vel ſubtrahere aliquid tutor valeat; Quod in veſte, margaritis, gemis & vaſculis, cæteráque ſupellectili neceſſarium eſt, vt nimirum aliqui ſint qui obſeruent, ne quis dolus in iſtis committatur, qui facillimè committitur. Etſi enim ſunt iſti ſerui domeſtici, & in domino pupilli, quorum proinde fides, & teſtatio in rebus ad pupillum ipſum pertinentibus ſuſpecta videri poſſit, tanquam quibus imperari poteſt, vt teſtes fiant, *l. idonei 6. l. pen. ff. de teſtib.* de iis tamen quæ domi fiunt, quænam alia probatio, aut melior quàm per ſeruos & domeſticos eſſe poteſt? Idque eſt quod Modeſtinus ait in *l. ſerui 7. eod. tit.* Serui reſponſo tunc credendum eſſe, cum alia probatio ad eruendam veritatem non eſt: *l. quare 58 §. vlt. ff. de ædil. edict.* ſiue pro domino, ſiue contra dominum interrogetur, quorum neutrum alioqui licet, *l. cùm probatio 7. ff. de probat.* Niſi in certis caſibus, de quibus in *l. 1. C. de quæſtion.* iunct. *l. conſenſu 8. §. ſeruis C. de repud.* In ſumma nihil proponi poteſt, cur tutori, vel curatori præſcribere liceat & excipere, ſiue in cognitione ſuſpecti, ſiue in iudicio tutelæ, quominus religio Prætoris à pupillari ſeruo fraudes detegente inſtruatur, *l. vlt. ff. de ſuſp. tutor. l. ad inſtruendam 34. ff. de admin. & peric. tutor. l. 1. § officio ff. de tutel. & rat. diſtr.* Multa enim ſceleris indicia præueniunt ſerui, vt C. Caſſi. apud Tacitum dicebat. Addit Conſtantinus in *d. l. lex quæ tutores* eſſe tolerabilius ſi ita contigerit, ſeruos mori pupillis dominis ſuis, quàm ſeruire extraneis. Atqui poſſunt, inquies, etiam fugere. Sed reſpondet Iuſtinianus eorum fugam

Seruorum teſtimonio quandoque domeſtico interdum creditur.

tutori potius ſolere adſcribi, ſiue negligentia diſſolutam patiatur eſſe diſciplinam, ſiue duritia, vel inedia, aut etiam verberibus eos afficiat. Nec enim dominos ideò execrantur, ſed tanto magis diligunt, quantò durius à tutoribus, qui re vera domini non ſunt, tractantur. Et in hoc quoque meliorem eſſe ait Conſtantinus legem ſuam quàm fuerit vetus, qua vigente, & remora per eiuſmodi venditiones cuſtodia ſeruorum, etiam vita minorum ſæpius prodebatur.

Sed nec domum vendere liceat, inquit Conſtantinus, in qua defecit pater, minor creuit, in qua Maiorum imagines aut fixas, aut reuulſas videre ſatis lugubre eſt. Iuſta enim pupillis & minoris cuiuſlibet adfectio eſt de conſeruandis bonis quæ maiorum fuerunt, adeò vt hæc ſola ratio iuſtam quoque materiam præbere poſſit petendæ & concedendæ in integrum reſtitutionis, *l. ſi in emptionem 35. ff. de minor.* Ergo & domus, inquit Conſtantinus, & cætera omnia mobilia in patrimonio minorum permaneant, nullúmque ædificij genus quod integrum hæreditas dabat, collapſum tutoris fraude depereat. Quòd ſi parens, vel quicumque alius ille ſit, cuius hæres eſt minor, deformatum ædificium reliquerit, tutor teſtificatione operis ipſius & multorum fide præhabita id reficere cogatur. Ita enim annui reditus minoribus plus conferent quàm pretia per fraudes deminuta

d. l. lex quæ tutores.

Serui etiam qui aliqua ſunt arte præditi operas ſuas commodo minoris inferant, Et reliqui qui in vſu minoris domini eſſe non poterunt, quibúſque ars nulla eſt, partim labore ſuo partim alimoniarum taxatione paſcantur. Huius verò conſtitutionis ſuæ rationem Conſtantinus illam reddit, quòd lex non ſolùm contra fœminas immoderatas atque intemperantes proſpexit minoribus, quæ perſæpè nouis maritis non ſolùm res filiorum, ſed etiam vitam addicunt. Senſus eſt, Leges pro pupillis latas, iis quidem contra tutores quoſlibet prouidere, ſed curandum maximè fuiſſe, vt iis proſpectum eſſet contra vitricos, qui vt plurimum tutores priuignis fiunt ſatagentibus matribus cum ad ſecundas conuolant nuptias: Quod cùm euenit, verendum ſanè eſt, ne in pupillorum perniciem multa fiant prætextu iuris, quæ à quolibet alio tutore minus maleuolo ſibique & ſuis non conſulente fortaſſis non fierent. Ob idque bene lex facit, quæ prouidet quantum poteſt, ne ſit in poteſtate tutoris, ſiue vitricus ille ſit, ſiue alius, conſilium vllum capere, quod pupillo, vel damnoſum, vel minus commodum eſſe videatur. Huc accedit, inquit Conſtantinus quod ipſius pecuniæ, in qua robur omne patrimoniorum veteres poſuerunt, fœnerandi vſus vix diuturnus, vix continuus & ſtabilis eſt. Quo ſubſecuto, intercidente ſæpe pecunia, ad nihilum patrimonia minorum deducuntur.

Ex quibus rationibus apparet non alia ratione moueri Conſtantinum vt ius vetus hac parte corrigat, quàm quòd putet prudentis & boni patrisfamilias eſſe id facere, non quod lex vetus fieri iubebat, ſed quod ipſe fieri præcipit. Ita fit, vt ex hoc eodem noſtro Principio duo iura tam diuerſa, adeóque contraria profluant, Non quia ius ſibi vnquam contradicat, non magis quàm ratio rationi, quicquid imperiti plerique Iuriſprudentiæ noſtræ infeſti inſectatores cauſentur & calumnientur; Sed quia huius Principij applicatio non iuris, ſed facti eſt, pendet

Ex eodem Principio iura interdum pugnantia.

Digitized by Google

der enim tota ex eo, An prudentis patrisfamilias & boni tutoris munus ſit, bona pupilli omnia mobilia & immobilia vrbana vendere, & ex iis pecuniam redigere, An potiùs ea ſeruare: in cóque vno diſſentit à iure vetere, quod lex vetus putabat vtilius eſſe pupillo conuerti omnia iſta in pecuniam numeratam, Conſtantinus verò contrà credidit.

Cæterùm in eo ſemper Legiſlatores omnes conſenſerunt, Debere tutorem in rebus pupilli præſtare id omne, quod in rebus ſuis bonus & diligens paterfamilias ex bona fide præſtare deberet: quod vnum Principio noſtro cõtinetur.

Ex quo illud etiam fit, vt ab ea conſtitutione, qua prohibet Iuſtinianus ne quid vendatur ex iis bonis, quæ pupillo vſui alicuius eſſe poſſunt, idem ipſe Conſtantinus in *d. l. lex quæ tutores, in fin.* excipiat veſtes quæ detritæ, vſu ſeu corruptæ, ſeruando ſeruari non potuerint, itémque animalia ſuperuacua: quod nemo ſit tam ſupinus & hardus, qui non fateatur iſtiuſmodi rerum venditionem pupillis & minoribus vtiliorem eſſe, quàm conſeruationem.

ctum, vel vſum alienare, quamuis inquit, oratio de vſufructu nihil loquatur. Neque enim vſusfructus ille in rerum natura vllus fuit ante alienationem, tantùm abeſt vt in bonis & dominio pupilli fuerit, ſiquidem nemini res ſua ſeruit: *l. vtifrui 5 ff. ſi vſusfr. pet.* Sed deciſionis huius ratio illa eſt, quod cùm per ſeparationem nunc primùm vſusfructus conſtituitur, tantumdem decedit ex bonis proprietarij quantum decederet ſi vſumfructum in dominio habuiſſet, cùm exinde non habeat, & retineat in patrimonio niſi nudam proprietatem, quæ res facit eum pauperiorem, quæ res facit eum pauperiorem, quia proprietatis vtilitas nulla eſt, quãdiu ab ea vſusfructus abſcedit: *l. ſi vſusfructus 7. ff. de vſufr. legat.* Itaque perinde pupillo nocet, ac contra boni tutoris officium peccat, qui vſumfructum rei pupillaris alienat, atque ſi partem dominij alienaret. Vnde & ſolemus dicere, vſumfructum in multis caſibus partem dominij eſſe: *l. 4. ff. de vſufr. l. qui vſumfructum 58. ff. de verb. oblig.* Iunge *l. quod noſtrum 63. ff. de vſufr.*

ILLATIO LXXXV.

De tutore qui vſumfructum pupillarem non vtendo amiſit.

OCtuageſimoquintò ex eodem Principio ſit, vt etiamſi tutor nihil alienauerit, ſed tantum amiſſioni alienationi cauſam præbuerit, puta ſi vſumfructum non vtendo amiſerit, cùm is pupilli nomine frui deberet, non noceat ea res pupillo, eíque vſusfructus reſtaurari debeat, *d. l. 3. § nec vſusfructus eo. tit. De reb. eor.* vbi Vlpianus poſtquàm ſcripſit nec vſumfructum alienari poſſe, etſi ſolus fuit vſusfructus pupilli, quoniam nimirum vſusfructus, etſi in iure non in parte conſiſtat, vt de emphyteutico iure ſcriptum eſt in *§. preced.* tamen emolumentum rei continet: *l. Mænius 66. §. fundo, de legat. 2.* Subinde quærit, an ergo hic vſusfructus nec amittetur non vtendo, ſi tutor cauſam præbuerit huius rei? Et manifeſtum eſt, inquit, reſtaurari debere, Nempe quia non minùs peccat tutor in officio ſuo, qui patitur vſumfructum ſpectantem ad pupillum amitti non vtendo, quàm qui eum alienat, Neuter ſiquidem facit in re pupilli quod in re ſua bonus & diligens paterfamilias facturus eſſet. Nam & alienare dicitur non ſolùm qui patitur vſucapi, ſed etiam qui non vtendo amittit ſeruitutes, *l. alienationes 28. De verb. ſignif.* Et in fraudem facere quiſquis non facit quod debet facere; puta ſi non vtatur ſeruitutibus, *l. 4. iunct. l. 3 § 1. ff. quæ in fraud. credit. l. Iulianus 5. ff. de fund. dotal.* Idque eſt quod ſubiungit Vlpianus, ſimili modo dici poſſe, nec ſeruitutem imponi poſſe fundo pupilli, vel adoleſcentis, nec ſeruituté remitti; Cùm his omnibus caſibus aliquid ex fundis ipſis pupillaribus imminui & alienari videatur. Quid enim aliud ſunt iura prædiorum, quàm ipſa prædia qualiter ſe habentia, *l. quid aliud 86. De verb. ſignif.* & vel pluris, vel minoris, ob acquiſitam, vel impoſitam ſeruitutem æſtimanda: *l. de pupillo 5. & §. & bellè Sextus, De noui oper. nunciat.*

l. 3. §. nec vſusfructus ff de reb. eor. qui ſub tutel.

At magis mirum illud videtur, quod *in eodem §.* Vlpianus ait, ſi proprietatem habeat pupillus, nihilo magis poſſe tutorem vſumfru-

ILLATIO LXXXVI.

De alienatione fundi, quem pupillus alienum ſed bona fide emptum poſſidebat.

OCtuageſimoſextò ex eodem Principio ſit, vt ſi pupillus alienum fundum bona fide emptum poſſideat, dicendum ſit, nec hunc quidem alienare tutores poſſe: *l. magis puto 5. §. ſi pupillus, De reb. eor. qui ſub tutel.* Quia licèt reuera fundus non ſit pupillaris, cùm dominium ab eo, qui dominus non erat transferri non potuerit ante completam vſucapionem; Perinde tamen peccat tutor contra officium diligentis patrisfamilias, & boni tutoris, qui animum gerit alienandi eam rem, cuius alienationem ſcit eſſe ſibi legibus interdictam, vt plus ſit hoc caſu in opinione quàm in veritate. Idque eſt, quod ait Vlpianus, *etenim quaſi pupillaris verè diſtractus eſt.* Sic enim lego, non vt vulgo perſſimè nullóque ſenſu, *ea enim qua quaſi pupillaris verò diſtractus eſt.* Quod autem ſequitur *venditio valet.* principium eſt §. ſequentis, ſic meo iudicio legendum, *Venditio valet, ſi fundus pupillo pignoratus ſit:* reiecti, illis ſequentibus, *an vendere tutores:* quæ ſanè addita ſunt ab eo, qui nullum præcedentibus ſenſum conſtare putabat, & quæ tamen ipſa nullum habent ſenſum, niſi cum Haloandro ſuppleas *poſſint:* Quo etiam admiſſo, facies indeciſam, nec niſi interrogatiuè propoſitam quæſtionem, cùm tamen affirmatiuè deciſam eſſe illud præſeferat, quod pro ratione deciſionis, non pro deciſione ſubiicit Vlp. *hunc enim quaſi debitoris, hoc eſt alienum vendunt.* Quod non iam alio fortaſſis loco monuimus. Sanè ſi impetrauerat pupillus vel pater eius vt iure dominij fundum hunc poſſideret; Conſequens erit non poſſe diſtrahi quaſi prædium pupillare. Idémque eſt etſi fuerit ex cauſa damni infecti poſſidere iuſſus, Nam & hoc caſu dominium acquiritur, non quidem quiritiarium, ſed bonitarium, quale per Prætorem acquiri poteſt: *l. ſi finita 15. §. Iulianus, ff. de dam infect.* iunct. *l. 1. ff de fun. dotal.*

Emendatus Vlpianus.

Dominium bonitarium & Quiritarium.

Digitized by Google

ILLATIO LXXXVII.

De venditione prædiorum pupillarium ex cauſa æris alieni.

OCtuageſimoſeptimò ex eodem Principio fit, vt tùm quoque cùm æris alieni exſoluendi neceſſitas ſuadet alienationem fundorum pupillarium, non tamen paſſim tutoribus ſub obtentu iſto venditio permittatur, ſed huius rei arbitrium Prætori Senatus dederit, *d. l. magis puto 5. §. non paſſim. eo. tit. De reb. eor. qui ſub tutel.* Non quod plus poſſit, aut debeat præſtare Prætor, quàm tutor pro pupilli vtilitate (quid enim amplius præſtare Prætor poſſit, vel debeat, quàm vt in re pupilli faciat quod bonus & diligens paterfamilias in re ſua facere deberet?) Sed quia in re tanti momenti viſum eſt tutius Prætoris quam tutoris diligentiæ & arbitrio fidere. Nam nec aliud quicquam eſt Prætor, aliúſve magiſtratus, quàm publicus quidam & ſupremus tutor: Meliúſque eſt rem pupillo ſuam conſeruari, quàm incertum cautionis euentum ab eo ſpectari, quamuis idoneè cautum ei ſit: *l. pupilli 6. ff. quod falſ. tutor.* Quid ergo tutoris officio conueniet? Idipſum quod conueniret officio tutoris; Excutere ſcilicet an aliunde poſſit pecunia ad extenuandum æs alienum expediri. Proinde quærere debebit an pupillus pecuniam habeat, vel in numerato, vel in nominibus quæ conueniri poſſint, vel in fructibus conditis, vel etiam in redituum ſpe atque obuentionum. Item num aliæ res ſint præter prædia quæ distrahi poſſint, & ex quorum pretio æri alieno ſatisfieri poſſit. Si igitur deprehenderit Prætor non aliunde exſolui poſſe quàm prædiorum distractione, tunc demum permittet diſtrahi: ſi modò vrgeat creditor, aut vſurarum modus æri alieno parendum eſſe ſuadeat.

d. § non paſſim. Idem Prætor æſtimare debebit, vtrum vendere potiùs an obligare permittat, inquit Vlpian. necnon vigilanter obſeruare ne plus accipiatur ſub obligatione prædiorum fœnori, quàm opus ſit ad ſoluendum æs alienum, aut ne plus diſtrahendum arbitretur; ne fortè propter modicum æs alienum magna poſſeſſio diſtrahatur. Sed & ſi ſit alia poſſeſſio minor, vel minùs vtilis pupillo, magis eam iubebit diſtrahi, quàm maiorem & vtiliorem; nam & diligens quilibet paterfamilias in rebus ſuis, circa hæc omnia diligentiam hanc præſtare deberet.

In primis igitur, quoties deſideratur à Prætore, vt permittat diſtrahi, requirere debet aliquem qui ſe inſtruat de fortunis pupilli, nec nimium tutoribus, vel curatoribus credere, qui nonnumquam lucri ſui gratia adſeuerare Prætori ſolent, neceſſe eſſe diſtrahi poſſeſſiones, vel obligari, quamuis nihil eorum ſit neceſſe. Requiret itaque neceſſarios pupilli, vel parentes, vel libertos aliquos fideles, vel quem alium qui rerum pupillarium notitiam habeat: Aut ſi nemo inueniatur, vel ſuſpecti ſint qui inueniuntur, iubere debet edi rationes, itémque ſynopſim & inuentarium bonorum pupillarium, Aduocatúmque pupillo dare, qui inſtruere poſſit Prætoris religionem, an adſentire venditioni, vel obligationi debeat: Ne tamen titulo tenus ære alieno allegato tutores pecunia abutantur, quam *mutam* (ſic enim mallem, quàm *mutuam*, quia non eum ſolum caſum tractat Vlp. quo pupillare prædium ſit obligatum, ſed illum etiam quo ſit alienatum) acceperunt, oportebit Prætorem curare, vt accepta pecunia creditoribus ſoluatur, & de hoc decernere, daréque viatorem & nuncium, qui ei renunciet pecuniam iſtam ad hoc conuerſam, propter quod deſiderata eſt alienatio, vel obligatio.

Quid ergo ſi æs alienum non interueniat, tutores tamen allegent expedire hæc prædia vendere, & vel alia comparare, vel iſtis carere, fortè quod dicant fundos eſſe ſteriles, ſaxoſos, peſtilentes: vt in *l. ſi fundus 13. in princip. ff. eod. tit.* Non idcirco tamen Prætor eis debebit permittere; Quia nec Prætori liberum arbitrium datum eſt a Senatu diſtrahendi prædia pupillaria, ſed ita demum ſi æs alienum immineat. Proinde etſi permiſerit vltrò alienationem, aut obligationem, cùm æs alienum non allegaretur, multò magis dicendum eſt nullam eſſe venditionem, nullam obligationem, nullúmque decretum. Non enim paſſim diſtrahi iubere Prętori tributum eſt, ſed ita demum ſi vrgeat æs alienum. Nec quod fundus pupillaris cuius diſtrahendi facultas permittitur, infructuoſus eſſe dicatur, mouere Prætorem debet, cùm vtique nonniſi pro fructuum modo pretium ſit inuenturus, vt habent verba reſcripti à Paulo relati in *d. l. ſi fundus.*

Quorſum verò hæc omnia? Nempe vt intelligamus tam Prætorem ipſum, quàm tutorem ſic ſe gerere debere circa res pupillares, quomodo prudens & diligens paterfamilias in rebus ſuis geſturus eſſet. In eo tamen, quod mage quis miretur, minùs poteſt Prætor quam tutor, quod ſi quando tutor contraxerit pro pupillo, etiam malè, ſiue animo fraudandi pupilli, ſiue deceptus dolo illius cum quo contraxit, nihilominùs cótractus tenet ipſo iure; hactenus ſaltem vt pupillo neceſſaria ſit in integrum reſtitutio, dummodò nihil factum ſit contra leges: *l. 1. & 2. ſi tut. vel curat. interuen.* iunct. *l. 2. C. de præd. minor.* Si verò Prętor cauſa cognita decretum interpoſuerit de rebus pupilli diſtrahendis, & poſtea ei obreptum fuiſſe probetur, decretum ipſo iure nullius eſt momenti, manétque actio pupillo integra non tantùm in perſonam aduerſus tutorem, ſed etiam in rem ipſam alienatam, vt eam vindicare poſſit: *d. l. magis puto, § penult.* Ratio eſt quia tutoris factum, ſiue per errorem, ſiue dolo malo quid ille perperam fecerit in re pupilli, corrigere Prætor poteſt; ſiue per reſtitutionem in integrum, ſiue quo alio modo. At quod à Prętore ipſo factum eſſet, corrigere nemo poſſet. *Minus interdum poteſt Prætor quam tutor.*

Quid ſi Prætor tutoribus permiſerit vendere, illi obligauerint: An valebit obligatio? Et videbatur valere, quia quod recipit venditionem, multò magis recipit oppignerationem, *l. ſed & quod 9. §. 1. ff. de pignor. l. ſi conuenerit 18 §. vlt. ff. de pignor. act.* & cui licet quod plus eſt, vtique non debet quod minus eſt non licere, *l. non debet 21. de regul. iur.* Sed tamen Vlpiano magis placet in *l. ſi pupillorum 7 §. ſi prætor, De rebus eor. qui ſub tutel.* eum qui aliud fecit quàm quod expreſſim permiſſum & decretũ eſt à Prætore, nihil egiſſe, quia decreto ſpeciali & expreſſo in eam rem opus eſt. Planè ſi Prætor ita decreuerit *vendere obligaréve permitto*, poterit tutor liberum arbitrium habere, quid iſtorum faciat: Sed non rectè Prætor ſuis partibus functus videbitur. Debuit enim ipſe ſtatuere & eligere vtrum magis permitteret, an vendere, an obligare; non autem eligendi arbitrium pupillo dare.

Sed ſi res pupillaris data ſit pignori ex

permiſſu

Digitized by Google

permiſſu Prætotis, adhuc dubitari poteſt an alienatio eiuſdem rei per Seueri orationem impediatur, vt rurſus Prætor adeundus ſit, decretúmque ab eo interponendum de alienatione permittenda? Sed dicendum eſt poſſe creditorem ius ſuum exequi, Ait Vlp. in *d. l. ſi pupillorum, §. ſi pupillus*, quia quoties tutor etiam ſolus lege non refragante dat pignori rem pupillarem dummodò in rem pupilli, pignus tuendum eſt, *l. tutor 16. in princ ff. de pignor act.* Quantò magis vbi Prætoris decretum interuenit? Sequitur tamen apud Vlpianum, tutiùs facturum creditorem ſi Prætorem adierit. Quod cuiuſmodi ſit, ego certè intelligere non poſſum. An non enim ſatis expreſſim Prætor creditori permiſit, vt pignus diſtraheret, cùm pupillo permiſit vt obligaret? Siquidem inutile pignus eſt quod diſtrahi non poteſt: *l. 4. ff. de pign. act. l. 2. & 3. C. ſi antiqu credit. pign. vendid. l. qui prædium 13. & paſſ. C. de diſt. pignor.* Aut quid intereſt an ab ipſo pupillo eiúſve tutore datum ſit pignus ex Prætoris permiſſu, an verò à parte pupilli ſine decreto? Nihil prorſus: quandoquidem vtroque caſu valet pignus, nec minus poteſt decretum Prætoris contra pupillum, quàm voluntas patris cuius hæres ſit pupillus. Atqui oratio Diui Seueri expreſſim habet, ſi creditor, qui pignori agrum à parente pupilli acceperit, ius ſuum exequatur, id eſt pignus illud velit diſtrahere, nihil eſſe innouandum, id eſt requirendam non eſſe interpoſitionem decreti, quæ olim neceſſaria non erat, ſicut nec ſi res communis ſit & ſocius maior prouocet pupillum, aut minorem ad diuiſionem, *l. 1. §. 1. in fin. l. ſi pupillorum ... in princip. eod.* Neque igitur neceſſarium erit decretum in alienatione pignoris, quod ab ipſo pupillo ex permiſſu Prætoris fuerit conſtitutum; Præſertim cùm neque pignoris conuentionalis venditio fiat niſi publicè, & interueniente Magiſtratus autoritate, *l. 1. & pen. Cod. ſi vend. pignor. agat. l. ſi eo tempore 6. C. de remiſſ. pign. l. creditor 4. C. de diſtra. pignor.* Nec eo minùs tamen reſtituitur in integrum pupillus, ſi magno alioqui detrimento afficiatur, *l. 1. C. ſi aduer. ven. pig. l. ſi ex cauſa 9. in pr. De min. l. ſi creditor 7. §. illud, ff. de diſt. pig.* Quare, niſi me fallo, interpretis eſt & quidem imperiti tota illa adiectio, *tutius tamen fecerit ſi prætorem adierit.*

§. ſi pupillus. d. l. ſi pupillorum.

Non valde diſſimilis ei adnotationi, quam ex Noſtris quidam adferunt in ſpecie *§. illud quæri, d. l. magis puto*, vbi propoſita quæſtione, ſi Prætor aditus permiſerit diſtrahi poſſeſſionem prouincialem an valeat quod fecit, quamuis reſpondeat Paulus valere ſi modò tutela Romæ agebatur, & hi tutores eam quoque adminiſtrationem ſubierant. Notant tamen illi tutius eſſe ab vtroque Magiſtratu decretum interponi. Quod ego, pace ipſorum dixerim, verum eſſe non puto. Nec enim Prætoris autoritas interponitur aliam ob cauſam, quàm vt optimi tutoris vice Prætor ipſe fungatur, nec proinde alterius Prætoris decretum neceſſarium videri poteſt, quam qui præeſt ei territorio, in quo tutor ipſe ad quem alienandi facultas pertineret, ſi oratio Diui Seueri non eſſet. Atqui non ad alium tutorem pertineret, quàm ad eum qui eſſet Romæ, cùm ponamus agi tutelam Romæ, nec alium quemquam in prouincia tutorem eſſe. Abſurdum igitur eſt exiſtimare Præſidis prouinciæ, aut Proconſulis decretum hoc caſu neceſſarium eſſe, quamuis poſſeſſio quæ diſtrahitur in prouincia eſſe proponatur.

Anton. Fabr. Iuriſc. Papin. Scient.

Longéque diſſimilis eſt ſpecies quam Papin. tractat in *l. iuriſperitus 39. §. 1. De excuſat.* vbi ponit oriundum ex prouincia, qui Romæ domicilium habebat, eiuſdem minoris curatorem decreto Prætoris ac Præſidis conſtitutum eſſe, atque ita rerum adminiſtrationem vtrobique ſuſcepiſſe. Aliud enim eſt de tutore decernendo quærere, aliud verò de permittenda ei qui datus fuerit rerum pupillarium alienatione. Decernendus enim eſt ex autoritate Magiſtratuum omnium, quorum ea iuriſdictio videri poteſt, ſiue propter ipſius impuberis, ſiue ob tutoris perſonam, ſiue ratione loci, aut locorum in quibus patrimonium pupilli ſitum eſt, *d. l. 30. §. 1. l. propter litem 21. §. licet, eod. tit. De excuſ. tutor l. vn. C. vbi petant. tutor. vel curat.* At vbi ſemel datus fuit, licet patrimonium pupilli in diuerſas prouincias diſperſum ſit, non ideò tamen prouinciæ Præſes adeundus eſt, vt permittatur diſtractio poſſeſſionis prouincialis, ſi tutor, qui ſolus eſt, tutelam agat Romæ: quoniam in ea re verſatur cognitio & iuriſdictio Magiſtratus, non in ipſum prædium, de quo diſtrahendo agitur, ſed in perſonam tutoris qui deſiderat permitti ſibi alienationem.

Illud planè verum eſt quod iidem notant, vt maximè decretum de bonis prouincialibus diſtrahendis Romæ fieri poſſit, haſtæ tamen ſolennitatem apud rerum prouincialium iudicem celebrari oportere, quia non poteſt ea ſolennitas, neque ritè, neque ex pupilli vtilitate peragi alio loco quàm in quo res ſita eſt, nec proinde ex alterius Magiſtratus autoritate, quàm cuius propria in eam rem iuriſdictio eſt, *l. vlt ff. de iuriſdict. l. cum vnus 12. § penult. ff. de reb. autor. iudic. poſſid.* cùm in iſtis venditionibus, quæ ſub haſta fiunt, factum Magiſtratibus iubentis, factū partis eſſe intelligatur: *l. 1. C. ſi in cauſ. iudicat. pign capt. ſit l. ſi ob cauſam 13. C. de euict.* Addidi *iubentis*, quoniam aliud eſt permittere diſtractionem, aliud iubere. Permittit Magiſtratus, cuius in perſonam tutoris; Iubet ille, cuius in rem ipſam iuriſdictio eſt. Sed hoc obiter, & extra rem, neque tamen fruſtra dictum ſit.

ILLATIO LXXXVIII.

De tutore qui ſubiecto alterius emptoris nomine ſibi emit rem pupilli ex decreto.

OCtuageſimooctauò ex eodem Principio fit, vt quamuis anteceſſor Præſidis decreuiſſet ea prædia venundari, quæ tutor pupilli ſubiecto nomine alterius emptoris ſibi ipſe comparabat; Tamen ſi fraudem & dolum contra Senatuſconſulti autoritatem & fidem tutori commiſſam ſucceſſor eius deprehenderit, non ſolùm irritam facere venditionem debeat tanquam mala fide contractam, ſed etiam æſtimare quatenus tam callidum commentum etiam in exemplum debeat coërcere: *l. quamuis 9. ff. eod. tit. De reb. eor. qui ſub tutel.* Semper enim illud obſeruandum, & ante omnia inquirendum eſt; An tutor ex bona fide rem geſſerit, & quomodo bonus & diligens paterfamilias gerere deberet. Neque decreti autoritas facere debet, vt tantò minùs bonam fidem præſtare tutor debeat, cùm è contrario interponatur potiùs, vt tantò magis tutiúſque omnia ex bona fide & ex pupilli vtilitate gerantur. Ac quemadmodum ſi prouinciæ Præſes imperitia lapſus ineptam, legibúſve contrariam patris voluntatem ſequendam eſſe

l. quamuis 9. ff. de reb. eor. qui ſub tutel.

Vu 2 decreuerit,

decreuerit, ſucceſſor eius ſententiam, quam leges noſtræ non admittunt, ſequi non cogitur: *l.iure noſtro 26.ff. de teſt.tut.* Ita & multo magis non cogetur ratam habere venditionem, quamuis factam in conſequentiam decreti ab anteceſſore interpoſiti. Præſertim cùm nec aliud quicquam decreuiſſet anteceſſor, niſi vt venditio fieret, non etiam vt valeret quæ ipſi venditori alterius emptori perſonam improbè ſubiicienti facta eſſet. Neque verò poteſt videri anteceſſor quicquam decreuiſſe de ea re, quæ nonniſi poſt decretum interpoſitum ſuperuenit, *l.non poteſt 23.ff.de iudic.l.1.§.1.verſ.quid enim,ff. de vſur.* Quamquam etſi hoc ipſum Præſes, aut Prætor decreuiſſet, vt venditio iſta valeret, in qua tutor extranei emptoris perſonam dolo malo ſubiecisset, non eo minùs poſſet ſucceſſor eius venditionem improbare, ſiue facti, ſiue iuris imperitia decretum illud extorſiſſet à Prætore: quia nec voluntatem ita decernendi habuiſſe videtur Prætor, cui per tutorem obreptum fuit, *d.l.magis puto 5.§.penult.*iunct.*l.1.§.1. De reb.cor.* & quamuis habuiſſet, non ob id tamen pupillo nocere decretum poſſet, quandoquidem Prætoris decretum requiri Senatus voluit, non vt haberet Prætor arbitrium & poteſtatem nocendi pupillo; ſed vt prouideret è contrario, ne quid detrimenti ex tutoris ſiue dolo ſiue negligentia pupillus pateretur.

ILLATIO LXXXIX.

De tutore qui creditori patris pupilli ſoluit vt ſuccedat in eius locum.

OCtuageſimononò ex eodem Principio fit, vt nihil faciat contra Senatuſconſultum tutor, ſi creditori patris pupilli pecuniam exſoluerit vt ſuccedat in eius locum: *l.non fit 12.eod. tit. De reb.cor.* quia neque quicquam facit hic tutor contra bonam fidem, neque contra vtilitatem pupilli, cuius nimirum nihil intereſt an huic debeat, an illi, dum ne plus debeat tutori, aut duriore conditione, puta ſub grauioribus vſuris, *l.ſi pupillorum 7.§.vltim.eod.* Vlp. ait ſi tutor à nouo creditore pecuniam mutuam acceperit, vt eam ſolueret veteri qui erat ſub pignore creditor, idémque pignus nouo creditori dederit ſine permiſſu Prætoris, valere nihilominùs obligationem, ſi modò nec maiorem ſortem mutuam acceperit, nec ſub grauioribus vſuris; vt nimirum ius creditoris prioris ad ſequentem tranſeat tale omnino, quale penes priorem erat. Nec enim tranſire ob id ſolùm quod ea pecunia noui creditoris antiquior dimiſſus eſſet, ſi non haberet poſterior ius aliquod pignoris: *l.Ariſto, 3.ff.quæ res pignor.oblig.poſſ.* Niſi poneres ceſſum ei nominatim fuiſſe ius pignoris ab antiquiore, qui ab eo ipſo ſolutionem accepiſſet; quo caſu non poſſet locus eſſe quæſtioni, An aliquid factum eſſet contra Senatuſconſultum, quando nihil hîc factum eſſet per pupillum ipſum, neque per tutorem, neque per Prætorem. Nam & pupilli ſicut alterius debitoris cuiuslibet etiam inuiti nomen à iuſto pupilli creditore cedi poteſt, & conſequenter multò magis pupillo etiam, & ipſius tutore ignorante, *l.1.C.de nouat.l. nominis 3. C. de hær.vel act. vend.* In propoſita autem ſpecie, de qua Marcianus in *d.l.non fit*, hoc eſt, cùm tutor ſoluit pecuniam creditori patris pupilli, vt in ipſius locum ſuccedat, non eſt verendum ne durior fiat conditio pupilli, ſiue auctæ ſortis nomine, ſiue grauiorum vſurarum, quia in eam rem noua aliqua conuentione opus eſſet, quæ inter pupillum & tutorem interuenire nulla poteſt.

l.non fit 12. eod.tit.

De illo tantùm dubitari queat, An tutor hic, quem Marcian. ait nihil facere contra Senatuſconſultum, faciat hodie contra Iuſtiniani conſtit. *Nouell.72.cui tit.eſt, Vt qui oblig.haber. ſe perhib.res minor.* Sunt enim qui ſic ſentiant: Moti ex eo quod Iuſtinianus ea conſtitutione induxit contra iuris veteris rationem, vt quiſquis pupilli debitor creditórve eſt, ab eius tutela arceatur. Itémque ne poſſit tutor aut curator vllam in ſemetipſo accipere ceſſionem aduerſus pupillum aut minorem, ſiue per venditionem, ſiue per donationem, ſiue alio quolibet modo, ſiue durante, ſiue finita adminiſtratione. Sed vereor ne conſtitutio illa ad Marciani ſpeciem non pertineat, nec ſit producenda: Non enim Iuſtiniani mens ea fuit, vt prohiberet ne tutor fieri ex poſtfacto pupilli creditor poſſet, cum disertè conſtituat *in ſecundo capite Nouella*, vt ſi tale quid euenerit, non ſit remouendus tutor qui antea benè datus fuerit, ſed tantum curatorem ei adiungi oporteat, ne quid dolo malo facere in re pupilli poſſit. Quod verò eiuſdem *Nouell. cap. 5.* prohibet ne qua ceſſio fiat tutori, etſi acceſſiones quaſcúnque pertinet, non tamen extendi poteſt ad hunc caſum, in quo nulla fit ceſſio, ſed citra ceſſionem, & ſola iuris poteſtate ſuccedit tutor in locum prioris creditoris. Quæ ſpecies non admittit ea pericula & incommoda, quibus motum ſe Iuſtinianus [illegible] vt nouam illam ferret conſtitutionem. *Multas, [illegible] cauſas audiuimus, vbi adminiſtrantibus curatoribus [illegible] nes facta ſunt aduerſus minores ſiue puberes ſiue impuberes quidem, in ſecunda tamen ætate conſtitutos, & mox efficiuntur eorum domini facultatum, aut non exiſtentia forſitan debita ſubeuntes, aut paruo pretio ceſſiones accipientes eorum, quæ ſunt vndique fragiles, aut etiam celantes de ſuſcepta exiſtentia in minorum rebus, & ita ceſſiones accipientes ſecundum multas & plures occaſiones.* Quarum rationum nulla ſanè eſt quæ caſui noſtro adaptari poſſit. Finge enim tutorem hunc poſt ſuſceptam tutelam factum eſſe creditorem pupilli ſui, & quidem hypothecarium, ſed ex cauſa licita & permiſſa, fortè quod creditori hæreditario, eidémque pignoratitio tanquam hæres ſucceſſerit; quo exemplo vtitur Iuſtin. *dict.Nouell.cap. 2.* Quidni obſecro licebit ei offerre & ſoluere priori creditori etiam hypothecario, vt non modò pignoris ſui ius confirmet, verùm etiam in ius & locum prioris illius creditoris ſuccedat? Vtique enim neceſſarium id ei eſt, vt ſibi proſpiciat non tam aduerſus pupillum, quem iam habet ſatis obligatum, quàm contra poſteriores alios creditores, qui tamen iſto priores inuenirentur, ſi non ſuccederet in ius & locum antiquioris.

d.Nou.72. cap.5.

Itaque non video quid poſſit dolo malo facere videri, cùm iure communi vtitur, iuris ſui tuendi gratia, cùmque ratione officij ſui debeat periclitari, ne ſibi aut contra pupillum ipſum, aut ſaltem contra cæteros creditores pupillares poſſit conſulere in ea re, in qua nullum ſit damnum & incommodum pupilli: *l.vlt. ff.de inoff.teſt.l.cùm quædam 26.C.de adm.tut.l.videlicet 29.ff.ex quib.cauſ. maior.* iunct. *l.5. C. qui potior.in pign.hab.l.ſi duorum 42.ff.de action. empt.* Cum enim poſterior creditor à priore pignus emit, non tam acquirendi dominij aut alterius

noui

noui iuris quàm ſeruandi pignoris ſui cauſa intelligitur pecuniam dediſſe, *l. cum poſterior 6. ff. de diſtr. pign.* vbi ex hoc benè infert Modeſtinus adhuc ei offerri à debitore poſſe, ac multò magis ab alio quocunque eiuſdem debitoris creditore, vt ſcriptum eſt in *l. 2. eo. tit.* Subiecta per Papinianum eleganti ratione illa, quòd huiuſmodi venditio transferendi pignoris cauſa non niſi neceſſitate iuris fieri ſoleat. Quæ ratio tanto apertiùs probat, quod nos volumus, nihil poſſe imputari tutori qui nihil fecerit niſi quod pro tuendo iure ſuo ex iuris neceſſitate facere debuit. Fatendum igitur eſt nouellam Iuſtiniani conſtitutionem ad hunc caſum non pertinere.

Planè ſi poneres tutorem hunc iam priùs quàm tutelam ſuſciperet fuiſſe pupilli creditorem, faceret ſanè conſtitutio Iuſtiniani vt tutor eſſe non poſſet. Ruſus ſi poneres factum quidem creditorem ſuſcepta iam tutela, ſed per ſolutionem ab eo factam vltrò & ſponte creditori pignoratitio, aut etiam chirographario, vt in locum ipſius ſuccederet, iuxta *l. 1. & 2. C. de his qui in prior. cred. loc. ſucced.* & *l. ſi ventri 24 §. vlt. ff. de reb. aut. iud. poſſid.* aliàs *l. 9. in fin. De priuileg. cred.* quoniam hoc ſine ceſſione & quidem voluntaria ex parte ceſſionarij fieri non poteſt, fatebor non inuitus impediri ex Iuſtiniani conſtitutione hanc ceſſionem quæ olim habere locum potuiſſet, & hoc quoque caſu reſponſum Marciani abrogatum eſſe. *Marciani reſponſum in d. l. non ſit, quibus caſibus hodie abrogatum.* At non ſimiliter ſi ponas tutorem hunc factum eſſe poſteà creditorem, ſiue pignoratitium, qui caſus eſt quem nos tractauimus, ſiue chirographarium; Cùm tantò magis neceſſarium ſit creditoribus chirographariis, vt antiquioris creditoris pignoratitij ius ſibi cōparent, quantò certiùs periclitantur ſi chirographarij manere velint. Denique nihil facit tutor contra Iuſtiniani conſtitutionem, vt neque contra Senatuſconſultum, quoties bona fide facit quod eum pro tuendo iure ſuo facere neceſſe eſt.

ILLATIO XC.

De venditione prædij pupillaris facta per tutorem ex voluntate defuncti.

NOnageſimò ex eodem Principio fit, vt ſiue tutores pupilli, ſiue curatores adulti filij prædium ipſius ruſticum vendiderint ſecundum voluntatem defuncti ſcriptam in teſtamento, quod poſteà irritum eſſe apparuit, nihil tamen videantur feciſſe contra orationem Diuorum Principum: *l. vlt. ff. eod. tit. De reb. eor. qui ſub tut.* quia nihil poſſunt videri feciſſe mala fide & contra officium tutelæ, qui defuncti patris iudicium ſecuti ſunt, cùm is caſus oratione nominatim excipiatur iis verbis, *niſi vt id fieret parentes teſtamento vel codicillis cauerint, l. 1. §. 1. eod. tit.* Nec ad rem facit quod teſtamentum in quo ea voluntas declarabatur poſtea ruptum vel irritum eſſe apparuerit. Nuda enim voluntas ex teſtamento alióve actu nullo, æquè ac ex bono validóque declaratur: *l. licèt transferam 20. l. ex parte 20. ff. de adim. legat. l. vltim. C. famil. erciſcund.* Nec minùs Prætor quàm tutor ipſe eam patris voluntatem ſequi cogeretur, quia tum quoque cùm Prætoris decretum neceſſarium eſt, debet ille pronior eſſe ad conſentiendum patri, *l. ſi pupillorum 7. §. ſi pater, De reb. eor.* vt & cùm agitur de confirmando tutore vel curatore quem minùs ritè pater dederit ſiue impuberi, ſiue adulto, ſiue furioſo, *l. 1. & tot. tit. De confirm. tutor. l. ſi furioſo 16. ff. de cur. fur.*

PRINCIPIVM VIII.

De minore qui magis de præda, quàm de damno ſollicitus eſt.

PVpillis & minoribus tunc fauendum & ſuccurrendum eſt cùm aliquid iis abeſt, non etiam cùm de præda magis quàm de damno ſolliciti ſunt: *l. ſi minoris 25 ff. de adm. & peric. tut.* id eſt cùm id agunt vt captent lucrum ex damno alieno. Nam hoc natura æquum eſt, Neminem cum alterius iniuria fieri locupletiorem, *l. nam hoc natura 14 ff. de condict. indeb. l. iure naturæ 106. De reg. iur.* Multóque magis ex iure gentium idem dicendum erit, *l. rerum quidem 25. in fin. ff. rer. amot.* Quod quia naturalem intellectum habet, in eo probando diutiùs non immorabimur.

ILLATIO I.

De minore qui conſecutus eſt à curatoribus quanto minus eorum culpa conſecutus eſt à tutoribus.

EX hoc Principio fit, quod Vlpianus ſcribit in *d. l. ſi minoris 25. De admin. tutor.* Si minoris actum fuerit cum tutore adſiſtentibus curatoribus, & pupillus ob hoc egerit cum curatoribus, & ſint ei condemnati, in id quod ſua intererat minoris tutorem culpa eorum condemnatum non eſſe, non eo quidem minùs poſſe pupillum reſtitui contra tutorem; Et ideò curatores, ſi nondum iudicatum fecerunt, poſſe prouocantes vel per doli exceptionem conſequi vt eis mandentur aduerſus tutorem actiones, quia etiam poſt condemnationem permiſſum eſt tam curatoribus quàm tutoribus deſiderare mandari ſibi actiones, aduerſus eos pro quibus condemnati ſunt: *l. 1. §. non tantùm 18 ff. de tut. & rat. diſtr.* Sed tamen ſi iam fecerint iudicatum curatores, id eſt ſi ſolidum perſoluerint, ita vt nihil iam minori abſit; profuturum hoc tutoribus, quoniam, inquit, nihil minori abeſt, qui de præda magis quàm de damno ſollicitus eſt.

Ex qua ratione apparet, id quod ſequitur, *niſi fortè mandare actiones paratus ſit curatoribus*, vel delendum eſſe tanquam gloſſema imperiti interpretis, vel ita emendandum vt pro *niſi*, legamus *nec ſi*. *Emendatus Vlpianus.* Nam quod pupillus paratus ſit mandare actiones curatoribus, non facit vt eo magis quicquam abſit pupillo, nec proinde vt contra tutorem ſuum vel ipſe agere, vel actionem aliquam mandare poſſit: Etſi enim curatores quod ex iudicato ſoluerunt non tam pro tutore minoris ſummæ condemnato, quàm pro ſeipſis, & ob culpam propriam ſoluiſſe videntur, ob idque nec tutorem ipſo iure liberaſſe, ex *reg. l. Papinianus 18. ff. mandat.* cùm tamen tutelæ actio non niſi ex bona fide competat & ex quaſi contractu, nec ad aliud quàm ad id quod pupillo abeſt; omnino conſequens fit vt ſi iam plenè & integrè ſatisfactum ſit pupillo, nulla ei actio ſuperſit, ſaltem vtilis & cum effectu, ac quæ non potiùs per doli exceptionem elidi debeat, quia bona fides non patitur, vt bis idem exigatur, quemadmodum ſcriptum eſt in *regula iuris*: Abſurdum

namque eſſet actionem, quæ in tutorem inutilis pupillo foret & inefficax, ob id ſolum fieri vtilem & efficacem, quod ab eo ceſſa fuiſſet curatoribus, quibus propter condemnationem & ſolutionem ex condemnatione ſecuta aliquid abeſſet: Quiſquis enim ceſſa, & mandata actione vtitur, non plus iuris habere poteſt ex ceſſione, quàm cedens habuerit tempore ceſſionis: Nec quicquam intereſt tutoris, an ea actio qua potuit aliquando conueniri, ſi qua ſupereſt poſt ſolutionem à curatoribus factam, ceſſa eis ſit à pupillo, an verò penes pupillum manſerit: Cùm vtroque caſu æquè verum ſit, eam rationem facere pro tutore, quod nihil abeſt pupillo cui curatores ad vltimum vſque quadrantẽ ſatisfecerunt.

Atque ita legendum & intelligendum eſſe Vlpianum ex illo etiam conſtat, quod non tam ſuam, quàm Papiniani ſentẽtiam eo loco refert, ſumptam ex *libro ſecundo Reſponſorum*, quæ extat in *l. alterius* 20. §. 1. *ff. de tut. & ration. diſtr.* vbi tamen nihil tale ſcriptum legimus de actione præſtanda contra tutorem curatori, qui iam & condemnatus ſit & ſoluerit. Hoc enim tantum ait Papin. Actionem, quæ poſt vigintiquinque annos ætatis intra tempus reſtitutionis aduerſus tutorem minore pecunia tutelæ iudicio condemnatum redditur, non idcirco inutilem eſſe, quòd adoleſcenti curatores ob eam culpam fuerint condemnati: Poſſe itaque curatores per doli exceptionem conſequi eam actionem præſtari ſibi, ſed ita demum & ſub ea exceptione, *ſi non factum ſit à curatoribus iudicatum*. Sic enim legendum eſt, vt apud Vlpianum in *d. l. ſi minoris*; non *iudicium*, vt vulgo. Quæ exceptio probat apertiſſimè quod volumus. Cùm ergo iudicatum à curatoribus factum eſt, nullam exinde actionem à pupillo, vel adoleſcente præſtari curatoribus contra tutorem poſſe.

Emendatus Vlpianus.

De quo ne dubitare quiſquam poſſit illud etiam obſeruari volumus, Papinianum de ea tantùm actione loqui, quæ aduerſus tutorem minore pecunia condemnatum competit beneficio in integrum reſtitutionis: nec de alia actione Vlpianum intelligi poſſe: quod & Bart. ad eum locum fatetur. Nam actio tutelę conſumpta & perempta eſt hoc ipſo quod fuit in iudicium deducta, cùm per conteſtationem litis, nedum per iudicatum & ſententiam extinguatur actio tutelæ, iure cuiuſdam nouationis, ſicut & actio alia quælibet: *l. vlt. C. de vſur. rei iud. l. aliam* 29. *ff. de nouat.* Vt proinde nullus diſputationi locus relinquatur, An poſtquàm curatores iudicatum fecerunt, poſſit adhuc eis cedi actio quæ amplius nulla eſt: *l. 1. C. de contr. iud. tut. l. Modeſtinus* 76. *ff. de ſolut.* Atqui actio reſtitutionis in integrum ſiue aduerſus rem iudicatam, ſiue ex quouis alio edicti *De minoribus* capite, per minorem reſtitutio poſtuletur, non aliter competit, quàm ſi minor ſe læſum probet: *l. nam poſteaquam* 9. *§. ſi minor ff. de iure iur. l. verum* 11. *§. ſciendum, l. quod ſi minor* 14. *§. non ſemper*, & paſſ. *ff. de minor.* & quidem eo tempore quo poſtulat reſtitutionem. Quod enim aliud tempus inſpicere Prætor poſſet? ſiquidem nec læſus videtur qui non durat lęſus. Porrò non poteſt dici lęſus adoleſcens eo tempore, quo actionem beneficio reſtitutionis ſibi competentem præſtare vult curatoribus, tùm cùm iam curatores ei ſatisfecerunt, quandoquidem nihil tunc ei abeſt. Nulla ergo ſupereſt ratio dandæ ei reſtitutionis aduerſus rem iudicatam, aut quod idem eſt, aduerſus tutorem minore pecunia condemnatum, quia nec poſſet ei competere niſi de ſuperfluo, vt loquitur *l. 5. C. ſi aduerſ. rem iud.* id eſt de eo, quod minùs conſecutus eſſet pupillus quàm ipſi deberetur.

Planè cùm curatores condemnati tantùm ſunt, needum ſatisfecerunt, nihil prohibet ipſis cedi ab adoleſcente actionem reſtitutionis, quæ adhuc competit, quia non facit condemnatio curatoris quominus adhuc verum ſit abeſſe adoleſcenti id, quod conſequi debuerat iudicio tutelæ. Nec enim condemnationem pati, ſoluere eſt. Illud igitur ſemper inſpiciendum eſt, an reſtitutio petatur, aut reſtitutionis ceſſio priuſquàm iudicatum factum ſit à curatoribus qui in ſuperfluam quantitatem condemnati ſunt, an poſtea: Tunc enim & reſtitutio competit, & reſtitutionis ceſſio valet, cùm iudicati executionem præcedit. Quo caſu, id eſt, cùm pupillus tutelæ actionem contra tutorem ſiue alteri tutori, ſiue curatori quem iudex in ſolidum condemnauit, ceſſit, quamuis poſtea iudicatum fiat, tamen actio data non intercidit, quia pro parte tutoris condemnati non tam tutela reddita, quàm nominis pretium ſolutum videtur; vt eleganter ait idem Papinianus in *l. cùm pupillus* 21. *ff. eo.* vbi quod ait de ceſſa tutelæ actione, non pugnat cum eo quod diximus actionem tutelæ, quæ in iudicium ſemel deducta fuit, hoc ipſo conſumptam eſſe. Conſumitur enim illa demum, quæ competit contra eum ipſum cum quo agitur, non autem illa quæ competit aduerſus contutorem, cum quo actum non eſt. Sicuti dicimus, conuento tutore, vel hærede tutoris iudicio tutelæ, curatorem eiuſdem, neque ipſo iure liberatum videri, neque exceptionem rei iudicatæ ei dandam; idémque in magiſtratuum hæredibus obſeruandum eſſe. At vbi pupillo pleniſſimè ſatisfactum eſt, quiſquis ille ſit qui ſatisfecerit, omnis actio tollitur, quia ex eo tempore incipit pupillus eſſe ſollicitus de præda, non de damno.

Alius apud Vlpianum error eſt vulgatæ lectionis in illis verbis, *poſſe prouocantes per doli exceptionem conſequi*. Legendum enim eſt, *prouocantes vel per doli exceptionem*. Alterutrum enim auxilium ſufficit, vel appellationis, vel exceptionis doli, vt extorquere poſſit ceſſionem actionis & reſtitutionis à pupillo contutor, vel curator, qui fuit in ſolidum cõdemnatus. Idque conſtat apertiſſimè ex Papiniano in *d. l. alterius*, §. 5. vbi requirit ſolam exceptionem doli, non etiam prouocationem. Nos de eo ſcripſimus pluribus *in libris Coniect.* neque hîc repetemus.

Alia emendatio Vlp. in d. l. ſi minoris.

ILLATIO II.

De adoleſcente vindicante prædium venditum cum decreto, nec reſtituente pretium.

SEcundò ex eodem Principio fit, quod ſcriptum eſt in *l. ſine hærede* 32. *§. interpoſito, eo. tit. De adm. tut.* Adoleſcens fundum Titio vendiderat interpoſito curatore: Adde, interpoſito etiam decreto; alioqui venditio non valeret, quæ facta eſſet contra prohibitionem Senatuſconſulti, nec ad eam reſcindendam vlla opus eſſet reſtitutione: *l. 2. C. de præd. minor.* Niſi poneres ex voluntate & permiſſu patris factam fuiſſe venditionem, aut ſimilẽ caſũ aliquẽ interueniſſe, in quo non ſit opus decreto, *l. 1. & 3. ff. de reb. eor.* Poſtea fraude agnita in integrum reſtitutus adoleſcens

&

Digitized by Google

& in poſſeſſionem induci iuſſus eſt, Cùm ex ea venditione nec ipſius conditio melior facta eſſet, nec in rem ipſius qoicquam verſum probaretur; Quærebatur apud Modeſtinum ao adoleſceos pretium fundi emptori reſtituere noo deberet? Modeſtinus reſpondit, Pretium fundi ab adoleſcente venundati, ſi rationibus eius noo profuit, nec quicquam de eo à iudicante de in integrum reſtitutione ſtatutum eſt, emptorem fruſtra poſtulare. Nimirum quia reſtitutio quæ minori conceditur, non aliam rationem aut æquitatem habet, quàm ne quid ei abſit, & vt indemnis ſeruetur: quod non contingeret, ſi pretium ex coius ſolutione oullam vtilitatem percepiſſet, reddere cogeretur.

E contrario ſi poneres pecuniam pretij verſam fuiſſe in rem adoleſceotis, dubitari non oporteret, quin etiamſi nihil de eo in ſententia expreſſum fuiſſet, reſtitui tamen pretium emptori deberet, ne alioqui locupletaretur minor ex detrimeoto & iniotia emptoris, magiſque de præda quàm de damno ſollicitus eſſet. Quamqoam enim fundos ſuos, neque diſtrahere, neque obligare ſine decteto minor poteſt, nec minoris curator; ſi tamen vendiderit, & acceptum pretium ereditoribus paternis, vel adoleſcentis, ſolutum fuerit, quandocunque vindicanti ei prædium cum fructibus iure dominij, oon inutiliter doli mali opponeretur exceptio, ſi non offerat ille pretium, ac medij temporis vſuras quæ creditoribus deberentur, ſi ſolutum ipſis non fuiſſet vt ex Papiniano Paulus tractat in *l. ſi fundum* 13. *§. quamquam ff. de reb. cor.* Si tamen ex cæteris facultatibus minoris æs alienum ſolui non potuerit. Hanc enim addebat conditionem Papinianus Ad quam tamen Paulus notat, Etſi ſolui potuerit æs alieoum ex aliis rebus minoris, Si tamen illæ res ſaluæ eroot, ex quarum pretio æri alieno ſatisfieri potuit, adhuc dicendum eſſe doli exceptionem obſtate debere, ſi locrum capter pupillus ex damno alieno. Qui locus in hanc noſtram ſeotentiam omnium accommodatiſſimus eſt: Eiqoe conuenit quod ſcriptum eſt in *l. prædiorum* 10. *l. vtere* 14. *l. ſi prædium* 16. *C. de præd. min.* Ex quibus locis apparet legendum eſſe in *d. §. quamquam*, non vt volgò *debentur*, ſed vt in *d. l. vtero*, *deberentur.* Nullæ ſiquidem vſuræ debentur creditori cui ſors ſoluta fuit nimirum ex die ſortis ſolutæ; ſed deberentur, ſi ex pecunia iſtius emptoris non eſſet ſors ſoluta.

l. ſi fundus 13. *§. quamquam eod. tit.*

Illud tamen mirom videri poſſit, & accommodatè ad Principium quod nunc tractamus explicatione dignum eſt, quod ſupradictis omnibus locis traditur, Emptori onus incumbere probandi, quòd pecunia pretij verſa ſit in rem minoris, tùm quoque cùm ipſi curatori facta ſolutio eſt. Ita enim fieri videtur vt minori faueatur etiam cùm de præda magis quàm de damno ſollicitus eſt, ſiqoidem dubitari non poteſt quin pecunia ſoluta tutori verſatur in actionem tutelæ, ſoluta verò curatori in actionem negotiotum geſtorum, cùm eiuſmodi ſolutione obligentur tutor & curator, vt pecuniæ rationem reddant. Nam & ad eorum officium pertinebat vt prouiderent ne pecunia illa malè conſumeretur. Quod cùm ita ſit, illud etiam conſequens ſit, vt verſa omnimodo ſit pecunia in rem minoris, quoties conuerſa eſt in actionem quæ fuerit per ſolutionem acquiſita. Nec enim quiſquam negauerit locupletiorem fieri eum qui acquirit actionem, quam qui habet, rem ipſam habere videtur, vt eſt *in iuris regula.* Sed de tota quæſtione illa videnda ſunt quæ ſcripſimus *in Rationalibus* ad *l. quòd ſi minor* 24. *§. reſtitutio, ff. de minor.* & quæ ſcribemos pluribos *in tertia parte Chiliadis noſtræ; De error. pragmat.*

ILLATIO III.

De ſumptibus voluntariis ab emptore factis in prædium minoris.

Tertiò ex eodem Principio fit, quod ſequitur apud Modeſtinum in *d. §. interpoſito, verſ. item reſpondit*, ſumptibus voluptatis cauſa factis ab emptore non eſſe onerandum adoleſcentem: Qui tamen ab eodem ædificio ita auferri poſſunt, vt in facie priſtina (id eſt quæ fuit ante veoditionem) ædificium manere poſſit, emptori auferre permitti oportere. Nempe quia non videtor quiſquam id habere quod niſi voluptatis cauſa non habeat: Nemo ſaltem dixerit ex voluptariis impenſis fieri quemquam locupletiorem, cùm oullius omnino ſint vtilitatis, ob ídque ab impenſis vtilibus & re & nomine diſtinguantur: *l. voluptaria 7. cum quatuor ſeqq. De impenſ. in reb. dotal. fact. l. impenſa 79. De verb. ſignific.* Quæ tamen poſſunt à fundo ſeparari, eas ſi minor retinere velit non aliter poteſt, quàm ſi earum pretium offerat, dummodo tales ſint, quibus ablatis eadem nihilominùs ædificii facies permanſura ſit; quoniam alioqui de præda eſſet ſollicitus minor, qui eas impune retioere vellet, & ex alieoa iactura locupletaretur. Duo igitur, quaotum ad hanc rem attinet concurrere neceſſe eſt, Vnum vt commoda ſit iſtarum vtilium impenſarum ſeparatio, id eſt talis quæ rei faciem priſtinam non poſſit immutare, Alterum vt poſtquam ſeparatæ fuerint, aliquam vtilitatem aut potiùs voluptatem ei qui ſeparauerit adferre poſſint. Neque enim malitiis indulgendum eſt, ſi tectorium puta quod induxerit emptor picturáſque corradere velit, nihil inde ſlaturus niſi vt officiat, vt Celſus tractat in *l. in fundo* 38. *ff. de rei vindicat.*

d. § interpoſito l. 32. de adm. tutor.

Nec ſuperioribos contrarium eſt quod Scæoola reſpondit in ſpecie *§. vlt. l. intra vtile* 39. *ff. de minor.* non eſſe reſtituendum minorem volentem in integrum reſtitui aduerſos fundi venditiooem à curatore factam, oiſi maluerit omnes expenſas, quas bona fide emptor feciſſe adprobauerit, ei præſtare: ſi paratum ſit minori auxilium aduerſus curatores qui idonei proponantur. Nam præter id quod de vtilibus tantùm impenſis ſenſiſſe videtur Scæuola, cũ per voluptuarias fundus noo fiat melior, ſed ornatior; poteſt etiã videri ſpecies illa propriam qoandam habere rationem, quod non alia de cauſa videretur ioinor impolſus fuiſſe ad petendam reſtitutionem, quam quia per eiuſmodi impenſas fundus malior factus eſſet, non petiturus reſtitutionem ſi factæ impenſæ non fuiſſent: quæ res facit ſaoè multò fauorabiliorem cauſam emptoris, & odioſiorem minoris, cui hoc caſu ſufficere daber, quod à curatoribus idoneis conſtitutis indemnitatem conſequi poſſit. Quamuis regulariter verum ſit, non eo minus reſtitoendum eſſe minorem, quòd aduerſus idoneos curatores paratam habeat actionem; *tot. tit. C. ſi tutor. vel curat. interuen.* cùm ipſius intetſit corpus habere potiùs quàm æſtimationem *l. ſi ex cauſa 9. in princip.*

tip. ff. de minor. Iuſta ſcilicet affectione retinendorum bonorum, quæ patris, maiorúmve ipſius fuerint: *l. ſi in emptionem 35. ff. eod.* Reſtitutio namque in integrum reddit minori corpus ipſum quod fuit venditum: Actio verò de indemnitate, quam contra curatores exercere poteſt, nihil niſi pecuniam, qua omne id quod minori abeſt, æſtimandum eſt. Ex quo intelligimus, quoties nihil aliud petit minor per in integrum reſtitutionem quàm vt ſibi pecunia & indemnitas præſtetur, nullam eſſe rationem cur ei ſuccurrendum ſit contra emptorem, aliúmve quemlibet, quandiu indemnitatem poteſt conſequi à curatore, quoniam cæteris paribus promptior & paratior eſt actio quæ aduerſus tutorem vel curatorem competit iure ordinario, quàm quæ contra emptorem, aliúmve tertium per in integrum reſtitutionem: Nec proinde fieri poteſt vt quicquam minori abſit hoc nomine, tametſi reſtitutio in integrum ei denegetur: Longéque iuſtius & æquius eſt fauere emptori qui bona fide contraxerit, vel ob hoc ipſum, ne fiant de lite lites, ſi cōdemnatus emptor poſtmodum aduerſus curatorē regreſſum habere cogatur, ſiue propriis, ſiue ceſſis ſibi à minore actionibus, quibus vtique ſemper cedere minor cogitur: *d. l. ſi minoris 15. l. vlt. ff. de adm. tutor. l. in creditore 38. ff. de euict.* Alioqui ſi vel nolit, vel non poſſit cedere, ſummouendus eſt exceptione cedendarum actionum tanquam qui hoc caſu ſollicitus ſit de prædà, magis quàm de damno.

ILLATIO IV.

De duobus tutoribus cum quorum altero actum fuit.

QVartò ex eodem Principio fit, vt ex duobus tutoribus ſi cum altero actum fuerit, alter ob hoc ſolùm non liberetur, *l. qui tutor. 18. §. 1. ff. eod. tit. De adm. & per. tut.* Quamuis enim ita receptum ſit in pluribus correis debendi, aut fideiuſſoribus ſi ius vetus inſpiciatur, vt vnius electione alius liberetur, vt refert Paulus *lib. 2. ſent. tit. 17. Ex empt. & vend. § vlt* (Aliud enim hodie obtinet poſt Iuſtiniani conſtitutionem in *l. vlt. C. de fideiuſſ.*) tutorum tamen ideo alia ratio eſt, quod pupillis continque fauendum eſt, vt nihil abſit; abeſt autem tandiu quamdiu ipſis ſatisfactum non fuit: nec eo minùs quòd cum vno ex tutoribus actum ſit. Non enim quiſquis cœpit agere, hoc ipſo haberi debet pro eo ac ſi id cuius nomine agit iam eſſet conſecutus. *l. vlt. C. de fideiuſſ.*

ILLATIO V.

De vſuris etiam poſt finitum officium in diem vſque tutelæ reſtitutæ præſtandis.

QVintò ex eodem Principio fit, vt tutor etiam poſt finitum officium vſuras nihilominus debeat in eum vſque diem quo tutelam reſtituit, *l. tutor. qui repertorium 7. §. quæſitum, ff. eod. tit. De adm. & peric. tut.* Quādiu enim abeſt ei pecunia quæ ex ratione tutelæ ipſi reſtitui debet, tandiu abſunt etiā vſuræ quas ex pecunia illa poſſet colegiſſe ſi hoc tēpore fuiſſet reſtituta: Ideóque ne quid pupillo abſit, hactenus ei faueri oportet, vt vſurarum quoque ratio habeatur; Nimirum ſi non multo poſt tutelam finitá tempore ratio tutelæ petatur. Nam alioqui periniquum ſanè eſt, eum cui fortè poſt viginti annos, vel amplius in mentem venerit, tutelam repoſcere, etiam vſuras poſtulare: Maximè ſi non contra tutorem agatur, ſed contra hæredem tutoris, *l. maximeque 29. eod.* Extra hunc caſum non ſatis erit tutori, quòd per eum non ſteterit, quominus cōuentus reſtitueret tutelam, niſi etiam obtulerit pecuniam quam ſciuit ſe debere: At neque ſufficit obtuliſſe, niſi & depoſuerit obſignatam tuto in loco, vt contra Marcellum Vlpianus diſputat in *l. tutor 28. §. 1. eod.* Sola namque obſignatio, non etiam oblatio, vim ſolutionis habet: *l. acceptam 10. Cod. vſur. l. obſignatione 12. C. de ſolut.* Tandiu autem verum eſt abeſſe pupillo, quandiu non fuit ei ſolutum quod debebatur. *l. maximéque 29. eod.*

ILLATIO VI.

De tutore duorum impuberum quorum vnus factus ſit pubes, alter ſit adhuc impubes.

SExtò ex eodem Principio fit, vt ſi quis duorum impuberum tutelam ſuſtineat, quorum vnus pubes factus ſit, alter adhuc ſit impubes, tutelæ iudicium non ideò differri oporteat quantum ad perſonam puberis, quod impubes alius idémque cohæres adhuc ſit ſub tutela, & poteſtate eiuſdem tutoris: *l. tutores 39. §. penult. eod. tit.* Cùm enim pupillo abſit, quod ei ex cauſa tutelæ debetur, eſſet contrā vtilitatem pupilli facti puberis, ſi ob perſonam alterius impuberis actio tutelæ differretur; vel ob id maximè, quod fieri poteſt non ſoluendo tutor, qui nunc fortaſſe ſit ſoluendo; nec tutor tantùm, ſed ipſius etiam fideiuſſores. Neque ad rem pertinet, quod propter indiuiduam hæreditatis poſſeſſionem, non facilè videatur ratio tutelæ quantum ad vnum ex cohæredibus expediri poſſe, quin vtrique communiter ratio reddatur. Nam imò verò nihil prohibet reddi ſingulis cohæredibus ſeparatim, ac ſi tot eſſent patrimonia quot ſunt perſonæ cohæredum, vt ſanè ſunt. Quod ſi quid occurrat ita indiuiduum, vt niſi communiter reddi ratio non poſſit, tùm quoque nihil vetat eandem conſtitui reddendæ rationis formam, quæ conſtitueretur, ſi ambo eſſent puberes, ſed ita tamen vt pro parte illius qui impubes manet, remaneant omnia penes tutorem, ac ſi nullæ, quod ad eum, rationes redditæ eſſent. Nihil igitur poteſt incidere propter quod actio tutelæ differenda ſit ob perſonam impuberis cohæredis, cùm verum ſit alterius qui agere vult, pubertate finitam eſſe tutelam: *l. 1. & 2. C. quand. tutor. & curat. eſſe deſin.* aliiſque vulgaribus. *l. tutores 39. §. pen. eo. tit.*

* * *

ILLA

Digitized by Google

ILLATIO VII.

De priuilegio quod habet pupillus in bonis tutoris ſui, vt creditoribus chirographariis præferatur.

SEptimò ex eodem Principio fit, quod ſcriptum eſt in *l. ex pluribus 42. eod. tit. De admin. & peric. tut.* Si ex pluribus tutoribus vnus in ſolidum condemnatus ſit, iſque in rem ſuam procurator datus fuerit, non ideirco dandum ei eſſe priuilegium, quod habet pupillus in bonis tutoris ſui, vt cæteris creditoribus chirographariis præferatur: *l. vlt. ff. de tutel. & ration. diſtr.* quia nec hæredibus pupilli priuilegium tale vllum datur, *l. dabimuſque 19. §. 1. De reb. autor. iudic. poſſid.* aliàs *l. 4. §. 1. De priuileg. credit.* Nimirum quia vt Papinianus ſubiungit in *d. l. ex pluribus*, huiuſmodi priuilegium introductum eſt, vt ſuccurreretur non cauſæ, ſed perſonæ, quæ præcipuum meruit fauorem. Fuit enim fauendum pupillo ne quid ei abeſſet, cùm nihil poſſit ei imputari cur ſibi meliùs non proſpexerit, qui vtique proſpicere non potuit propter ætatis imbecillitatem. Quæ ratio ceſſat in perſona hæredis, cui etiamſi aliquid abfuturum ſit, ex eo quod pupilli priuilegium non habeat, nihil tamen ex eo iniqui emergit, cùm hæredi qui ſemper habet cauſam lucratiuam nulla fiat iniuria, ſi communem ſequatur cæterorum creditorum conditionem, qui vt plurimùm certant etiam de damno vitando.

Quare nec aliud erit, etiamſi hic pupilli hæres ipſe quoque pupillus proponatur. Æquè enim habet cauſam lucratiuam, non ſuccedit vt pupillus, ſed vt alius hæres quilibet: Neque quicquam poſſet iniquius dici quàm, vt cæterorum tutores creditorum conditio ob id fieret durior, quod pupillus pupillum hæredem reliquiſſet. Succurritur quidem pupillis, & minoribus in quibuſdam, quæ non tam ad perſonæ quàm ad cauſæ fauorem pertinet, vt cùm agitur de beneficio in integrum reſtitutionis: Et in his non ... hæredi pupilli minoriſve ſuccurritur, quàm ipſi ... pupillóve: *l. minor autem 18. §. vlt. & l. ſeq. ff. de minor.*

Sed beneficium illud ... eſt verius quàm priuilegium, quo nomine *priuilegij* ſolemus intelligere priuatas leges in fauorem certarum perſonarum latas, qualis non illa eſt, vt pupillus poſſit in integrum reſtitui aduerſus contractum, in quo læſus ſit, (nam & aliis pleriſque perſonis Prætor tribuit auxilium reſtitutionis ex variis cauſis, ſi ratio & æquitas cauſæ id ſuadeat potius quàm fauor perſonæ: *l. 3. ff. de in integr. reſtit.* Neque rurſus pupillos & minores paſſim Prætor reſtituit, ſed cauſa cognita, & ita demum ſi capti proponantur, *l. verum 11. §. ſciendum eſt, l. quod ſi minor 24. §. non omnia, ff. de minor. l. nam poſteaquam 9. §. ſi minor. ff. de iureiur.*) Sed iſta, vt pupillus præferatur cæteris creditoribus chirographariis etiam tempore anterioribus in bonis ſui tutoris, vel protutoris, *d. l. vlt. De tutel. & rat. diſtr. dict. l. dabimuſque 19. § 1. de reb. autor. iudic. poſſid.* Cuius priuilegij ratio alia reddi non poteſt, quàm fauor perſonæ impuberis, qui fauor cùm pendeat omnino à perſona, tranſire in pupilli hæredem nunquam poteſt. In eum verò qui à pupillo conſtitutus ſit procurator in rem ſuam, multò minùs: quia ceſſionarius, quiſquis ille ſit & ex quacumque cauſa, ſemper ſingularis ſucceſſor eſt, hæres verò ſemper vniuerſalis, ac proinde in quem facilius iura omnia tranſire poſſint & debeant, quàm in ſucceſſorem ſingularem. Vt non abs re ſoleant Interpretes ex illo Papiniani reſponſo probare, Non eſſe ceſſibile, vt loquuntur id quod non eſt tranſmiſſibile. Quamuis non æquè facilè admitti è contrario poſſit, quod tamen iidem Interpretes vulgo iactitant, Tranſmiſſibile non eſſe quod non eſt ceſſibile. De quo alibi erit tractandum.

l. 3. ff. de in integr. reſtit.

Non eſſe ceſſibile quod non eſt tranſmiſſibile.

Sic & in dote euenit, vt pleraque beneficia dotis cauſa habeat, quæ etiam ad mulieris hæredes tranſmittuntur, quale illud eſt, vt tacitam habeat hypothecam & ſtipulationem, *l. vnic. C. de rei vxor. act.* Alia verò non tam dos, quàm perſona mulieris: Cuiuſmodi illud eſt, vt præferatur omnibus creditoribus expreſſam quoque & anteriorem hypothecam habentibus, ex Iuſtiniani conſtitutione in *l. aſſiduis 12. C. qui potior. in pign. hab.* Item vt non poſſit conueniri niſi in quantum facere poteſt, vt nec viciſſim maritus, *l. quia tale 14. cum l. praced. ff. ſolut. matrimon.*

Ex hoc autem intelligimus priuilegium illud pupilli antiquo iure non fuiſſe priuilegium tacitæ hypothecæ, vt plerique putant, ſed prælationis, quia ſi eſſet priuilegium tacitæ hypothecæ tranſmitteretur ad hæredes pupilli, cùm per hypothecam conſtituatur ius in re, quod proinde tranſit in hæredem quemlibet. Non enim ſunt perſonalia priuilegia, quæ afficiunt rem ipſam, *d. l. vnic. Cod. de rei vxor. act. & tot. tit. D. & C. In quib. cauſ. pign. vel hypoth. tacit. cont.* Neque rurſus priuilegium prælationis vllum haberet pupillus poſſet, aut deberet, ſi tacitæ hypothecæ ius haberet. Hoc ipſo enim præferretur ex iure communi, ex quo quiſquis creditor hypothecarius eſt, licèt tacitam duntaxat hypothecam habeat, omnibus tamen chirographariis præfertur: *l. pro debito 6. C. de bon. autor. iudic. poſſid. l. eos qui 9. Cod. qui potior. in pign. hab.* Neque verò de alio quàm de prælationis priuilegio & de chirographariis creditoribus accipi poteſt tit. ille *De reb. autor. iudic. poſſid.* aut ille, qui eſt in vulgatis codicibus, *De priuileg. credit.*

Dixi *antiquo iure*, quia ſi nouum inſpicias, non eſt dubitandum quin hodie tutorum & curatorum omnium bona taciti pignoris titulo ſint obligata, *l. vlt. C. de legit. tutel. l. pro officio 20. C. de admin. tutor.* Sed hoc primus induxiſſe videtur Conſtantinus in *d. l. pro officio*, ad eámque conſtitutionem refero, quod Iuſtinianus de hac tacita hypotheca ſcribit in *d. l. vnic. §. 1. C. de rei vxor. act.* Nam quod ſcriptum eſt in *l. vnic. C. rem alien. ger. non eſſe interd.* quæ lex eſt Seueri & Antonini qui Conſtantinum præceſſerunt, facilè poteſt intelligi de alio iure, quàm quod ſit tacitæ hypothecæ, ſcilicet de iure reuocationis, quod competit cuilibet, in cuius fraudem aliqua facta ſit alienatio ab aduerſario condemnato: Vix enim eſt vt non alienet in fraudem, qui alienat poſt condemnationem, ſi ex eo fiat non ſoluendo: Non quòd per ſolam ſententiam bona debitoris condemnati obligata eſſe incipiant, ſed quia incipiunt eſſe in ea cauſa, vt pro iudicati executione obligari & pignori capi à Magiſtratu poſſint: *l. à Diuo Pio 15. §. 1. ff. de re iud.* Quod à nobis iam fuſiùs tractatum & diſputatum fuit ad *Princ. 3. illat. 51. hoc. tit.*

Superioribus

Superioribus conſequens eſt, vt ea Papiniani ſententia quæ extat in *d. l. ex pluribus*, itemque Vlpiani in *d. l. dabimuſque*, §. 1. ſit hodie abrogata. Nec enim dubitandum eſt quin ius tacitæ hypothecæ non tantùm pupillis, ſed etiam minoribus indultum non modò tranſmiſſibile ſit in hæredem, ſed etiam ceſſibile, aut vt alij loquuntur cedibile, ſiue contutori in ſolidum condemnato fiat ceſſio, vt in *d. l. ex pluribus*. ſiue alij cuilibet in rem ſuam conſtituto procuratori. Cùm enim rem ipſam afficiat, nihil iam eſt quod impediat quominus & tranſmitti & cedi poſſit, quia non tam perſonæ pupilli, vel adulti, quàm cauſæ fauorem reſpicit; planéque inauditum eſt, vt ius pignoris, ſiue expreſſi, ſiue taciti per creditoris mortem extinguatur: quomodo tamen pupilli priuilegium, de quo nunc agimus, ipſius morte extinguebatur: Sicut autem plenius eſt ius pupilli tacitam hypothecam habentis, quàm eſſet olim, cùm non haberet niſi ius prælationis; Ita è contrario plenius aut, vt verè dicam, amplius erat olim priuilegium illud prælationis, quàm hodie ſit tacitæ hypothecæ, quia competebat pupillo non tantùm in bonis tutoris veri, aut etiam eius qui pro tutore geſſiſſet, *l. ſi negotium* 23. *ff. de reb. autor. iudic. poſſid.* Cùm tamen nemo probabiliter dicturus ſit hodie bona iſtius, qui ex ſolo amicitiæ officio negotium pupilli geſſerit, eſſe pupillo tacitè obligata. Quamuis non ignorem placere Noſtris poſt Accurſ. ad *d. l. pro officio*, etiam protutoris, ſicut & tutoris bona pro adminiſtratione teneri vinculo taciti pignoris: Ex *d. l. vlt. De tut. & rat. diſt.* quæ tamen non de tacitæ hypothecæ, ſed de prælationis priuilegio accipienda eſt vt diximus.

Adultus non habebat olim priuilegium in bonis curatoris.

At illud etiam obſeruatione dignum eſt, quod quamuis Conſtantinus in *d. l. pro officio*, dederit ius tacitæ hypothecæ adultis quoque in bonis curatoris, prælationis tamen priuilegium quod olim habebat pupillus inter creditores chirographarios in tutoris bonis, non habebat adultus in bonis curatoris. Fortaſſe ideò, quod minus neceſſe videretur faueri hac in re adulto, qui ſicut curatorem ſibi petere poterat, ita & ſibi ſtipulari & proſpicere, ſiue fideiuſſoribus ſiue pignoribus acceptis: quorum omnium nihil eſt quod de pupillo dici poſſit. Aliorum quibus tanquam debilibus & infirmis, id eſt, quorum non modò bonis, ſed etiam perſonis curatores dantur, alia ratio eſt; hi enim pupillo æquiparantur melius quàm adoleſcentes; cuiuſmodi ſunt furioſus, prodigus, mutus, fatuus, & aliæ ſi quæ ſunt ſimiles perſonæ, de quibus agitur in *d. l. dabimuſque* §. 1. *cum trib. ll. ſeq. ff. de reb. autor. iud. poſſid. & d. l. vlt. ff. de tutel. & rat. diſtr.*

Quantum referat an de priuilegio prælationis tractetur, an de priuilegio tacitæ hypothecæ.

Ex quo intelligimus quantùm referat, an de prælationis priuilegio, an verò de tacitæ hypothecæ beneficio agamus, etiam nouo iure inſpecto. Etſi enim fruſtra eſt tractare hodie de priuilegio prælationis in iis caſibus, in quibus competit ius tacitæ hypothecæ; Tamen extra illos caſus, ſaluum etiam hodie eſt priuilegium prælationis, vbi ius tacitæ hypothecæ deficit; vt puta ſi quis neque quaſi tutor, neque quaſi protutor, ſed tanquam amicus negotium pupilli geſſerit: *d. l. ſi negotium* 23. Et contrà poteſt ius tacitæ hypothecæ locum habere, habetque in cauſa adulti rationem adminiſtrationis à curatore repoſcentis, qui tamen prælationis priuilegium olim nullum habebat.

ILLATIO VIII.

De tutoris defenſore condemnato.

OCtauò ex eodem Principio fit, quod Paulus ſcribit in *l. defenſor.* 22. *ff. de tutel. & ration. diſtr.* defenſorem tutoris condemnatum non auferre priuilegium pupilli. Neque enim, inquit, ſponte cum eo contraxit. Senſus non ille eſt, ſi quis tutorem vltrò defenderit aduerſus pupillum, & condemnatus ſit, idem priuilegium competere pupillo in bonis defenſoris, quod competeret in bonis tutoris, ſcilicet vt inter cæteros creditores chirographarios habeat ius prælationis; Quaſi pupillo abeſſet aliquid, ſi non eodem iure vteretur aduerſus tutoris defenſorem, quo aduerſus tutorem ipſum, Nulla enim vnquam lex fuit quæ priuilegium pupillo dederit in bonis eius, qui tutorem, ſiue ex voluntate, ſiue ex neceſſitate defenderit, quod nec datur ei in bonis magiſtratus: *l. 1. § priuilegium, ff. de magiſt. conuen.* Sed Pauli ſententia eſt, Priuilegium quod habet pupillus in bonis tutoris, non eſſe ipſi auferendum ob id ſolum, quod eum tutoris defenſore iudicium acceperit. Etſi enim poteſt videri eo iudicij genere nouatio quædam facta eſſe propter mutationem perſonæ, cùm alia ſit perſona tutoris, alia defenſoris; Dici autem ſolet perire priuilegium tutelæ, ſi nouatio fiat, *l. ſi pupillus* 9. *ff. de nouat.* (quæ dubitandi ratio erat apud Paulum) ius tamen pupilli illud tuetur, quod non ſponte & vltrò quaſi contraxit cum defenſore tutoris, ſed ex neceſſitate in eum incidit, quia recuſare non potuit quominus ab amico tutor defenderetur; Proinde imputari ei non poteſt, cur defenſoris perſonam ſecutus ſit, nec ei nocere debet nouatio, quæ non fuerit voluntaria, *l. aliam* 19. *cod. tit. De nouat.*

Illa igitur ratio ſemper pro pupillo facit, quòd indemnis omnino ſeruandus eſt ne quid ei abſit, quod nequaquam fieret ſi priuilegium ei auferretur, cuius auxilio poſſit conſequi ante cæteros creditores, quicquid ex tutelę cauſa debeatur, manſurus alioqui in damno. Non enim de priuilegio quæri ſolet, niſi cùm debitor ſoluendo non eſt: Eáque [illegible] etiam ratio eſt, propter quam [illegible] fuit dignus pupillos, cui priuilegium hoc in bonis tutoris [illegible]deretur: Scilicet quod non ſponte contrahat, aut quaſi contrahat cum tutore, ſed incidat in tutorem: *l. vlt. in fin. ff. rem pup. ſal. fore.* Ex qua ratione tantò magis confirmatur, quod *proxima illatione* dicebamus, non idem adulto competere priuilegium in bonis curatoris. Adultus enim vltrò & ſponte contrahit, aut ſaltem quaſi contrahit cum curatore, cùm non detur curator niſi volenti & petenti: *§. item inuiti, Inſtit. De curat.*

ILLATIO IX.

De pupillo qui tutoris ſui reliquationem ſecutus, agit in bona tutoris vendita.

NOnò ex eodem Principio fit, quod idem Paulus ſcribit in *l. qui nominibus* 44 *De adm. & peric. tutor.* Si pupillus poſt pubertatem rationibus à tutore acceptis reliquationem eius ſecutus

l. qui nominibus 44. ff. eodem tit.

ſecutus vſuras acceptauerit, non idcirco eum amittere priuilegium ſuum in bonis tutoris venditis: Prætorem enim priuilegium ei ſuum ſeruare debere; Nempe quia vſurarum perceptio non facit nouationem, vt tutelæ actionem perimat, cui priuilegium hoc datum eſt fauore perſonæ pupilli: nec quod pupillus factus ſit pubes, efficere debet, vt eo minùs fauorabilis videri poſſit, quandoquidem priuilegium hoc non tam ætati datur, quam perſonæ propter ætatem: Perſona autem per pubertatem non mutatur, licèt tutela finiatur: Tandiúque fauor debitus perſonæ pupilli durat, non quandiu ipſe pupillus manet, ſed quandiu verum eſt ei abeſſe aliquid ex cauſa tutelæ. Negari porrò non poteſt quin abſit ei ſumma illa, quam ex reliquatione pupillo debitam fuiſſe conſtitit, & cuius vſuras pupillus poſt pubertatem percepit.

Neque tamen iis aſſentior qui notant, Eſſe hoc aliud & nouum priuilegium pupilli, vt accipiendo vſuras à tutore, vetus priuilegium ſuum non amittat, ex *l. ſi ventri 24. § 1. ff. de reb. aut. iudic poſſid.* aliàs l. 9. *De priuileg. cred.* vbi ſcriptum eſt, Eum qui fidem publicam ſecutus, depoſuit pecunias ſoas apud menſularium, potiorem quidem cæteris creditoribus cauſam habere poſt priuilegia, id eſt poſt priuilegiarios creditores: Sed tamen ſi depoſitis nummis vſuras à menſulario acceperit, non eſſe à cæteris creditoribus ſeparandum. Id enim propriam, & ſpecialem rationem habet quam Vlpianus ſubiungit, quoniam iſta vſurarum perceptio facit, vt creditor hic non tam depoſuiſſe pecuniam, quàm credidiſſe videatur, & exinde non tam fidem publicam ſecutus eſſe, quam priuati ſui debitoris. Excedit enim ea res notiſſimos depoſiti terminos, vt depoſitarius quiſquis ille ſit, & pecuniis depoſitis vti poſſit, & vſuras perſoluat: *l. Lucius 24. ff depoſit.* Aliud autem eſt deponere, Aliud credere. Nec quod priuilegium habet is qui depoſuit in bonis menſularij, idem etiam conceſſum eſt creditori, cuius cauſam nulla fidei publicæ quam ſecutus ſit, ratio fauorabilem facit. At in priuilegio tutelæ nihil tale eſt, quia remanet priſtina tutelæ obligatio & actio, etiam poſteaquam pupillus à tutore vſuras perceperit, ſiquidem nihil in eo pupillus facit, quod videri debeat alienum à tutela. Neque enim tutelæ terminos excedit, quod vſuras pupillus acceperit, quas ipſo etiam tutelæ iudicio conſequi poſſet: *tot. tit. C. de vſur. pupill.*

Ratio dubitandi apud Paulum. Eſt igitur ex iure communi, non ex nouo pupilli priuilegio, vt vetus priuilegium etiam poſt vſurarum perceptionem pupillo ſaluum ſuperſit. Déque illo potiùs dubitari poteſt, quænam fuerit apud Paulum ratio dubitandi? Illa verò fuiſſe mihi videtur, quòd periiſſet priuilegium tutelæ, ſi actione tutelæ expertus pupillus vſuras tantùm conſecutus fuiſſet, quia licèt ſola conteſtatio non perimat priuilegium tutelæ, tanquam quæ coacta, non voluntaria ſit nouatio, *d. l. aliam 19. ff. de nou.* agi tamen tutelæ ſæpius quàm ſemel non poteſt, ob idque nimirum, vt ſuo loco *ſuprà* diximus, actionem tutelæ tempus pubertatis differri placuit, ne priùs propoſita, priùs conſumeretur. Porrò plus quàm egiſſe videtur, qui exegit, cùm exactio nihil aliud ſit quam actio-

Alia ratio eſt actionis alia exactionis. nis effectus & executio. Sed ratio decidendi eſt, quia longè diſpar eſt hac parte ratio actionis, & exactionis. Actio totam tutelæ obligationem conſumit, quia totam illam in iudicium deducit. Nec tam inſpiciendum eſt hac parte quis iudicij effectus fuerit, quàm quis finis, & quæ poteſtas propoſitæ actionis. At exactio quoniam facti, non iuris eſt, nihil conſumit, niſi quatenus exactum ſolutúmque eſt. Nemo autem dixerit, ſolutis vſuris ſortem quoque ſolutam videri. Mirum igitur non eſt vſurarum perceptione priuilegium tutelæ non amitti.

ILLATIO X.

De pupillo qui alterum ex ſuis tutoribus poſt pubertatem liberauit.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt ſi pupillus alterum ex tutoribus poſt pubertatem liberauerit, improbè alterum illius nomine conetur interpellare: *l. ſi pupillus 45. ff. eo tit. de admin. & peric. tut.* Iam enim de præda magis quàm de damno ſollicitus eſt minor, qui ab altero conſequi velit eam ipſam quantitatem, à qua alterum tutorem liberauerit, ſiue liberatio illa gratuitò facta ſit, ſiue accepta pecunia; cum perinde haberi debeat, ac ſi conſecutus eſſet eam quantitatem, à qua alium liberauit. Nam neque pro ea quantitate poſſet ſuis actionibus cedere contutori, contra quem in ſolidum ageret, ideóque cedendarum actionum exceptione repellendus eſſet: *l. ſi minoris 25. & l. vlt. ff eo.*

Nec obſtat quod gratuita liberatio, ſit donatio, quæ proinde minori quamuis puberi interdicta videatur: *arg. l. tutores 39. §. ab eo qui reſtitutionis 13. eod. tit.* Nam præter id, quod is qui donat ſibi alium naturaliter obligat, in eóque videtur fieri locupletior, ſi poſtea ἀντίδωρα acceperit, *l. ſed & ſi lege 25. §. conſuluit, ff. de petit. hæred.* nulla lex eſt quæ minorem prohibeat donare illi, quem habuit tutorem, dummodò poſt pubertatem donet; quamuis aduerſus eam donationem in integrum reſtitui poſſit beneficio ætatis tanquam læſus: *tot. tit. C ſi aduerſ. donat.* Haud dubiè namque læditur quiſquis donat, hoc ipſo quod donat, cùm donare ſit perdere: *l. filiusfamilias 7. ff. de don.*

Neque repugnat quod ſcriptum eſt in *d. §. ab eo*, illis verbis, *nec donatum, ſed tranſactum videtur.* Non enim eorum verborum ſenſus ille eſt, quaſi minor nihil poſſit remittere ei qui tutor fuit, per ſpeciem donationis, ſed tantùm per ſpeciem tranſactionis: cum eo loco tractet Papinianus de remiſſione per eum facta, qui neque pupillus, neque minor amplius ſit, ſiquidem ponit talem eum eſſe qui reſtitutionis auxilio iuuari amplius nō poſſit, quo proculdubio iuuaretur minor perinde aduerſus tranſactionem, atque aduerſus donationem: *tot. tit. C. ſi aduerſ. tranſact.* Sed ita loquitur Papinianus reſpiciens ad legem Cinciam quæ ſupra certum modum donari prohibebat, non etiam tranſigi: *l. pen. §. 1. l. Aquilius 27. ff. de donat.* & Papiniani ſenſus eſt, ſi ab eo qui reſtitutionis auxilio non iuuatur, quæſtio culpæ tutorum conuentione remiſſa ſit, omnimodo & indiſtinctè valere remiſſionem, id eſt non adhibita diſtinctione illa, Quantum ex ea remiſſione lucri & commodi tutor conſequatur; quia tunc ei diſtinctioni locus eſt, & de modo emolumenti quæritur, cùm de donatione agitur, non etiam cùm de tranſactione: In propoſito autem tranſactum potiùs quam donatum videtur.

Sequitur apud Paulum in *d. l. ſi pupillus, Idémque*

que

Digitized by Google

quę dicemus in duobus Magiſtratibus collegis, quorum alterum Reſpublica conuenit, vt nimirum pro huius portione alter poſtea improbè conueniatur. In quo obſeruandum eſt, non ſic loqui Paulum, vt exigat alterum ex Magiſtratibus collegis fuiſſe liberatum, ſed ſatis ei eſſe, vt alter ille fuerit à Republica conuentus: quia in eo melioris conditionis ſunt Magiſtratus collegæ, quàm contutores, qui diuerſis conuentione alij liberantur, ſicut euenibat olim quoties eiuſdem pecuniæ plures erant correi debendi, *l. vlt. C. de fideiuſſ.* Quod omnium optimè hic Pauli locus probat. Subiungit enim Paulus, *ſed hæc in magiſtratibus tractant, quaſi duo rei eiuſdem debiti eſſent omnimodo.* Ita ſignificans apertiſſimè in duobus reis debendi hoc ius eſſe, vt conuento vno in ſolidum, alius in ſolidum liberetur; ſicut & è contrario agente vno ex pluribus correis credendi, alij amplius ſolui non poteſt: *l. ex duobus 16 ff de duobus reis.* Sed tamen monet Paulus non ita eſſe vt collegæ Magiſtratus correorum iure cenſeri debeant: *Nam ſi vterque idoneus eſt*, inquit, *electio locum non habebit*, Supple quæ locum haberet ſi eſſent correi Nam in correis, ſine dubio locum habebat electio temporibus Pauli, habuitque ſemper vſque ad tempora Iuſtiniani, qui primus in *Nouell 99. De reis promitt.* dedit iis beneficium diuiſionis.

L. ex duobus 16 ff de duobus reis.

Tutorum ſeparata ratio eſt. Aliquando enim correis comparari poſſunt, quod attinet ad hanc electionem, aliquando non poſſunt: Si conſtet pro qua parte quiſque adminiſtrauerit, pro ea ſola parte conueniri debet, quandiu contutor ſoluendo eſt, qui pro alia parte adminiſtrauerit, ſi verò nullæ partes adminiſtrationis inueniantur, electioni locus eſt: *l. ſi plures 38. eo. tit.* iunct. *l. 1 §. nunc tractemus, ff de tutel & ration distr.* Itaque priore caſu non habentur contutores pro confideiuſſoribus: poſteriore verò, pro correis habentur niſi hactenus quod non electione vnius quomodo in correis euenit, ſed ſolutione demum ab vno ex tutoribus facta contutor alius liberatur. Quid ergo habent commune contutores cum collegis Magiſtratibus? Hoc vnum, quòd liberato vno alius non niſi improbè ac perperam conueniri poteſt pro parte illius qui liberatus fuit: Cæterum aliter in contutoribus, Aliter in Magiſtratibus collegis liberatio contingit. Facilius liberatur correus debendi, itémque Magiſtratus collega, cum alterius electione liberetur. Contutor difficiliùs, quia niſi per ſolutionem, aut naturalem, aut ciuilem & imaginariam, qualis acceptilatio eſt, liberari non poteſt.

Quod cùm ita ſit, non poſſum intelligere quid ſibi Paulus velit in iis verbis, quæ ſequuntur in *d. l. ſi pupillus. Is autem qui tempore liberatus eſt, non ei ſimilis eſt, qui nihil habet, ſed ei potius qui ſatisfecit Habet enim quod obiiciat petitori.* Quid enim hoc commune habet cum præcedentibus in quibus tractatur de contutore; quem non tempus, ſed pupillus ipſe liberauerit: Deinde quis neſcit tempus non eſſe modum inducendæ liberationis, cùm non ſit modus tollendæ obligationis: *l obligationum ferè 44 §. placet, ff. de oblig. & act.* Vtique enim ſemel nata obligatione, fieri nequit vt inducatur liberatio, quin tota obligatio tollatur, ſiquidem liberatio nihil aliud eſt quàm obligationis peremptio & extinctio. Poſtremò ſi verum eſt, vt eſt. actiones de quibus eo loco tractat Paulus, id eſt quæ & pupillis dantur aduerſus tutores, & Reipublicæ contra ſuos Magiſtratus, ciuiles eſſe (illa enim eſt ex lege 12. tab. hæc verò ex ſenatuſconſulto, de quo in *l. 2. ff de magiſtr. conuen.*) & conſequenter perpetuas; præſertim quòd rei quoque perſecutionem contineant, cuiuſmodi quæ ſunt, etiamſi honorariæ ſint & ex Prætoris iuriſdictione deſcendentes, perpetuæ tamen ſunt: *l. in honorariis 35. ff. de oblig. & act* quomodo fieri obſecro poteſt vt tutor, aut magiſtratus tempore liberetur? Primus ſiquidem Anaſtaſius fuit qui induxit, vt actiones triginta annorum preſcriptione tollantur, in *l. ſicut 3 Cod. de Preſc. 30. vel 40. annor.* Sed & cùm quis expreſſim conuenit, vt non niſi ad certum vſque tempus teneatur, quo caſu poſt elapſum tempus adiuuatur exceptione pacti ad ſubmouendam actionem, *d. §. placet*, licet nulla talis pactio poſſit incidere in actionem tutelæ, aut eam quæ contra magiſtratum datur, quia priuatorum pactionibus iuri publico derogari non poteſt. Non ideo tamen poteſt dici tempore liberatus is, qui non niſi pacti exceptione tutus eſt. Qui enim liberatus eſt, is conueniri poſtea nequit, *l. minor. 32 ff de min.* qui verò exceptionem duntaxat habet, non ſolum conueniri adhuc poteſt, ſed etiam debet, vt exceptioni locus eſſe poſſit; Ob idque nec niſi valde impropriè comparari poteſt ei qui ſatisfecit, quandoquidem is qui ſatisfecit, ipſo iure liberatus eſt, quocumque tandem modo ſatisfecerit, quia ſatisfactio pro ſolutione eſt: *l. ſatisfactio 52. ff de ſolut l. ſi rem 9 §. omnis ff de pignor. act* Me iſta omnia cogunt fateri corruptum eſſe hunc Pauli locum, & ita reſtituendum, vt legamus, *Is autem qui eo tempore liberatus eſt*, Eo, inquam, tempore, id eſt poſt pubertatem. Nam & de illo nominatim loquitur Paulus *in principio legis*, qui liberatus fuit à pupillo poſt pubertatem: Nempe quoniam liberatio tutori à pupillo facta ante pubertatem non valeret, quandoquidem neceſſe eſſet factam eam eſſe vel ſine tutoris autoritate, vel eo ipſo tutore autore, qui fuiſſet liberatus: Vtrouis modo, nullius momenti eſſet liberatio; quia neque pupillus ſine tutoris autoritate agere quicquam poteſt, neque tutor autoritatem in rem ſuam pupillo præſtare: *l. 1. l. 2. l. pupillus 5. l. obligare 9 ff. de autor. tutor.* Niſi poneres fortaſſe præſtitam autoritatem non ab altero tutore ad contutorem liberandum. Sed de hoc caſu Paulum intelligi non poſſe apparet ex eo, quod non improbè pupillus contutorem iſtum qui autoritatem præſtitiſſet, conueniret alterius quoque contutoris nomine, quem non tam pupillus quàm hic ipſe tutor autoritatem præſtando liberaſſe videretur: Neque rurſus huic caſui conuenirent verba illa Pauli, *poſt pubertatem.* Neceſſariò igitur debet intelligi de liberatione, quam pupillus ipſe fecerit poſt pubertatem, non accipiendo ſolutionem, ſed per acceptilationem.

Paulus emendatus.

Sed illa rurſus hîc occurrit hæſitatio, quod ſi dicamus intelligendum eſſe Paulum de eo qui ſit liberatus ipſo iure, quiſque ideo nullam habeat exceptionem, non videbuntur commodè explicari poſſe verba illa, *Habet enim quod obiiciat petitori.* Quid enim eſt quod actori poſſit reus obiicere præter exceptionem? Verùm facilis reſponſio eſt, non ita Paulum ſcribere vt dicat habere hunc tutorem, quod obiiciat petitori; Quo nomine ſignificat pupillum petentem extra iudicium, & agere inſtituentem, needum agentem: Agere namque ſine actione nemo poteſt, *l ſi pupilli 6 §. vlt. De negot. geſt.* neque rurſus quiſquam habere actionem contra eum, qui iam

ſit

ſit ipſo iure liberatus. At petere extra iudicium poteſt etiam is, cui nihil omnino debeatur, & cui tamen cùm agere volet, actionem denegaturus ſit Prætor. Habet igitur quod petenti pupillo obiiciat tutor qui ipſo iure liberatus eſt, cum poſſit ei obiicere ſe liberatum eſſe: nec quærendum eſt an exceptionem aliquam obiicere poſſit, cùm nequeat conueniri, neque actor vllus ſit, qui exceptione poſſit aut debeat ſummoueri.

In quo ſanè nos errauimus in *libris Coniect.* vbi hanc Pauli ſententiam ſub Papiniani nomine ſic accepimus, quaſi eſſet de tutore liberato tempore, & per exceptionem duntaxat, Secuti nimirum vulgatam lectionem, quæ nos in hunc vſque diem fefellit. Poteſt etiam meòque iudicio longè probabilior alia interpretatio adferri horum verborum, *eo tempore*, vt ſcilicet referantur ad proximius, id eſt ad tempus electionis factæ per pupillum agentem in ſolidum aduerſus contutorem minimè liberatum: Eodem ſenſu ac ſi ſcriptum eſſet apertiùs, *Is autem ex tutoribus qui liberatus inuenitur eo tempore quo pupillus eligit alium contutorem, non eſt ſimilis ei qui nihil habet, ſed ei potiùs qui ſatisfecit.* Sic enim loqui Paulum oportuit, quoniam cùm de diuiſionis beneficio ſiue inter fideiuſſores, ſiue inter Magiſtratus collegas inducendo loquimur, non aliud tempus inſpiciendum eſt, quàm quo agitur vt ſciatur an ſint idonei & ſoluendo; nec enim diuidi poteſt actio inter alios, quàm qui conteſtationis tempore ſoluendo reperiuntur, *l. inter eos 51. §. 1. ff. de fideiuſſ.*

Optima verò eſt Pauli ratiocinatio, qua probat contutorem, qui liberatus non fuit, in ſolidum cõueniri non poſſe; Nempe quia contutor, qui liberatus inuenitur eo tempore, quo actio in ſolidum inſtituitur aduerſus alium tutorem, non eſt æquiparandus ei qui nihil habet, quique non ſit idoneus, ſed ei potiùs qui ſatisfecit. Nã ſi eſſet æquiparandus ei qui nihil habet, non impediret facta ei liberatio, quominùs contutor ipſius in ſolidum conueniendus eſſet: Vt euenit quoties ex pluribus contutoribus alter reperitur non ſoluendo. At quoniam æquiparandus eſt ei qui ſatisfecit, cùm nihil amplius ab eo peti poſſit, non magis quàm ſi iam ſatisfeciſſet, prorſus conſequens eſt vt ea liberatio non debeat adimere contutori beneficium diuiſionis quod haberet, ſi in ſolidum conueniretur; & partim ex perſona contutoris, qui ſoluendo eſſet, tametſi nihildum ſoluiſſet: Prodeſſe enim potiùs quàm nocere debet, quod contutor liberatus fuerit, quia plus eſt haberi quem pro eo qui iam ſoluerit, quàm haberi pro idoneo: quod ipſum tamen ſufficeret ad exceptionem diuiſionis contutori accommodandam.

Atque ita Paulum & legendum & intelligendum eſſe arbitramur, Niſi quod ſuſpicamur, nec fortaſſis temerè aliud ſubeſſe mendum in illis verbis, *Idémque dicemus in duob. Magiſtratibus collegis, quorum alterum Reſpublica conuenit*, & pro, *Reſpublica*, legendum potiùs eſſe *pupillus*, aut ſi durius non videatur, *expupillus*, quo nomine ſignificatur pupillus qui factus ſit pubes. Eſt enim ſanè conuenientius tractare Paulum de Magiſtratibus collegis, qui tutorem pupillo dederint, ac proinde qui pupillo non Reipublicæ fuerint obligati, & conſequenter quorum alterum pupillus conuenerit, non Reſpublica; vt & in *l. in magiſtratus 7. ff. de magiſtr. conuen. l. 4. C. eod.* Alioqui dicendum eſſet mutari omnino ſpeciem à Paulo, nec quicquam ſimile habere ſecundam ſpeciem cum prima, ſi prima ſit de pupillo, ſecunda de Republica; prima de contutoribus, ſecunda de Magiſtratibus collegis: prima de vno ex contutoribus liberato, expreſſa pupilli conuentione; ſecunda de Magiſtratu in ſolidum cõuento Sunt enim iſta prorſus contraria, Conueniri quem, & liberari. Nec enim ob id ſolùm quis vnquam liberatur, quòd cõuenitur, cùm idcirco conueniatur vt tantò citiùs condemnetur.

Aliud mendum apud Paulum.

Diximus quidem in præcedentibus, quod & verum eſt; Conuento per Rempublicam vno ex Magiſtratibus, alium liberari; Sed nihil ex eo apud Paulum inferre potes, niſi addas alium collegam poſtmodum in ſolidum conueniri: Atque ita ponendum erit vtrumque Magiſtratum in ſolidum fuiſſe conuentum: quod tamen Paulus non ponit, ſed alterum duntaxat, illis verbis, *quorum alterum Reſpublica conuenit*. At benè quadrabit ſimilitudo, optiméque conuenient omnia ſi ponas Paulum in poſteriore quoque ſpecie perſonam pupilli retinere, ac de eo pupillo tractare, qui vno ex Magiſtratibus collegis liberato, alterum poſtea voluerit in ſolidum conuenire. Hîc enim eadem ratio locum habet, quæ in prima ſpecie de contutoribus, quod improbè faciat pupillus qui magiſtratum alterum velit interpellare in ſolidum, hoc eſt etiam pro portione illius, quem idem ipſe pupillus iam liberauerit poſt pubertatem. Ita etiam fiet, vt quod poſt vtramque ſpeciem propoſitam ſubiungit Paulus, *is autem qui eo tempore liberatus eſt*, non minùs poſteriori ſpeciei conueniat, quàm priori, nec minùs aptari poſſit ei ex Magiſtratibus collegis, quàm ei ex contutoribus, qui electionis & inſtitutæ actionis tempore liberatus inuenitur. Et verò nemo eſt qui non videat iis verbis, *is autem*, eum ſignificari de quo proximiùs actum fuerat, potiùs quàm eum ſolum, de quo remotiùs; ergo Magiſtratum collegam potiùs quàm contutorem, ſi de alterutro tantum Paulus ſenſit, etſi melius eſt vt ad vtrumque is verſiculus pertineat, cùm ratio iuris non reſtagetur.

Porro ſi tam de Magiſtratu collega, quàm de contutore Paulum ſenſiſſe admittimus, quod omnimodo admittendum eſt, eodem quoque ſenſu intelligere debemus vtrumque liberatum fuiſſe; Ergo à pupillo non à Republica, & per acceptilationem non per actionem in ſolidum aduerſus alterum inſtitutam: Nam nec facile aliquem Reſp. liberare poteſt, cùm omnes municipes vni conſentire non poſſint: *l. 1. §. vlt. De acq. poſſ.* nec rurſus dolo quicquam facere, *l. ſed & ex dolo 15. §. 1. ff. de dolo.* Et tamen de doli exceptione Paulus ſentit, cùm ait improbè vnum conueniri ex perſona alterius qui fuerit liberatus. Facilè autem potuit naſci error ex litera *p* inuerſa, & mutata in *b* cùm tribus literis addito puncto ſcriptum eſſet *pup.* pro *pupillus* Niſi putes expeditius, quod & probabilius certè eſt, vt legamus *pubes*, qua dictione ſignificatur is qui pupillus & fuit & eſſe deſiit. Eſtque hic error minùs intolerabilis, quàm qui irrepſit in *l. vlt. ff. de in integr. reſtit.* vbi pro *rempublicam*, legendum eſſe *rem iudicatam*, & Antonius Goueanus primus obſeruauit, & Cuiacius laudauit, & iam docti omnes conſentiunt. Quo exemplo auſim dicere erratũ etiam eſſe in *§. vlt. l. 1. ff. de magiſtr. conuen.* &

l. vlt. ff. de in integr. reſtit.

ibi pro *rempublicam*, legendum eſſe *rem pupilli*, vt in ſequentibus comprobabimus, *illat.* 45.

Erit verò ſecundum hanc noſtram emendationem, eadem ſententia Pauli in *d. l. ſi pupillus*, quæ Celſi in *d. l. magiſtratus 7. ff. de magiſtr. conuen & d. l. 3. C. eod.* Vt nimirum quoties pupillo danda eſt actio in Magiſtratus qui tutores dederunt, non ſit optio eius qui pupillus fuit cum quo potiſſimùm agat, ſed pro virili duntaxat cuiuſque portione in ſingulos actio danda ſit, ſi tantùm culpa, non etiam dolo malo ipſorum id factum ſit: & illud præterea concurrat vt eo tempore quo agitur, omnes idonei reperiantur. Hoc enim addendum eſt ad plenam interpetationem *d. l. magiſtratus*, ex Paulo *in d. l. ſi pupillus*. Sicut è conuerſo, quod Paulus eo loco ſcribit, non eſſe pupilli electionem vtrum ex Magiſtratibus conuenire velit ſi omnes ſint idonei, diſtinctionem & exceptionem recipit ex Celſo in *d. l. magiſtratus*, Niſi dolo malo magiſtratuum factum ſit, vt minùs idoneè pupillo cautum eſſet. Æquitatem enim diuiſionis, quæ magiſtratibus exemplo tutorum & fideiuſſorum accommodatur, odium doli excludit: *arg. l. ſi plures 38. eod. l. penult. in fin. ff. ad SC. Trebell.*

Itaque ſicuti contutores aliquando ſunt correi debendi, aliquando non ſunt; ita & magiſtratus, ſed alio atque alio ſenſu, & aliis caſibus. Contutores correi debendi ſunt duobus caſibus. Vnus eſt, ſi omnes adminiſtrauerint, nec tamen adminiſtrationis partes vllæ reperiantur propter connexam omnium adminiſtrationem, *d. l. ſi plures*. Alius eſt, ſi doli mali nomine conueniantur. At magiſtratus numquam correorum iure cenſentur, niſi vno illo caſu, quo pupilli vtilitatem offenderint dolo malo. Quod cùm dico, de Magiſtratibus idoneis intelligo, ſicut & de idoneis tutoribus. Etenim quo caſu alter ex tutoribus, aut Magiſtratibus idoneus non eſt, perinde conuenitur in ſolidum alius qui idoneus eſt, ac ſi eſſet correus debendi, quamuis ea res non faciat ipſum correum: Nam omnes quidem illi qui correi ſunt debendi conueniri in ſolidum poſſunt, ſed non omnes qui in ſolidum poſſunt, correi ſunt debendi. Alioqui etiam confideiuſſores omnes correi eſſent eo caſu, quo alter ipſorum idoneus non eſſet, quod falſum eſt.

l. ſi plures 38. ff de adm. tut.

Igitur quod Paulus ſcribit in *d. l. ſi pupillus*, *Idèmque dicemus in duobus Magiſtratibus collegis, quorum alterum pubes conuenit*, ita erit accipiendù ac ſi addidiſſet, quod plenioris explicationis gratia neceſſariò ſupplendum eſt, *poſtquàm alterum Magiſtratum pubes iam factus liberauit*, vt poſterior hæc ſpecies aptetur priori. Et verbum *conuenit*, in præſenti tempore ſumendum eſt, non in præterito; vt & in illis ſequentibus, *is autem qui eo tempore liberatus eſt*, verbum *eſt*, non in præteriti temporis ſenſu accipi debet, pro *fuit*, ſed in præſenti pro *inuenitur*: quæ obſeruatio ſola poteſt ſufficere, vt appareat non modò probabilem, ſed etiam neceſſariam eſſe noſtram & interpretationem & emendationem.

Nam quod Paulus interſerit, *ſed hæc in Magiſtratibus tractaui, quaſi duo rei euſdem debiti eſſent omnimodo, quod non ita eſt; Nam ſi vterque idoneus eſt, electio locum non habet.* optimè quadrat præcedentibus, eo quo diximus modo intellectis. Hoc videlicet ſenſu, quaſi Paulus diceret non videri bonam quæ ab eo facta eſt tutorum & magiſtratuum comparationem: non enim quemadmodum contutores correi debendi ſunt ob communem adminiſtrationem, ſi adminiſtrationis partes non inueniantur; Ita & Magiſtratus collegæ ſimiliter correi debendi dici poſſunt, ſi nihil dolo ipſorum malo factum probetur. Et tamen videbatur Paulus præſuppoſuiſſe quod ſint illi correi debendi, quoniam iis qui non ſunt correi debendi, quique partes tantùm debent, fruſtra eſt quærere, An poſſit vnus ex alterius perſona & pro alterius parte conueniri, nec quicquam intereſſe videtur eius qui conuenitur, an collega liberatus ſit, néene cùm ab initio partes debiti habuerint ſeparatas.

Toties ergo locum habere poterit hæc contutorum & magiſtratuum comparatio, quoties Magiſtratus collegæ cenſeri potuerunt iure correorum debendi: quod eueniet ſi vel alteruter non ſit idoneus, vel vterque ſit in dolo. Quibus duob. caſibus diximus electionem eſſe pupilli, quem ex ipſis in ſolidum conuenire velit. Nam & quod in contutoribus Paulus ſcribit, non indiſtinctè verum eſt, quaſi ſint etiam illi correi debendi omnimodo & indiſtinctè; ſed reſtringendum eſt ad eos caſus, quibus *ſuprà* diximus ita ius eſſe, vt pupillus habeat optionem contra quem ex tutoribus agere malit: Id eſt, ſi omnes ſimul adminiſtrauerint, ita vt adminiſtrationis partes non reperiantur, vel omnes in dolo ſint, vel alter eorum ſit non idoneus. Nam extra hos caſus, cùm habeant contutores quoque beneficium diuiſionis, *l. 1. §. nunc tractemus ff. de tut. & rat. diſtr.* nihil prorſus intereſt contutoris an contutor ſit liberatus néene, quia etiamſi liberatus non eſſet, non eo magis contutor ex ipſius perſona & pro ipſius parte conueniri poſſet.

l. 1. §. nunc tractemus de tut. & rat. diſtr.

ILLATIO XII.

De magiſtratibus conueniendis, quorum dolo vel culpa minus idoneè cautum eſt pupillo.

VNdecimò ex eodem Principio fit, conſequenter proximæ illationi, vt ſi vel dolo vel culpa Magiſtratuum (quando iam de Magiſtratibus conueniendis dicere cœpimus) non ſit idoneè cautum pupillo, quia vel nulli prorſus, vel minùs idonei fideiuſſores accepti ſint, qui cauerint Rem pupilli ſaluam fore, ſubſidiaria in ipſos Magiſtratus actio comparata ſit eiuſdem effectus & poteſtatis, cuius illa ipſa eſt quæ datur in tutores: *l. 1. & vlt. & paſſ. ff. de magiſtr. conuen.* Ne ſcilicet alioqui moretur in damno pupillus, cui proſpicere Magiſtratus debuit, cùm ipſe ſibi proſpicere per ætatem non poſſet, Quare nec recta datur hæc actio pupillo contra Magiſtratum, ſed in ſubſidium duntaxat, *d. l. 1. in princ.* id eſt ita demum ſi alia actio nulla ſit, per quam pupillus indemnitatem conſequi ſuam poſſit. Quamdiu enim vel vnus ex tutoribus aut ex eorum fideiuſſoribus idoneus eſt, ad Magiſtratus qui eos dederunt veniri non poteſt: *l. 1. §. vſque adeo ff. de tutel. & rat. diſtr.* vbi tamen Vlpianus monet hoc ita accipiendum eſſe, ſi non contutor ob hoc conueniatur, quod ſuſpectum contutorem facere, vel ſatis ab eo exigere noluit, quia prior culpa eſt Magiſtratuum qui tutores dando

Digitized by Google

dando non entauerunt idoneè caoeri pupillo, quàm cnntiorum quibus nnlla poſt ſuſceptam tutelam huius rei ſaragendæ cura incumberer, ſi Magiſtratns officio ſuo bene functi fuiſſent. Idque nos ſuo loco *ſuprà* explicauimus. Cætera quæ pertinent ad illum tit. *De magiſtr. conuen.* in illationem 45. & ſequentes differemus.

ILLATIO XII.

De adulto qui debitorem ſuum procuratorem fecit, an idcirco curatorem ſuum liberauerit.

DVodecimò ex eodem Principio fit, quod ſcriptum eſt in *l. Lucius 46. in pr. ff. de adm. & peric. tut.* Lucius Tirius corator Seij, tempore curæ fundum Cornelianum locauerat Sempronio, qui Sempronius reliqua rtaxerat, id eſt ex cauſa conductionis debitor manſerat, neque ſoluerat. Pupillus ætate ptobata, id eſt cùm ſe aut ex aſpectu, aut qua alia ratione probaſſet maiorem annis vigintiquinque, vt appareret eum nullo amplius curatore indigere ad ptocuratorem conſtituendum; *l. neque tutores 11. C. de procurat.* eundem quondam colonum ſuum Sempronium fecerat procuratorem, Quærebatur, an ex eo, quod Sempronius vt ptocurator egetat, omne debitum adoleſcens agnouiſſe videretur, eóque nomine curatorem ſuum liberaſſe, quem alioquin habebat obligatum actione curæ, vt id præſtaret, quod à Semptonio exigere adoleſcens non poſſet, ſi fortè is idoneus non eſſet, Quomodo ponendum eſt idoneum non eſſe, vt quæſtioni locus eſſe poſſit. Paolus reſpondit, Non ex eo quod adultus eum, qui prædia eius coluit, procuratorem habere voluit, debitum quod procurator ex conductione reliquatus eſt agnouiſſe eum videri. Nempe quia maneret in damno, ſi quod ſibi deberetur conſequi non poſſet, neque à Sempronio qui non eſſet, ſoluendo, neque à curatore quem Sempronij nomen agnoſcendo liberaſſet. Numquam autem ea ſiue facti, ſiue ioris interpretatio capienda eſt, per quam fiat vt pupillus vel adultus in damno moretur, quoties iutetpretatio vtilior, & benignior capi poteſt. In propoſito autem etſi adultus conſtituendo procuratorem hunc ipſum quem curator elegerat in colonum, ipſius fidem ſecutus eſſe videbatur, eúmque pro idoneo agnouiſſe (quotuſquiſque enim eſt qui rerum ſuarum procurationem velit ei credere, quem minùs idoneum eſſe putet?) quæ apud Paulum dubitandi ratio erat, Quid tamen commune habet procutatio cum conductione? quid, quod debetur iam ex cauſa conductionis initæ cum locatore, cum eo quod ex cauſa procurationis debebitur? Quinimò fieri facilè poteſt vt adultus procuratorem hunc conſtituerit tanquam idoneum, quòd ſciret habere ſe curatorem obligatum de omni eo, quod conductionis titulo debebatur, qui ſi Sempronium ipſum eo quoque nomine conuenite voluiſſet, minùs idoneũ fortaſſe fuerat exiſtimaturus. Facilius enim eſt vt quis vni debito diſſoluendo idoneus ſit, quàm vt duobus.

Ratio dubitandi apud Paulum.

ILLATIO XIII.

De pluribus curatoribus quibus indiuiduum curæ officium Magiſtratus iniunxerant.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit, quod idem Paulus tractat in *d. l. Lucius 46. §. 1.* *d. l. Lucius 46. §. 1.* Sempronius ex pollicitatione debitor patriæ ſuæ extiterat (poteſt enim quis etiam ex nuda pollicitatione vtiliter obligari, dum Reipublicæ facta ſit pollicitatio, *l. 1. & tot. tit. De pollicit.*) Ei filius hæres extiterat, ſed tamen abſtinuerat bonis eius ex beneficio edicti, de quo in *l. impuberibus 12. & ſeq. l. neceſſariis 57. ff. de acqu. hær.* ideóque Reſpublica iuſſu Præſidis bona poſſederat tanquam creditrix; ex illa parte edicti, *Quib. ex cauſ. in poſſ. eat. & de reb. aut. iud. poſſid.* Eorum bonorum tres curatores conſtituerunt Magiſtratus Reipublicæ, qui curatores apud Græcos δημιολογίσται vocantur, Iſti poſtea inter ſe ſine conſenſu Reipublicæ & Magiſtratuum adminiſtrationem bonorum Sempronij diuiſerunt, Ex quibus quidam cùm reliqua traherent; idonei in ipſo tempore adminiſtrationis eſſe deſierunt: Poſtea pupillus hæres Sempronij, quem abſtentum poſuimus, impetrauerat à Principe vt bona paterna ei reſtituerentur; Nec enim iure ordinario potuiſſet id à Prætore impetrare per in integrum reſtitutionem, rebus ampliùs non integris, & iure iam Reipublicæ quæſito, *l. quòd ſi minor 24. §. Scæuola, ff. de minor. l. vlt. C. de repud. vel abſtin. hæred.* Quærebatur à Paulo, An ex bonis eorum qui idonei eſſent, idemnitati pupilli conſuli oporteret, cùm illis indiuiduum curæ officium à Magiſtratibus iniunctum eſſet? Reſpondit, ſi pupillo in curatores bonorum actiones decerni placuerit Principi (alioqui enim ſi non id ſpecialiter impetratum ſit, conceſſum non videtur, quandoquidem pro Republica, non pro pupillo conſtituti erant curatores à Magiſtratibus, & vt Reipublicæ, non vt pupillo rationes redderent; neque reſtitutioni integrum ſimile eſt hoc beneficium Principis, ad omnia in ſtatum priſtinum reponenda) pro eius tamen portione qui idoneus non eſſet, non alios concuratores qui eſſent idonei conueniendos eſſe, ſed Magiſtratus ipſos qui conſtituerunt. Cur verò ipſos magiſtratus? Nec enim videtur quicquam iis poſſe imputari, cùm indiuiduum curæ officium curatoribus omnibus iniunxiſſent? Nimitũ ſolo fauore pupilli, ne quid ei abſit ex bonis patris, quæ ſibi reſtitui impetrauit ab Imperatore. Nam extra hunc caſum nec Magiſtratus ipſos teneri cõſtat apertiſſimè, ex *l. cùm alieni 26. ff. de neg. geſt.* in cuius non diſſimili ſpecie reſpondet Modeſtinus, Quod ab vno ex curatoribus & actoribus ob ea quæ ſolus geſſit, negotiorum geſtorũ actione ſeruari non poteſt, ad damnũ eius cui legitima hæreditas quæſita erat, pertinere.

Quamquàm vt liberè dicam quod ſentio, non poſſum videre quis hac in re fauor pupilli eſſe debeat redeuntis ad bona paterna non iure cõmuni, non beneficio edicti prætorij, nõ auxilio reſtitutionis in integrũ, ſed ex priuilegio, & ſpeciali conceſſione Imperatoris; à quo tamẽ nihil impetratũ ſit, quod ad hoc vt eius nomine qui idoneus non ſit alius quiſquam conueniatur. Nam ſi ſpeciali conceſſione opus fuit, vt aliquã aduerſus curatores actionẽ pupillus habere poſſet, quẽ diximus ſenſũ eſſe illorũ verborũ, *ſi pupillo in curatores*

bonorum actiones decerni placuerit; quantò magis opus fuit,vt ex perſona vnius non idonei cæteri euratores idonei conuenirentur? Quanto etiam magis vt Magiſtratus ipſi qui eos dediſſent, pro non idoneis teuerentur? Nam etſi pupillo huic ſuptà modum ac præter id quod bonum & æquum eſt fauete vellemus, æquius tamen eſſet actionem ei dati pto non idoneo in idoneos cōcuratores, quibus imputari poteſt cur indiuiduū curæ officium ſibi à Magiſtratibus demandatum vltrò inter ſe diuiſerint,ſine Reipublicæ voluntate, & Magiſtratuum autoritate, quam contra Magiſtratus ipſos,quibus planè nihil poteſt imputari, cùm non diuiſerint ipſi adminiſtrationem inter contutores,ſed è contrario indiuiduū curæ officium ipſis iniunxerint.

Accedit quod eo tempore,quo curatores conſtituti ſunt à Magiſtratibus, neque cogitabant Magiſtratus,neque cogitare poterant de pupillo, qui tùm abſtentus proponebatur,quémque non poterant diuinare impetratutum aliquando à Principe,vt bona ſibi paterna reſtituerentur. Cur ergo iis nocere debeat fauor pupilli,cum quo neque contraxerunt,neque quaſi contraxerunt,*arg. l. 3. ff. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* Nam & perpetuum illud eſt, vt numquam pupillus extra ordinem iuuandus ſit, ſi nouum beneficium cum alterius iniuria poſtuletur: *l. ſed cùm ab herede 12. ff. ad SC. Trebell.* Denique ſi Senatuſconſulto fuit opus vt ex perſona tutoris non idonei Magiſtratus qui tutorem dediſſet pupillo, in ſubſidium teneretur, *l. 2. ff. de magiſtr. conuen.* quonam obſecro iure, aut iuris colore induci poteſt,vt dicamus in ea ſpecie quam Paulus tractat, obligatos eſſe Magiſtratus non in ſubſidium, ſed ptincipaliter & primo loco? Nullum ſiquidem de ea re factum eſt Senatuſconſultum,nihil ab Imperatore decretum, nihil à Prudentibus per interpretationem aut extenſionem Senatuſconſulti conſtitutum.

Quinimò ipſa ratio quam Paulus ſubiicit pro Magiſtratibus non minùs,quàm pro concuratoribus facit,cùm ait, *Alia enim cauſa eſt tutorum; Alia eorum qui Republica negotia adminiſtrant.* Quid enim hoc aliud eſt quàm dicere, Non quemadmodum datis pluribus tutoribus,ſi quidam ex eis non idonei ſint tempore finitæ tutelæ, cæteri qui idonei ſunt conueniuntur, adeóque Magiſtratus ipſi in ſubſidium, qui eos dederunt; Ita & pluribus conſtitutis curatoribus Reipublicæ, quorum aliqui facti ſint non ſoluendo,onerandos eſſe concuratores, aut Magiſtratus qui eos conſtituerunt. Nullam enim hac de re legem,nullam conſtitutionem,nullum Senatuſconſultum extare. Atque durior eſſet conditio Magiſtratuum, qoi curatores Reipublicæ nomine conſtituiſſent,quàm eorum qui pupillo tutores dediſſent,ſi in Pauli ſpecie actio aliqua contra Magiſtratus danda eſſet. Daretur enim directò & ſine exceptione contra Magiſtratus, qui curatores Reipublicæ nomine conſtituiſſent, quæ tamen non daretur contra Magiſtratus, qui tutores dediſſent,niſi in ſubſidium; & ita demum ſi nemo ex tutoribus, aut eorum fideiuſſoribus ſoluendo eſſet.

Non igitur ea Pauli ſententia eſſe poteſt,vt in propoſita ſpecie danda ſit actio pupillo contra Magiſtratus, qui curatores conſtituerant Reipublicæ nomine: Niſi fortè quis putet, Paulum, cùm ſcribit aliam rationem eſſe tutorum, aliam curatorum qui Reipublicæ negotia adminiſtrant, hoc ipſum velle, Duriorem eſſe cauſam Magiſtratuum qui curatores Reipublicæ nomine conſtituerunt, quam eorum qui pupillo tutores dederunt. Sed præter id quod non eſt hoc probabile, cùm fauor pupilli extorſerit Senatuſconſultum illud contra Magiſtratus factum qui tutores dederint, nullum autem tale Senatuſconſultum ſit contra Magiſtratus qui curatores ad Reipublicæ negotia adminiſtranda conſtituerunt: Illud etiam apertum eſt, ſi ita Paulus ſenſiſſet, aliter eum debuiſſe ſententiam ſuam exprimere: Ita nimirum vt diceret, Aliam cauſam eſſe Magiſtratuum, qui tutores pupillo dederunt, Aliam Magiſtratuum qui curatores Reipublicæ nomine conſtituerunt. At non ſic loquitur Paulus,imò nec vllum de Magiſtratibus verbum facit, ſed tantùm aut aliam eſſe rationem tutorum, aliam eorum, qui Reipublicæ negotia adminiſtrant. Hoc vnum igitur proculdubio ſenſit, Non præſtare mutuum periculum curatores iſtos, vt qui ſunt idonei condemnandi ſint ex perſona eius qui ſoluendo non eſt, quomodo in tutoribus contingeret.

Quod ſi ita eſt,illud ſanè fateri nos oportet, mendoſum eſſe hoc Pauli reſponſum, & addita negatione ſic emendandum,vt legamus, *nec Magiſtratus conueniri oportere.* *Emendatus Paulus in d. l. Lucius 46. §. 1.*

Dices, etiam ſecundum hanc emendationem futurum vt idem abſurdum ſequatur, quod ſequeretur retenta vulgari lectione, Nempe vt Paulus ad propoſitam quæſtionem non reſpondeat accommodatè. Non enim conſultus erat de Magiſtratibus quos vtique certum erat non teneri, cùm neque dolo malo,neque culpa quicquam feciſſent, ſed iodiuiduum curæ officium curatoribus omnibus iniunxiſſent,nec diuiſioni inter eos poſtea ſecutæ autoritatem præſtitiſſent; At de concuratoribus, an ex perſona eius qui non idoneus erat,conueniri poſſet. De concuratoribus ergo reſpondere deboerat,non de Magiſtratibus: Et hoc fortaſſe eſt quod imperitum aliquem ſiue liberarium ſiue interpretem fefellit, vt hanc negationem ſuſtulerit. Præſertim quòd putaret non eſſe perfectam orationem præcedentem, ſi per coniunctionem iſtam negatiuam, *nec*, interrumperetur.

Ego verò reſpondeo inconcinnam ſanè fore reſponſionem,& extra propoſitum ſi affirmatiuè legatur,ſed non æquè ſi negatiuè. Nam cùm Paulus ita ſcribit, *nec Magiſtratus conueniri oportere*, perinde ac ſi plutibus verbis ſeriberet,non ſolum curatores non teneri ex perſona eius qui non eſt idoneus,ſed neque Magiſtratus;ac proinde quāuis de Magiſtratibus nihil petitum fuiſſet, hoc ipſo tamen quod de Magiſtratibus reſpondet Paulus per dictionem *nec*,quæ hîc eſt implicatiua,reſpondet etiam ad propoſitam quæſtionem; Idque ſubtiliter & eleganter, ne quis ſcrupulus ſupereſſet. Si enim nihil aliud Paulus reſpondiſſet niſi ad id quod petebatur de curatoribus, Conueniri ſcilicet eos non poſſe ex perſona minus idonei concuratoris; illa ſuperfuiſſet adhuc dubitatio, An igitur Magiſtratus ipſos, qui curatores dediſſent eo nomine conueniri oporteret. Nam & in Magiſtratibus qui tutores dederunt ſic plerunque euenit,vt ex perſona vnius ex tutoribus qui ſoluendo non ſit,teneantur ante cæteros contutores idoneos; Nimirum ſi pupillus nullam aliam cauſam habeat conueniendi cæteros contutores idoneos, quàm quòd ſuſpectum facere contutorem, aut ſatis ab eo exigere noluerint: *d. l. 1. §. vſque adeò, ff. de tut. & rat. diſtr.*

Ex.

Digitized by Google

Ex eóque tanto magis apparet, non poſſe enim vulgata lectione conſentire rationem illam Pauli, *Aliam eſſe rationem tutorum, Aliam eorum qui Reipublicæ negotia adminiſtrant*, nec ſi tam impropriè accipiatur, ac ſi Paulus ſcripſiſſet aliam eſſe rationem Magiſtratuum, qui tutores dederint, aliam eorum qui Reipublicæ nomine conſtituerint curatores. Nam de Magiſtratibus qui tutores dederunt illud ipſum plerumque dici poteſt, quod vulgata lectio dixit de Magiſtratibus qui ad negotia Reipublicæ adminiſtranda curatores conſtituerunt, conueniri eos oportere pro parte illius qui idoneus non ſit, etiamſi alij contutores idonei proponantur. Vt ergo accommodata ſit ratio ad id quod reſponſum eſt, ſic Paulum ſcripſiſſe neceſſe eſt, vt nec Magiſtratus ipſos conueniri oporteat, ac proinde nec contutores. Tunc enim optimè conueniet ratio illa quæ ſequitur, quòd alia ſit ratio tutorum, alia curatorum Reipublicæ, ſiue de tutoribus & curatoribus ipſis vt par eſt intelligatur, ſiue de Magiſtratibus qui tutores, aut curatores dederunt; quia quotieſcunque tutores dati ſunt, ex quibus aliquis tempore tutelæ finitæ non idoneus reperiatur, nullus omnino caſus eſt in quo verum ſit, neque contutores, neque magiſtratus conueniri oportere, cùm pupillus omnimodo indemnis præſtandus ſit, vel à contutoribus, vel à Magiſtratib.

Et verò quid attinebit eam conditionem adſcribi à Paulo, *ſi pupillo in curatores bonorum actiones decerni placuerit*, vt inferretur Magiſtratus conueniri oportere? Quomodo enim hoc ex illo ſequitur? Quin potius è contrario inferendum erat, Magiſtratibus conueniri non oportere, quippe in quos nullam actionem pupillo Imperator dediſſet, quam tamen non minùs neceſſe erat dari quàm in curatores bonorum, vt pupillus contra eos agere poſſet. Nam quemadmodum curatores ideò non tenerentur pupillo, ſi nihil de actione in eos danda Imperator decreuiſſet, quia non tanquam pupilli, ſed tanquam Reipublicæ negotia adminiſtraſſent, ita neque poſſunt pupillo teneri Magiſtratus qui curatores iſtos conſtituerunt, non vt pupilli, ſed vt Reipublicæ bona adminiſtrarent. Et quamuis aliqua eorum culpa interueniſſet, non alij tamen quàm Reipublicæ actio in eos competere poſſet, quàm proinde ab ipſa Republica pupillo cedi oporteret, vt ea experiri pupillus poſſet. Quod ſi nec in curatores ipſos qui adminiſtrarunt vllam actionem pupillus habere poſſet, ſi neque facta ei ceſſio à Republica, neque de ea re quicquam ab Imperatore decretum eſſet, quis ferat agere illud contra Magiſtratus ipſos citra ceſſionem, & citra decretum? Difficilius enim eſſe, vt contra Magiſtratus ipſos agat pupillus, quàm contra curatores ipſos ex eo intelligamus, quòd ſi pupillo ipſi tutores dati eſſent, aut curatores cōſtituti ad bona pupilli adminiſtranda, haberet pupillus directam in eos actionem ſine decreto vllo Imperatoris, & ſine vlla ceſſione: quis enim alius haberet, vt poſſet cedere? at in Magiſtratus ipſos non haberet, niſi ſpecialiter data ei eſſet per Senatuſconſultum, de quo in *d.l. 2. ff. de magiſt. conuen.* Multò minùs ergo in propoſita ſpecie danda eſt actio pupillo contra Magiſtratus, qui ne quidem contra curatores ipſos vllam haberet, ſi non ei daretur ex decreto Imperatoris. *d.l. 2. ff. de magiſt. conu.*

Porrò decretum quod actionem iſtam extraordinariam inuita iuris ratione contra curatores ei dedit, nemo dixerit ita poſſe, aut debere accipi, vt det etiam actionem contra Magiſtratus, de quib. nihil in decreto expreſſum fuit, & contra quos vt actio aliqua dari deberet longè minor ratio ſuadebat: Nam curatorum, qui adminiſtrationis ſuæ rationem vtique alicui reddere deberent, parum intereſſe videbatur, an Reipublicę, an pupillo redderent, dum ne quid ex perſona non idonei cōcuratoris prę ſtarent, ideóq; nulla iis fit iniuria ſi pupillo aliqua in eis actio decernatur. At Magiſtratuū valde intereſt, nec ſine magna ipſorum iniuria fieri poteſt, vt pupillo teneantur, id eſt, ne Reipublicæ quidē, *d.l. cùm alieni 26. ff. de neg. geſt.* in cuius ſpecie ſi Magiſtratus qui curatores conſtituerunt Reipublicæ tenerentur, ſanè periculū inopis defuncti ad legitimū hæredem non pertineret, cuius indemnitati conſultum eſſe poſſet per actionis ceſſionem ei faciendam à Republica in ipſos Magiſtratus. Quidni enim hactenus obligata eſſet Reſpublica, vt actionem illam quam in Magiſtratus haberet, legitimo hæredi præſtaret, ad quem tota hæreditas pertineret? *arg. l. in creditore 38. ff. de euict.*

Et verò non quemadmodum in tutoribus dandis Magiſtratuum officio incumbit, vt non ſolùm idoneos tutores dent, ſed etiam ab iis ſatis exigant, vt pupillo cautum ſit ſi fortè poſtea contingat tutores labi facultatibus, *l. 1. §. magiſtratus, ff. de magiſt. conu. d.l. 3. C. eo. l. non eſt neceſſe 11. ff. de probat.* Ita & in curatoribus bonorum Reipublicæ conſtituendis. Sufficit enim ad excuſandos Magiſtratus, vt idoneos curatores dederint, licet ab iis ſatis non exegerint, vt apparet ex *d.l. cùm alieni.* Maximè verò ſi indiuiduum curæ officium curatoribus omnibus iniunxerint, vt in ea Pauli ſpecie quam tractamus, nec diuiſioni adminiſtrationis poſtea conſenſerint. Hoc enim requiritur tam apud Modeſtinum, quàm apud Paulum; Non quia teneri deberent ſi diuiſioni conſenſiſſent eo tempore quo eſſent adhuc omnes idonei curatores (quid enim referre poteſt, an coniunctim an diuiſim pluribus curatoribus adminiſtratio deferatur cum omnes idonei ſunt?) ſed quia ſi conſenſiſſent diuiſioni, eſſet inquirendum & diſtinguendum an eo tempore fuiſſent curatores omnes idonei néc ne; Cuius diſtinctionis inducendæ nulla neceſſitas ſubeſt cùm Magiſtratus, qui indiuiduum curæ officium curatoribus iniunxerunt, poſtea diuiſioni adminiſtrationis non conſenſerunt.

Nec eſt quod quis dicat Magiſtratuum officio magis incumbere, vt Rempublicam ſaluam eſſe proſpiciant, quàm vt rem pupilli, cùm à Republica creentur, & in id maximè vt Reipublicæ conſulant. Satis enim conſuluerunt cùm idoneos curatores elegerunt, quamuis ſine fideiuſſoribus, quandoquidem potuit Reſpublica & debuit eos conuenire per actorem ſuum, eo ſaltem tempore quo incipiebant labi facultatibus; quod in pupillo diuerſum eſt, qui neque per ſe, neque per aliquem ex tutoribus ſuis poteſt conuenire tutorem ante finitam tutelam, tametſi palam ſit fieri eum pauperiorem: Ob ídque bene prouiſum, & prouidendum fuit, vt non ſufficeret ad excuſandos Magiſtratus quod tutores idonei ab initio dati eſſent, ſi non fideiuſſores accepti fuiſſent; quod in creandis curatoribus bonorum Reipublicæ perinde obſeruandum eſſe, nullibi conſtitutum reperias. *Differentia pupilli & Reipublicæ.*

Sed etſi Magiſtratibus qui curatores iſtos idoneos ſine fideiuſſoribus conſtituerunt imputari poſſet, cur fideiuſſores ab iiſdem non accepiſſent, vt Reipublicæ magis cautum eſſet, non poſſis tamen ex eo inferre eandem actionem pupillo dandam eſſe in Magiſtratus. Poſſent enim illi ſemper excipere, non debere ſe præſtare rem pupilli ſaluam eſſe, ſed rempublicam: *l. 1. in princip. §. vlt. De magiſt. conuen.* rem verò quæ ſit pupilli, publicam dici non poſſe. Quamquam non indigent exceptione Magiſtratus qui iure ipſo non tenentur, Niſi fortè ponas ceſſam pupillo fuiſſe à Republica actionem. Illud enim ſaltem fatendum eſt, ceſſionem hoc caſu neceſſariam eſſe.

Semper igitur tuti ſunt contra pupillum Magiſtratus illi, qui curatores iſtos idoneos bonorum Reipublicæ conſtituerunt. Quamquam magis in ſpecie Modeſtini, quàm in ſpecie Pauli. Nam in ſpecie Modeſtini cùm ex poſtfacto appareat teſtamentum, ex quo fideicommiſſum ciuitati præſtitum fuerat, irritum fuiſſe: apparet quoque numquam Reipublicæ fuiſſe bona illa, licet adminiſtrata fuerint quaſi eſſent Reipublicæ: ſed ſemper legitimi hæredis, cui verum eſt delatam fuiſſe hæreditatem à lege 12. tab. ex inſtanti mortis teſtatoris. At in ſpecie Pauli verum ſemper eſt fuiſſe aliquãdo Reipublicæ bona, quibus adminiſtrandis curatores à Magiſtratibus conſtitui erant, quia extraordinarium beneficium Principis iubentis paterna bona reſtitui pupillo, qui ante abſtinuerat, non perinde retrotrahitur atque aditio legitimi hæredis, ad hoc vt in omne tempus præteritum bona huius pupilli ſemper fuiſſe retrofingantur; quia nihil abſurdi eſt ſi dicatur, bona ad eum aliquo tempore pertinuiſſe, id eſt ante abſtentionem; aliquo verò tempore non pertinuiſſe, ideſt poſt abſtentionem; & rurſum ad eundem pupillum rediiſſe ex die decreti à Principe impetrati. Nec periculum eſt, vt propter hoc videri poſſit pater hæredem hunc pupillum habuiſſe pro parte temporis, & pro parte temporis non habuiſſe. Nihil enim commune habet hæreditas cum bonis. Pupillus etiam qui ſe abſtinuit ſemper hæres manet, *l. cùm quaſi 30. §. ſed etſi ſuus ff. de fideic. libert.* Sed bona hæreditaria, quæ ad eum tanquam hæredem peruenerant, ab eo recedunt ſaltem quantum ad dominium bonitarium, & aliis acquiruntur, quos Prætor, vel ad bonorum poſſeſſionem vocat, vel bona ſibi poſſidere iubet: *l. ex contractu 44. ff. de re iudic.* iunct. *l. ſi finita 15. §. Iulianus ff. de damn. infect.*

l. cùm quaſi 30. §. ſed etſi ſuus de fideic. libert.

Ex quo fit vt tantò minùs in ſpecie Pauli danda ſit actio pupillo contra Magiſtratus, cùm verum ſit non fuiſſe geſta negotia quæ re vera eſſent pupilli, eo tempore quo curatores à Magiſtratibus conſtituebantur, cùm eo tempore abſtentus eſſet pupillus necdum à Principe decretum impetraſſet, vt ſibi paterna bona reſtituerentur. In ea verò ſpecie quam Modeſtinus tractat, licèt Magiſtratus in conſtituendis curatoribus putaſſent ſe Reipublicæ, non autem legitimi hæredis rem tractare, nó tamen faceret ea res quominùs etiam legitimo hæredi actione ſaltem vtili negotiorum geſtorum tenerentur, cùm habuerint animum gerendi rem alienam, ac proinde ſe obligandi, tametſi in perſona errauerint: *l. in hoc iudicium 14. §. 1. l. ſi quis cum 29. ff. commun. diuid.* Tenerentur, inquam, ſi non idoneos curatores elegiſſent, ob idque ponit Modeſtinus idoneos ab initio fuiſſe curatores, nec vlla in eam rem ceſſione legitimus hæres indigeret: Qua tamen indigeret pupillus in ſpecie Pauli, etiamſi curatores ab initio idonei non fuiſſent, quia Magiſtratus in conſtituendis huiuſmodi curatoribus, neque putabant ſe rem pupilli tractare, neque rem, quæ ipſius vllo modo nequidem ſpe eſſet, tractabant, ſed rem quæ erat Reipubl. & tanquam quæ eſſet Reipublicæ. Proinde aliqua ſaltem ceſſione opus eſſet, quam in hac ſpecie ratio illa implicitæ contradictionis minimè impediret, quod non poſſint eadem negotia eſſe & pupilli, & Reipublicæ. Fuerunt enim re vera Reipublicæ, & conſequenter habuit habétque ſemper Reſpublica eo nomine actionem in ſuos Magiſtratus, quam ſi pupillo cedere, aut ſponte velit, aut à Principe iubeatur, nihil prohibet. Verùm quid apertius eſt quàm de actione ceſſa non loqui Paulum? Nullum ſiquidem apud eum de ceſſione verbum. Tantò igitur manifeſtius eſt non potuiſſe illum ſcribere quod vulgata lectio habet, Magiſtratus à pupillo conueniri oportere.

Errant verò valde meo iudicio, qui diſputant apud Paulum, Cur inopis debitoris damnum non ſpectet ad legitimum hæredem, vt in ſpecie Modeſtini; Quaſi verò poſſit aliquis legitimus hæres eſſe, ſuo hærede exiſtente, *d. l. cùm quaſi, §. ſed etſi ſuus, de fideic. libert. l. nihil Cod. pro hæred.* Loquitur ſanè Modeſtinus in *d. l. cùm alicui*, de legitimo hærede; Sed non ponit ſuum hæredem teſtatori aliquem fuiſſe. Et qui apud Modeſtinum eſt legitimus hæres, is apud Paulum eſt filiusfamilias pupillus, & conſequenter ſuus hæres: Ac proinde quemadmodum Modeſtinus in ea ſpecie de qua fuerat conſultus, reſpondit id quod ſeruari non poteſt ab inope curatore ad damnum legitimi hæredis pertinere; ita ſi de ea ſpecie, de qua Paulus reſpondit, conſultos fuiſſet, vtique reſpondiſſet damnum de quo quæreretur, ad pupillum ſpectare.

ILLATIO XIV.

De pupillo conuento ex dolo tutoris.

Decimoquartò ex eodem Principio fit, vt quod culpa tutoris pupillus ex hæreditate, quam nullo iure poſſidebat, deſiit poſſidere, ſi quæratur an eius æſtimatio veniat in petitionem hæreditatis, diſtinguendum ſit an pupillo de hæreditate cautum ſit, nécne; id eſt, an tutor ſoluendo ſit, an non: Cautum enim eſſe videtur, non ſolùm ſi tutor fideiuſſores idoneos dederit, ſed etiam ſi idoneus ipſe ſit à quo ſeruari poſſit omne id quod pupillus ex litis æſtimatione ſubierit. Si ſoluendo eſt, ſine vlla dubitatione veniet in petitione hæreditatis contra pupillum etiam id, quod culpa tutoris pupillus deſierit ex hæreditate poſſidere: *l. vlt. ff. de adm. tutor.* Nam ob dolum malum, vel culpam tutoris pupillum poſſeſſorem condemnari poſſe certum eſt, (quamuis non quanti actor in litem iurauerit) nec id tamen aliter quàm ſi modò pupillus rem à tutore ſeruare poſſit, *l. 2. ff. quand. ex fact. tutor.* Eſt enim vtraque lex Pomponij eandem Ariſtonis ſententiam vtrobique & referentis, & probantis: ſed ſi tutor ſoluendo non ſit, nec aliter idoneè cautum pupillo, maior dubitatio vtrum calamitas pupilli an detrimentum petitoris eſſe debeat, perindéque haberi oporteat,

l. 1. vlt. ff. de admin. tut.

Digitized by Google

oporteat, quòd huiuſmodi tutoris dolo periit, ac ſi res fortuito caſu periiſſet. Aut ſimiliter atque ſi pupillus qui propter ætatem non minùs culpæ quàm doli expers eſt: aliquid ex hereditate diminuiſſet, corrupiſſet, perdidiſſet. Eademque quæſtio de furioſo alienæ hæreditatis poſſeſſore tractari poteſt, ſi quid ne in rerum natura eſſet per furorem eius accidiſſet. Pomponius autem putat in *d. l. vlt.* veram quidam eſſe Ariſtonis ſententiam quod ad primam diſtinctionis partem; Sed quod ad poſteriorem, de qua nihil Ariſto ſcripſerat, non eſſe cunctationi aut dubitationi locum, quaſi dicat nec fuiſſe cur de eo quicquam ſcriberet Ariſto; cùm certi iuris ſit, etiamſi tutor non ſit ſoluendo, nihilominùs teneri pupillum ex dolo & culpa tutoris; ſed tamen hactenus tantùm, vt quas habet actiones contra tutorem, eas præſtet, vt fieri ſolet quoties quis ob eam duntaxat cauſam alicui tenetur, quod aliquam habeat aduerſus alium actionem. Illius ſiquidem actionis ceſſio pro iuſta præſtatione eſt, *l. quod debetur 51. in fin. ff. de pecul.* Nam ſi quis interroget, cur pupillus qui neque dolum, neque culpam vllam admiſit, nihilominus ex tutoris dolo teneatur? Non aliud reſponderi poteſt, quàm quia contra tutorem habet actionem. Quidni ergo tenebitur eam ſaltem actionem præſtare, aut quodnam in eo pupilli damnum eſt, præſertim cùm actio illa quæ ceditur, inanis futura eſt, ſiue in totum, ſiue pro parte propter inopiam tutoris: *l. in creditore 38. ff. de euict.*

Illud difficilius eſt, cur non idem admittamus, vt pupillus liberetur præſtando actionem quam habet contra tutorem, etiam cùm tutor idoneus eſt: Quis enim ferat eſſe pupillum in hoc deterioris conditionis quàm cæteros, qui ſi non aliam ob cauſam teneantur quàm quòd in aliquem habeant actionem, eius actionis præſtatione liberantur, vt diximus. Et tamen verum eſt pupillum, qui regreſſum vtilem pro ſua indemnitate habere poteſt aduerſus tutorem idoneum, non eo magis liberari poſſe, quod ſuam actionem præſtare paratus ſit, ſed omnimodo condemnandum eſſe ex dolo, vel culpa idonei tutoris: *dict. leg. vltim. De adminiſtr. tutor. d. l. 1. ff. quand. ex fact. tut.* At reſpondendum eſt, pupillum quoties tenetur ex facto tutoris, non ideò tantùm teneri quod paratam actionem habeat contra tutorem; ſed ob id etiam quod tutor domini loco conſtituatur, ſiue à teſtatore, ſiue à lege, ſiue à magiſtratu, in his omnibus quæ ad cauſam adminiſtrationis pertinent. Id enim eſt, quod Vlpianus ſcribit in *l. at ſi 4. et. tit. quand. ex fact. tutor.* ſi quid tutor dolo malo admiſerit *extrinſecus*, id eſt extra cauſam adminiſtrationis, pupillo nihil id nocere oportere. Satis ergo pupillo eſſe debet vt liberetur præſtatione actionis, quam contra tutorem habet, illo demum caſu quo tutor idoneus non ſit, quoniam ita fit vt indemnitati pupilli vtroque caſu conſulatur, ſiue liberetur præſtando actionem quam habent contra tutorem non idoneum, quia fit locupletior cùm liberatur, *l. ſi pupilli 66. ff. de ſolut.* nec pauperior cùm inutilem cedit actionem, ſiue cogatur indemnitatem ei præſtare, qui damnum ex pupilli dolo, vel culpa ſenſit, quando tutor idoneus eſt, à quo viciſſim ille indemnitatem ſit conſecuturus.

l. ſi pupilli 66. ff. de ſolut.

Fiunt ergo iſta omnia ex noſtro Principio, quod habet: hactenus fauendum eſſe pupillo non vt in lucro moretur, ſed vt damnum non ſentiat, quod planè ſentiret ſi eo caſu quo tutor non eſſet ſoluendo, non magis liberaretur præſtando actionem, quam alio illo caſu, quo tutor ſoluendo eſt.

An igitur dicendum erit liberari pupillum præſtando actiones quas habet contra tutorem quoties conuenitur ex facto tutoris, ſi tutor non ſit ſoluendo? Ita putat Bart. ad *d. l. vlt. & ad l. ſi dolo 24. ff. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Omnino malè, ſi Vlpianum, non Pomponium conſulamus: Nam ſi tutor pupilli nomine rem aliquam vendiderit, ſiue bona fide, ſiue mala, quaſi rem pupilli quæ erat aliena, dubitandum non eſt quin pupillus ipſe de euictione teneatur, & quidem in ſolidum etiamſi tutor ſoluendo non ſit: *l. illud 4. §. 1. ff. de euict.* vbi ratio redditur ab Vlpiano, quia non malè contrahitur cum tutoribus.

l. illud 4. §. 1. ff. de euict. l. 4. § illa etiam quæſtio ff. de doli mali except.

Nec poſſis cum Bartolo dicere, ita id intelligi debere, vt tamen liberetur pupillus ſi cedere velit actionem, quam habet contra tutorem. Primùm, quia nihil eſt apud Vlpianum ex quo poſſit interpretatio, aut potiùs ſuppletio iſta colligi. Deinde quia è contrario repugnat huic interpretationi ratio qua mouetur Vlpianus: cùm enim ait non malè contrahi cum tutoribus, nihil aliud ſibi vult, quàm perinde tutum eſſe debere, qui cum tutore contraxit de re pertinente ad tutoris adminiſtrationem, atque ſi cum ipſo pupillo iam facto pubere, adeóque maiore annis 25. contraxiſſet: Atqui eo caſu haberet venditorem ſuum de euictione in ſolidum & efficaciter obligatum, ſi modò eſſet venditor ſoluendo, nec præterea quæri oporteret an alius quiſquam ſoluendo eſſet. Idem ergo dicendum eſt, etiamſi tutor pupilli nomine vendiderit, dummodò emptio facta ſit bona fide. Nam ſi facta eſt per colluſionem tutoris cum emptore, vt haberet ille pupillum in ſolidum obligatum, nemo diceret colluſionem tutoris vendentis & emptoris debere pupillo nocere ad ipſum de euictione obligandum, *l. meminerint 6. C. vnde vi: l. 4. §. illa etiam quæſtio, de doli excep.* adeò vt neque hoc caſu cogendus eſſet actiones vllas emptori aduerſus tutorem præſtare. Qua enim fronte poſſet hoc deſiderare emptor, qui ipſe colluſiſſet cum tutore dolúmque ipſius participaſſet: *arg. l. ſi plures 38. in fi. ff. de adm. tut.*

Planè, ſecundū Pomponium dicendum eſt, Ex facto quidem tutoris, qui neque dolum, neque culpam admiſerit, ſed bona fide pupilli nomine contraxerit, pupillum in ſolidum teneri, neque liberari, etiamſi paratum ſe dicat præſtare actiones; nec ſi talem caſum fingere poſſes in quo aliquas haberet, ſiue tutor ſoluendo eſſet, ſiue non eſſet.

At tunc demum locum eſſe Ariſtonis ſententiæ, de præſtandis à pupillo contra tutorem qui ſoluendo non eſt actionibus, cum tutoris dolus aliquis culpáve argui poteſt: Quia licet ex tutoris dolo & culpa pupillum teneri oporteat, hactenus tamen eum teneri æquum eſt, quatenus indemnitatem conſequi à tutore poſſit; ſi non poſſit, liberetur præſtando quas contra tutorem habet actiones. Semper enim aliquas habet, cùm tutor in dolo, vel in culpa fuit. Immò nec vllas præſtare teneatur ſi aduerſarius aliquas habeat ex propria perſona, & quæ ſufficere ipſi poſſint, vt in ſpecie *l. 1. §. hoc edicto ff. ne vis fiat ei qui in poſſ. miſſ. eſt.* vbi idem Vlpianus ait, Eo edicto non ſolùm teneri pupillum ex dolo tutoris ſi tutor ſoluendo ſit, ſed & ipſum tutorem qui dolum &

Digitized by Google

vim fecerit poſſe conueniri ab eo qui dolum & vim paſſus eſt. Neque verò fieri poteſt, vt quis dolum à tutore patiatur quin poſſit contra ipſum agere eo nomine, ſiue de dolo, ſiue alia qualibet actione. Sed non ſemper idem dici poteſt, dolo per tutorem admiſſo. Euenit enim plerumque vt tutor dolo malo aliquid faciat in adminiſtratione rerum pupillarium, ſed ea mente, vt pupillo ipſi non vt alij noceat, dum putat ſe tractare res pupillares, quæ tamen re vera ſint alienæ; vt in ſpecie *d. l. vlt. ff. de admin. tutor.* hoc eſt cùm dolo malo, aut latâ culpâ diſſipat res aliquas hæreditatis ad alium pertinentis, ſed quæ poſſideantur à pupillo tanquam hærede, cùm hæres non ſit. Nam ſi tutor res illas hæreditarias non tractaret tanquam pupillares, ſed tanquam alienas, & in iis ita tractandis aliquid dolo malo admitteret, dicerem pupillum ex eiuſmodi dolo tutoris teneri nullo modo poſſe, proptereà quod is dolus admiſſus eſſet extrinſecus, & extra cauſam adminiſtrationis, vt modò dicebamus ex *d. l. 4. ff. quand. ex fact. tutor.*

Atque ita poteſt accipi quod habet regula iuris, Neque in interdicto, Neque in cæteris cauſis pupillo nocere oportere dolum tutoris, ſiue tutor ſoluendo ſit, ſiue non; ſcilicet de dolo tutoris extrinſeco, vt in *d. l. 4.* Aut etiā ita vt neque interdictum, neque actio de dolo vnquam danda ſit contra pupillum ob dolum tutoris: Non autem ita vt non teneatur pupillus præſtare dolum tutoris in ea re, cuius nomine legitimis actionibus teneatur, quomodo tenetur petitione hæreditatis, in ſpecie *d. l. vlt.* Non enim ideò tenetur petitione hæreditatis quod tutor aliquid dolo fecerit, ſed quia poſſidet hæreditatem, vt & in *l. ſi dolo 24. ſi quis omiſ. cauſ. teſt.* Et tamen in ea actione tenetur præſtare dolum tutoris perinde ac proprium.

Nec rurſum eo minùs verum eſt non nocere pupillo dolum tutoris, cùm vel indemnitatem conſequi poſſit à tutore, vel liberari præſtando actionem. Cùm autem dolum admiſit tutor in rerum pupillarium adminiſtratione, vt ipſi pupillo, non vt alij noceat, ad quem res verè pertinet, non alia quàm pupillo poteſt dari in tutorem actio de dolo. Sicut enim ea actione de dolo numquam alius tenetur quàm qui dolum fecit, aut hæres eius, ideóque dicitur actio illa eſſe in perſonam: *l. 2. §. 1. ff de doli mal. except.* ita neque alius de dolo agere poteſt, quàm qui dolum paſſus eſt, aut eius hæres, licèt de dolo excipere quilibet poſſit, dummodò eius interſit; Ob idque neceſſaria eſt hoc caſu ceſſio à pupillo facienda actionis de dolo, quàm citra ceſſionem habere non poſſet contra tutorem is, cui pupillus ex tutoris dolo tenetur. Ne is qui pupillum ipſum bene obligatum habet, prohibeatur id ſaltem ab eo conſequi, quòd ſine vllo ſuo damno, aut incommodo præſtare pupillus poſſit: *d. l. in creditore.*

l. 2. C. de his quib. vt indig. Sic & in ſpecie *l. 2. C. de his quib. vt indign.* quam idem Bart. adducit, cùm tutor nomine pupilli vult falſum dicere teſtamentum, de quo tranſactum fuerat per defunctum, cuius hæres extitit pupillus, ſi qua in eo ſit culpa tutoris, vt eſt procul dubio quoties perperam & ſine cauſa vult ea retractare quæ finita fuerant per defunctum; non dubitatur, quin culpa illa tutoris noceat pupillo in ea lite ſuccumbenti, vt nimirum cogatur pati iacturam eorum omnium, quæ alioquin ex eo teſtamento fuiſſet conſecuturus, & pro ſua indemnitate regredi aduerſus tutorem, ſcilicet ſi tutor ille ſit ſoluendo. Vtrumque enim probatur optimè ex iſtis verbis legis, *dum memineris te portionem ei ſaluam facturum quam adimi pupillo neceſſe erit ſecundum iuris formam.* Nec enim adimendum quicquam pupillo eſſet, ſi ei tutoris factum & culpa non noceret, neque poſſet hic tutor ſaluam pupillo facere portionem, ſi ſoluendo non eſſet. At cùm tutor ſoluendo non eſt, perinde quidem nocebit factum & culpa eius pupillo ipſo iure, vt ei portio auferenda ſit, quæ aufferretur ſi ipſe maior factus falſū dixiſſet teſtamentum, ſed ignoſcetur ætati pupilli, & ei ſubuenietur ne damnum vllum ſentire debeat, ſi ab inope tutore indemnitatem conſequi non poſſit. Quomodo accipiendum videtur quod ſcriptum eſt in *l. poſt legatum 5. §. ætati ff. de his quæ vt indign.* Alioqui nulla ratio eſt, vt contra iuris communis formam ſuccurratur pupillo, vel minori, qui tutorem idoneum habet, à quo indemnis ſeruari poſſit, quia nec læſus is videtur: *l. intra vtile 39. in fin. ff. de minor.* *l. poſt legatum 5. §. ætati ff. de his quæ vt indig.*

Probat igitur optimè locus ille contra Bartolum, id quod nos volumus; Non ob id poſſe pupillum effugere ne tutoris dolus, vel culpa ei noceat, quod paratus ſit ſuas in eum actiones præſtare, ſi modò tutor ſit ſoluendo: quia ſecundum eam Bartoli ſententiam non eſſet neceſſe in ſpecie *d. l. 2.* adimi pupillo portionē hæreditariam, pro qua poſſet ſufficere actio, quam pupillus in tutorem præſtare paratus eſſet: Neque tamen perinde poſſis ex *d. § ætati* contra nos diſputare, Ex facto tutoris qui neque dolum, neque culpam admiſerit, non teneri pupillum, ſed liberari actionum ceſſione ſi tutor non ſit ſoluendo: Neque enim ignoſcendum eſſet ætati pupilli, ſi pupillus ex facto tutoris non teneretur: Neque caret culpa tutor, qui temerè accuſat de falſo teſtamentum quod falſum non eſt.

Quòd ſi ponas neque dolum, neque culpam tutoris in eo aliquam interueniſſe, fortè quod ex amicorum & prudentiſſimorum virorum conſilio inſtituerit accuſationem, quam ex proprij animi ſententia numquā fuerat inſtituturus, Nulla certè hoc caſu ratio eſt, cur pupillo teneri debeat; Nec proinde cur quærendum ſit an pupillus, cuius ætati ignoſcatur ne damnum ſubeat ex facto tutoris qui ſoluendo non eſt, præſtare ſaltem debeat fiſco aliquam actionem in tutorem, cum prorſus nullam habeat. Erit ergo hoc caſu damnum fiſci, non tutoris, cui nihil poteſt imputari; nec pupilli, quem iniquum eſſet in damno morari. Sed tamen quoniam hoc caſu ratio iuris facit contra pupillum, etiamſi ponas iuſtam eſſe cauſam propter quam pupillo ſuccurri oporteat, & ignoſci, non puto eſſe ei ſufficere auxilium Prætoris, id eſt reſtitutionis in integrum, quæ ea Prætoris edicto & iuriſdictione deſcendit, ſed adeundum eſſe Imperatorem, & ab eo impetrandam veniam accuſationis per tutorem malæ inſtitutæ: atque ita accipiendum eſſe quod ſcriptum eſt in *d. §. ætati.* Nam & eo loco reſcripti mentio fit Imperatorum Seueri & Antonini, quo ſcilicet continebatur ignoſcere ſe ætati pupilli, pro quo tutor falſi accuſationem inſtituiſſet, non quo fiebat poteſtas, vel Prætori, vel alij Magiſtratui vt ignoſceret, ac de mero iure fiſci quicquam remitteret.

Omnino autem ad quæſtionem noſtram non pertinet, quod Paulus ſcribit in *dict. leg. ſi dolo 24 ff ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Si dolo tutoris omiſerit

Digitized by Google

ſerit pupillus hæreditatem teſtamentariam, vt legitimam poſſideret, dandam quidem eſſe in ipſum actionem legatorum, ſed catenus quatenus hæreditas acquiſita eſt, Non enim ſenſus ille eſt quem putat Bart. vt non teneatur pupillus ex dolo tutoris etiam qui ſoluendo ſit, niſi in co quod ad ipſum peruenit, ſed vt nō reneatur niſi pro ea patte hæreditatis quæ ipſi ab inteſtato fuit acquiſita. Nam vt ſubiungit Paulus, quid ſi cum alio poſſideat hæreditatem: id eſt cum slio æquè proximo agnato vt proinde oon niſi ex ſemiſſe hęreditas ad vnumquamque ab inteſtato pertinere poſſit, cùm fortè pupillus ſolus & ex toto aſſe fuiſſet inſtitutus. Iniquum ſanè eſſet in ſolidum ad legata præſtanda teneri hunc pupillum, qui non ſit niſi ex parte hæres, cùm non alio iure teneatur, quàm quòd hæres ſit. Nec aliud in hærede pubere ſeruandum eſt, ſi fortè dolo malo cauſam teſtamenti omiſerit & legitimam poſſideat hæreditatem vt ſequitur apud Paulum.

Ratio tamen dubitandi tam in pupillo, quàm in pubere illa erat, quod ex ea parte edicti non alio colore Prætor legata tuetur aduerſus hæredem, qui ab inteſtato poſſidet hæreditatem, quàm quòd inſtitutum eundémque legitimum hæredem perinde habeat, ac ſi ex teſtamento hæreditatem adiiſſet, vt Plaulus ipſe ait; itémque Caius in *d. l. ſi duo 18. D. eo. tit.* Atqui ſi hæres hic inſtitutus, ſiue pupillus, ſiue iam pubes adiiſſet ex teſtamento, ſolus hæres eſſet, & ex toto aſſe; ideóque & legata omnia io ſolidum deberet. Quidni ergo debebit etiamſi ab inteſtato habeat cohæredem? ſibi enim imputet qui teſtamēto & legatariis fraudē facere voluit.

l. ſi duo 18. eod.

Verum facilis reſponſio eſt, eum qui ab inteſtato legitimam poſſidet hęreditatem pro parte tantum, quoniam babet cohęredem, non poſſe haberi pro eo ac ſi totam hęreditatem ex teſtamento poſſideret; quia vt videatur adiuiſſe ex teſtamento, ſit ex fictione quam Prætor inducit, vt quærat colorem conſeruandorum etiam ab ioteſtato legatorum. Fictioni autem hoic oon poteſt locum eſſe in ea portione, quæ ad legitimum cohęredem pertinet, quandoquidem ad alium ſpectat; nec magis fingi poteſt ad doos in ſolidum pertinere, quàm re vera pertineat: ne plus poſſit fictio in caſu ficto quam veritas in caſu vero, & ne veritas ipſa imagine & fictione iſta adumbretur, vt loquitur Pap. in *l. filio 23 de liber. & poſth.* Proinde nulla cauſa eſt, cur is, qui ab inteſtato quidem partem duntaxat hæreditatis poſſidet, licèt pro ea parte fingatur adiiſſe ex teſtamento, legatariis ſupra eam partem obligetur, ſiue pupillus ſit, qui ex dolo tutoris ſui conueniatur, ſiue pubes, qui ex proprio. Tenetur ergo hoc caſu pupillus, non quidem niſi pro parte hæreditatis quæ ad ipſum peruenit ex lege potiùs quàm ex dolo tutoris; ſed tamen longe ſuprà quàm ex parte illa commodi & emolumenti perceperit, ſi fortè ponas partem illam non tantum legatis, ſed etiam ære alieno exhauſtam eſſe, ita vt plus habeat incommodi, quam commodi. Neque ſanè fieri poteſt vt in ea ſpecie aliquid lucri & commodi accedat pupillo ex dolo tutoris; cum ſi habiturus ille ſit cohæredem ab inteſtato, quem adita ex teſtamento hæreditate non habuiſſet, potius damnum patiatur, iacturamque partis hæreditatis. Si verù ſolus ab inteſtato hæres ſit, nullum tamen lucrum ſentiat, qui æquè ſolus ex teſtamento hæres futurus erat, ſi tutor nihil dolo feciſſet.

Quare nec ita Paulus loquitur, vt dicat catenus condemnandum eſſe pupillum, quatenus ex tutoris dolo ad eom peruenit, quomodo Bart. male intelligit, ſed quatenus ei acquiſita fuit hęreditas, id eſt pro qua parte hæres eſt ab inteſtato. Cæterum acquiritur ei, ſiue tota hæreditas, ſiue pars hæreditatis non ex dolo tutoris, ſed ex lege quæ ipſam defert, *l. lege obuenire 130. de verb. ſignif.* Vnde etiam fit vt tutor ipſe qui dolum admiſit in hac ſpecie, non poſſit proprio nomine & ex proprio dolo conueniri, quia cum non dolus, ſed hæreditas tribuat ius conueniendi, certum eſt non alium poſſe conueniri, quàm qui re vera hæres ſit ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato: Nemo autem ex dolo ſuo fieri hæres poteſt, niſi priùs ei hæreditas à lege deferatur.

Nec felicius Accurſius quàm Bartolus iſta explicauit, qui diſtinguit an tutor dolum admiſerit contrahendo, an delinquendo, an in medio, quod poſtremum diſtinctionis membrum quem ſenſum aut quam rationem habeat, nec Bart. ipſe diſſimulat ſe neſcire.

Iam ergo tedeamus nos ad Pomponium in *d. l. vlt. de adm. tut.* Is probat primum Ariſtonis ſententiam in illis verbis, *Puto eum verè dicere.* Quid autem Ariſto dixerat? Nimirum quod *in principio legis* ſcriptum eſt, Quod culpa tutoris pupillus ex hæreditate deſiit poſſidere, eius æſtimationem in petitione hæreditatis ſine vlla dubitatione fieri debere, ita demum ſi popillo de indemnitate (ſic enim mallem legere, quam vt vulgo *de hæreditate*, nam cur, aut quomodo, aut à quo poſſit cautum eſſe pupillo de hæreditate?) cautum ſit: Cautum verò eſſe videri etiam illo caſu, quo tutor ſit idoneus, à quo ſeruari poſſit id quod pupillus ex litis æſtimatione ſubierit, tametſi nollos dederit fideiuſſores. At de illo caſu quo tutor non eſſet idoneus nihil dixerat Ariſto, neque is qui Pomponium conſuluerat quicquam affirmauerat quod ipſe crederet, ſed tantùm dubitauerat quid dicendum eſſet. Ergo quod ſequitur apud Pomponium, *ſed quare cunctatus es ſi ſoluendo non ſit tutor, cuius damnum eſſe debeat*, non ita poteſt accipi, quomodo Accurſ. Bart. Din. Iacob. de Aret. & cæteri vulgo accipiunt, quaſi Pomponius Ariſtonem reprehendat, aut ſeipſum corrigat in eo quod Ariſtonem proximè & immediatè adprobauerit, ſed ita potiùs vt improbet ille dubitationem & hæſitationem conſulentis, qui caſum illum, de qoo nihil Ariſto ſcripſerat, hoc ipſo difficiliorem eſſe putabat, cùm tamen à contrario prætermiſiſſet eum Ariſto, vel ob hoc potiùs quod minùs haberet dubitationis. Conſeqoenter quod ſubiicit Pomponius, non ad aliud teneri debere pupillum, quam vt actiones quas contra tutorem habet actori præſtet, referri nequit ad eum caſum quo tutor ſit ſoluendo, De quo caſu & Ariſto iam reſponderat ſimpliciter teneri omnimodo pupillum, & Ariſtonis ſententiam Pomponius adprobauerat, Sed ad alterom caſum referri debet, quo tutor non ſit ſoluendo. Secundum quam interpretationem euenit, vt nihil malè ab Ariſtone dictum, nihil temerè à Pomponio adprobatum inueniatur.

Pomponius emendatus.

Eſt tamen inſigne mendum, & à nobis emendandum apud Pomponium in illis verbis, *venditori hæreditatis præſtandas eſſe.* Quis enim horum verborum ſenſus eſſe poteſt, cùm neque vendita hæreditas proponeretur, neque fieri poſſit vt idem fuerit hæreditatis venditor qui

Aliud mendum apud Pomponium.

nuoc

Digitized by Google

tunc eſt petitur. Qui namque vendidit hæreditatem ſiue ad alium, ſiue ad ſe pertinentem, quo iure obſecro eam poſtea petere poſſet? Atqui non alij ſuas in tutorem actiones præſtare pupillus poteſt, aut debet, quam petitori hæreditatem vendicanti. Non ergo *venditori hæreditatis* legere debemus, ſed *vendicati hæreditatem*: quod facilè aſſequemur, ſi ponamus ita ſcriptum fuiſſe, ſiue à Pomponio, ſiue in prioribus editionibus *vendic.hæredit.* quomodo moris erat omnia ſcribere non modò paucioribus literis, ſed etiam notis.

Adfert verò Pomponius aliud exemplum, in quo ſimiliter euenit, vt qui hæreditatis petitione conuenitur, actionum præſtatione liberetur, *ſicuti*, inquit, *hæres vel bonorum poſſeſſor, ſi nihil culpa eius factum ſit, veluti ſi fundo hæreditario vi deiectus ſit, aut ſeruus hæreditarius ab aliquo vulneratus ſit, ſine culpa poſſeſſoris, nihil plus quàm actiones quas eo nomine habet, præſtare debeat.* Bona enim comparatio eſt huiuſmodi poſſeſſoris, & pupilli: quia neque vlla pupilli culpa intelligi poteſt in eo quod ipſe tutor vel dolo malo, vel culpâ fecerit. Sed tamen in hoc claudicat comparatio, quod alius quilibet poſſeſſor hæreditatis omnimodo & indiſtinctè liberatur præſtando actiones, quas habet contra eum, qui vel per vim deiecit, vel ſeruum hæreditarium vulnerauit, Siue tertius ille ſoluendo ſit, ſiue non ſit: *leg. quod ſi 16. §. Iulianus, & ſeqq. vſque ad finem legis, ff. de petit. hæred.* Pupillus verò non liberatur omnimodo, etiamſi paratus ſit præſtare actiones quas contra tutorem habet, ſed eo tantùm caſu quo tutor non ſit ſoluendo. Idque ob rationem illam, quam ſuprà attulimus, quòd tutor in rerum pupillarium adminiſtratione domini loco habeatur, quatenus indemnem pupillum ſeruare poteſt; vt non malè dici poſſit, Factum videri à pupillo, quod tutor ipſe fecerit, dum ne pupillo quicquam eo nomine abſit.

d. l. vlt. ff. de adm. tutor. Sequitur apud Pomponiũ, *Idem dicendũ eſt, et ſi per curatorē furioſi culpa vel dolo quid amiſſum fuerit, quemadmodũ ſi quid ſtipulatus tutor vel curator fuiſſet aut vendidiſſet rem hæreditariam.* In quo rurſus videndũ eſt ne decipiamur, ſi cum Interpretibus exiſtimemus eam eſſe Pomponij ſententiam, vt his caſibus indiſtinctè liberetur furioſus, præſtando actiones quas habet contra curatorem. Nam è contrario Pomponij ſenſus eſt, Eandem in furioſo adhibendam eſſe diſtinctionem, cùm ex curatoris ſui dolo in hæreditatis petitione conuenitur, quam priùs dixerat Ariſto & Pomponius adhibendam eſſe in pupillo; An ſcilicet cautum ei ſit de indemnitate, propterea quòd eius curator vel idoneus ſit, vel idoneos habeat fideiuſſores; An verò damnum ſenſurus ſit ex dolo vel culpa curatoris, ſi quid aliud præter ſuas actiones præſtare actori teneatur. Priore caſu, omnimodo condemnandus eſt furioſus ex dolo aut culpa ſui curatoris, nec ſi actiones ſuas præſtare paratus ſit, liberandus erit: quia non minor eſt poteſtas curatoris in caput & fortunas furioſi, quàm tutoris in caput & fortunas pupilli, feréque in omnibus eodem iſti iure cenſentur, niſi quod plus iuris habet curator furioſi, quàm tutor in hoc, quod omnia quæ ad furioſum pertinent, per ipſum curatorem ſolum id eſt ſine furioſo expedienda ſunt, cùm nihil prorſus facere furioſus poſſit ne quidem cum curatoris ſui autoritate, Pupillus verò omnia poteſt facere tutore autore, *l. in negotiis 5. de reg. iur.* & pleraque ſunt, quæ nec tutor ipſe facere poſſit ſine pupillo, quale eſt adire hæreditatem, *l. more 8. & ſeq. ff. acq. hæred. l. cùm in vna 17. §. 1 ff. de appell.*

Supererat vt reſponderet Pomponius ad quæſtionem, quam conſultor propoſuerat iis verbis, *De poſſeſſore quoque furioſo quæri poteſt, ſi quid ne in rerum natura eſſet per furorem eius accidiſſet.* Hucuſque enim tractauit Pomponius de furioſo qui conueniatur ex dolo culpáve ſui curatoris. Reſpondet verò ad vltimam iſtam quæſtionem, impune id furioſo eſſe debere, perinde ac ſi vi aliqua maiore, & caſu fortuito damnum illud accidiſſet, quaſi nec à furioſo ipſo, nec à quoquam homine factum videatur, quod à furioſo factum eſt per furorem. Id enim eſt quod habent poſtrema legis verba, *Impune autem puto admittendum quod per furorem alicuius accidit, quomodo ſi caſu aliquo ſine facto perſonæ id accidiſſet.* Nec aliud eſt ſi pupillus expers culpæ aliquid ex ea hæreditate diminuerit, aut perdiderit. Nam nec is qui Pomponium conſulebat de hoc dubitabat vt conſtat ex verbis illis, *ſimiliter atque pupillus expers culpa quid ex hæreditate diminuiſſet, corrupiſſet, perdidiſſet*, Ideò autem loquitur lex de pupillo culpæ experte, quoniam in eo qui eſſet capax culpæ aliud probari oporteret. Culpæ autem is ſaltem capax eſt, qui & doli. Alius ſanè vix quiſquam in ea ætate, licèt culpa minus aliquid ſit, quam dolus: *l. quod Nerua 32. ff. depoſit.*

Atque ita elegans hoc totum Pomponij reſponſum explicandum eſt; Non quomodo ab iis Interpretibus factum eſt, quos Bartolus refert diſtinxiſſe, An culpa tutoris vel curatoris fuerit talis, ex qua non oriatur actio durante tutela, vt eo caſu non liberetur pupillus etiamſi paratus ſit cedere actionem, quam ſcilicet præſtare ac cedere nullomodo poſſit, An verò talis culpa fuerit, ex qua naſcatur actio etiã durante tutela, puta furtum, vel rapina: *l. ſi tutor reip. 9. §. vlt. ff. de tutel. & rat. diſtr.* vt eo caſu non ad aliud teneatur pupillus quã ad præſtandas actiones, quas non ſolũ habet, ſed etiam ita habet vt eas præſtare poſſit; *l. ſi tutor. 9. §. vlt. ff. de tut. & rat. diſtr.* Nimirum hanc diſtinctionem induxerunt iſti viri boni, vt Pomponium cum Ariſtone aut potius cum ſeipſo conciliarent, & vt ſcopulum illum effugerent, ad quem allidunt cæteri, qui putant in hac quæſtione Pomponium non modo ab Ariſtone, ſed à ſeipſo quoque diſſenſiſſe: quod eſt ridiculum. Illud ſane fatendum videtur, Pomponium & Ariſtonem in quæſtione iſta diſſenſiſſe à cæteris Iureconſultis, vt nos pluribus ſcripſimus *in Rationalibus*, ad *l. ſed & ex dolo 15. ff. de dolo.* vnde peti volumus, quid nos circa perſonam pupilli, tutoriſque doloſi magis probemus.

ILLATIO XV.

De ſuſpecto faciendo tutore qui malè adminiſtrat, etiamſi ſatisdederit, vel ſatis offerat.

DEcimoquinto ex eodem Principio fit, vt ſuſpectus fieri poſſit tutor quilibet malè adminiſtrans, etiamſi ſatiſdederit, vel nũc ſatis offerat, *l. ſuſpectus 5. ff. de ſuſpect. tut.* Nimirum quia vt *ibi* Vlp. ſcribit, expedit pupillo rem ſuam ſaluam potius, quàm tabulas habere cautionis Rem ſaluam fore. Nec ferendus eſt contutor, ſi dicat

ideo

ideò ſe non feciſſe ſuſpectum collegam, quod ſciret cautũ eſſe pupillo: quia vt in *l. ſeq.* ſubiicitur ex Calliſtrato, ſatiſdatio non mutat maleuolum tutoris propoſitum, ſed diutiùs graſſandi in pupilli re familiari præſtar ei facultatem. Et ſanè intereſt cuiuſlibet non ſoluere potiùs quam ſolutum repetere, *l. 3. ff. de compenſat. l. ſi ſtipulatus 15. in pr. ff. de fid.* meliúſque eſt ab initio proſpicere minoribus ne quid damni ſentiant, quàm poſt vulneratam eorum cauſam remedium quærere, per quod indemnitatem conſequantur: *l. vlt. C. in quib. cauſ. reſtit. in integr. neceſſ. non eſt.*

l. vlt. C. in quib. cauſ. re ſtit. in integr neceſſ. non eſt.

ILLATIO XVI.

Vbi morari pupillus vel educari debeat.

DEcimoſextò ex eodem Principio fit, vt ſi diceptetur vbi morari vel educari pupillum oporteat, cauſa cognita id Prætorem vel Præſidem ſtatuere oporteat: *l. ſi diſceptetur 5. ff. vbi pupill. educ. vel mor. deb.* vbi addit Vlp. in cauſæ cognitione euitandos eſſe eos, qui pudicitiæ impuberis poſſunt inſidiari, Quomodo etiam ij qui poſſunt inſidiari vitæ, qualis creditur vt plurimum eſſe qui vitricus eſt: *l. 1. C. eo.* Aut etiam qui pupillo ipſi ſubſtitutus fuit, *l. 1. §. 1. ff. eod tit.* vbi ſcribit idem Vlp vſque adeò ſolere Prætorem ex perſona, ex conditione, & ex tempore ſtatuere, vbi potiùs alendus ſit pupillus, vt nonnunquam recedat etiam à partis voluntate. Nam cum quidam teſtamento ſuo cauiſſet vt filius apud ſubſtitutum educaretur, Imperator Seuerus reſcripſit æſtimare Prætorem debere, ac perpendere vtrum id fieri debeat, idque præſentibus cæteris propinquis liberorum: Id enim agere, inquit, Prætorem oportet, vt ſine vlla maligna ſuſpicione partus alatur & educetor. Nam ſi cauendum eſt ne in damno pecuniario pupillus moretur, vt Principium noſtrum habet, quantò magis ne damnum vllum perſona ipſa pupilli ſentiat: De quo plura *ad Principium ſequene* dicemus. Erit enim locus ille accommodatior.

ILLATIO XVII.

De adulto aduerſus quem reſtitutus ſit hæres vnius ex curatoribus condemnatis.

DEcimoſeptimò ex eodem Principio fit, quod ſcriptum eſt in *l. alterius, 20. in pr ff. de tut. & rat. diſtr* Alterius curatoris hæredem, inquit Papinianus, tanquam minorem, & condemnatum maiore pecunia quàm deberet, in integrum reſtitui placuit. Ea res materiam litis aduerſus alium curatorem inſtaurandæ non dabit, quaſi minore pecunia condemnatum, ſi non ſit eius ætatis actor cui ſubueniri debeat, Sed æquitatis ratione ſuadente per vtilem actionem ei ſubueniri in quantum alter releuatus eſt, oportet. Cur verò æquitatis ratione? Quoniam aliter eueniret, vt pupillus in damno moraretur. Ei namque abeſſet quod ex vna parte aufferret reſtitutio, nec altera ex parte ſententia redderet.

Quamquam vt alio loco monui (ſi bene memini) totus ille verſiculus, *ſed æquitatis ratione ſuadente per vtilem actionem ei ſubueniri, in quantum alter releuatus eſt, oportet*: mihi valdè ſuſpectus eſt, videtúrque dignior Triboniano, quam Papiniano, ſi verba conſidero quæ ſunt parum elegantia, ſiue ſenſum & vim verborum, non ſolùm quia hæc actio deſtruit quod eleganter & ex iuris ratione Papinianus reſponderat; Verùm etiam quia iuris ratio pati non poteſt, vt aduerſus eum qui in certam pæcuniæ quantitatem condemnatus eſt, licèt minorem, quam re vera deberetur, detur actio in maiorem quantitatem ex priſtina obligatione tutelæ: Cùm actio tutelæ hoc ipſo conſumpta ſit, quod eam ſemel exercuit is, qui pupillus fuit, vt ſæpius à nobis dictum probatúmque eſt in ſuperioribus. Sed etſi maximè actio tutelæ aliqua hoc nomine ſupereſſet, attamen ſummoneretur per exceptionem rei iudicatæ, cuius authoritas facit vt poſteaquàm iudicatum eſt, non iam illud inſpiciendum ſit quid debeatur, ſed quid deberi iudicatum ſit, quandoquidem res iudicata pro veritate habetur: *l. res iudicata 208 De reg. iur. l. ſi fundus 16, §. ſi pluris, ff. de pign.* quamuis illo etiam loco idem Tribonianus non diſſimili & audacia & imperitia Marcianum quoque corruperit, addita tota illa clauſula, quam proculdubio Marcianus numquam addidiſſet, *ſed humanius eſt, non amplius eum quàm quod re vera debet dando hypothecam liberare*, vt pluribus ſcripſimus *lib. 16 Coniect.*

Tribonianiſmus in Papiniano.

Neque ſanè ſi iuris rationem conſulamus, alius caſus excipi poteſt, quam is quem Papinianus diſertis verbis excepit, *ſi non ſit eius ætatis actor cui ſubueniri debeat*; id eſt ſi non ſit adhuc minor annis vigintiquinque, aut ſaltem intra annum illum vtilem qui minoribus ex edicto Prætoris ad petendam reſtitutionem indulgetur: Non quòd ſententia contra minorem reddita ipſum non afficiat æquè ac maiorem, ſed quia contra ſententiam reſtitui minor poteſt, maior non poteſt: *l. 1. & tot. tit. C. ſi aduer. rem iudic.* Quomodo ergo fieri poteſt, quantacunque æquitatis ratione, vt releuetur iſte qui ætatis beneficio in integrum reſtitui non poſſit, cùm nec minor ipſe releuari poſſit niſi per in integrum reſtitutionem?

Nam quod de vtili actione tractat Tribonianus, ridiculum eſt: Sublata enim directa, quæ & in iudicium deducta ſit & effectum habuerit, nulla ratio eſt vtilis concedendæ. Solet ſiquidem vtilibus actionibus locus fieri, cum directæ locum numquam habuerunt, non vt ex eadem cauſa ſæpius agatur, aut vt rei iudicatæ autoritas quæ directam actionem eneruatura eſſet per vtilem actionem conuellatur.

Quare nec poteſt defendi ex ratione iuris quod notat Bart. ad *d. l. alterius*, Si minor in integrum reſtituatur contra maiorem, reſtituendam eſſe maiori actionem contra tertium minoris beneficio liberatum. Poteſt enim actori qui maior fuit imputari, cur non egerit melius aduerſus curatores ſuos, conueniendo quemque ipſorum pro ea parte & quantitate pecuniæ quam ipſe verè deberet, & cur ab ea ſententia non appellauerit, per quam alter ex curatoribus minore pecunia cõdemnatus fuerat, quàm condemnari debuiſſet, cùm cogitare ac proſpicere deberet fore vt hæres alterius curatoris idémque minor poſſet reſtitui aduerſus ſententiam, quæ ipſum condemnaſſet in maiorem, quàm ab eo debita eſſet quantitatem. Ac proinde ſicuti non poteſt maior hic reſtitui ex edicto *De minoribus*, quia maior eſt; ita neque generali clauſula edicti, *ſi qua mihi*

Bartolus cenſuratus.

mihi iuſta cauſa videbitur, per quam maioribus ſubuenitur, quia numquam per eam ſuccurritur illis, quibus poteſt aliquid imputari.

Nec rurſus verum eſt quod ſupponit Bartolus pro vero, alterum curatorem beneficio minoris fuiſſe liberatum. Beneficium enim ſententiæ eſt, non condemnationis hæredi alterius curatoris minori irrogatæ, quod prodeſt concuratori ne ſupra eam quantitatem ad quam condemnatus fuit, vrgeri vnquam poſſit.

Alia verò Accurſij interpretatio longè improbabilior eſt, nec minùs à iuris ratione, quàm à Papiniani verbis aliena; licèt Bartolus eam in ſe veram eſſe fateatur. Vt nimirum minor hæres curatoris mortui reſtituatur in integrum contra curatorem, qui fuerit in minori pecunia condemnatus (ſic enim apud Bartolum legendum eſt.) Nam cur volumus huic minori ſuccurrere aduerſus concuratorem, cum quo neque egit ille, neque geſſit quicquam; Edictum ſiquidem *De minoribus* exigit omnimodo, vt minor qui vult reſtitui ex ea parte edicti, aliquid geſſerit cum eo contra quem petit reſtitutionem. An non verò ſatis ſupérque conſulitur huic minori cùm reſtituitur aduerſus eum cui fuit condemnatus? Nam ſi alleget hic minor acceptum ſibi referri debere quod concurator maior in minorem pecuniæ quantitatem fuerit condemnatus, iam diximus immò fieri hoc beneficio ſententiæ, non correi ſimul condemnati. Eiúſque rei argumentum apertiſſimum eſt, quod etiamſi minor hæres alterius concuratoris, non in maiorem quam quæ ab ipſo deberetur pecuniæ quantitatem condemnatus fuiſſet, non ideo minùs tamen alius curator tutus eſſet exceptione rei iudicatæ ſi quid ab eo ſupra iudicati quantitatem, quæ eadem eſſet, peteretur.

Dices poſſe fieri, vt adultus non ſit ſoluendo, contra quem damus minori reſtitutionem, quæ proinde inutilius ei futura ſit, ſi non etiam aduerſus concuratorem porrigatur. Et ob hanc nimirum cauſam dicebat Raynerius, quem Bartolus refert, Minori plus ſoluenti reſtitutionis priuilegio de iure ſpeciali reſtitutionem concedi contra illum, qui eius beneficio liberatus fuit in ſubſidium, propter inopiam illius, cui ſolutio facta fuit. Sed neque hoc caſu verum eſſe puto vt reſtitutionis beneficium porrigendum ſit contra eum, qui nihil cum minore geſſit. Is autem curator, qui minore pecunia condemnatus fuit, nihil geſſit cum iſto minore hærede alterius curatoris; ſed cum eo ſolo cuius curam adminiſtrauit. Nihil ergo cauſæ eſt, cur alteri teneri debeat, ſiue ſoluendo ſit, ſiue non ſit is, contra quem reſtitui vult minor. Sed neque de hoc caſu poteſt Papinianus intelligi, quo iam facta ſit ſolutio per minorem. Ponit enim duntaxat condemnatum fuiſſe, datque ei reſtitutionem non aduerſus ſolutionem, ſed aduerſus ſententiam. Etſi non inficior idem iuris fore etiamſi poſt ſententiam ſolutio ſecuta eſſet, dummodo in ea ætate quæ reſtitutionis beneficium admitteret.

Cæterum ex hoc apparet in ea ſpecie de qua Papin reſpondit, hoc eſt cum agitur de reſtitutione concedenda duntaxat aduerſus condemnationem, non etiam aduerſus ſolutionem, nihil intereſſe an adultus ſit ſoluendo necne, quia tum quoque cum ſoluendo non eſt perinde conſuli poteſt indemnitati minoris condemnati, qui nihildum ſoluit, impetrata ſcilicet ab eo reſtitutione, ad hoc ne ex ſententia vrgeatur quicquam ſoluere ſupra id, quod ab ipſo re vera debeatur. Quòd ſi in damno aliquo minor hic moraretur, non eo magis ei ſubueniri oporteret contra tertium, cùm quo nihil ipſe geſſiſſet. Nam quod habet Principium noſtrum, fauendum eſſe minoribus ne in damno morentur, ita verum eſt, ſi faueri eis poſſit citra iniuriam alterius: *l. ſed cùm ab herede* 1. *ff. ad SC. Trebell.* Fieret autem iniuria percuidens ei, qui nihil cum minore geſſiſſet, ſi ob factum aut inopiam alterius, in integrum reſtitutio contra eum daretur.

ILLATIO XVIII.

De adulto nolente cedere tutori actionem, quam habet aduerſus curatorem condemnatum.

Decimooctauò ex eodem Principio fit, quod ſcriptum eſt in *d. l. alterius*, §. 1. Non idcirco *d. l. alterius 20. §. 1 De tut. & rat. diſtr.* actionem quæ poſt vigintiquinque annos ætatis intra reſtitutionis tempus aduerſus tutorem minore pecunia tutelæ iudicio condemnatum, inutilem eſſe, quòd adoleſcenti curatores ob eam culpam condemnati ſint. Nempe quia non eo minùs verum eſt, abeſſe adhuc pupillo eam ipſam quantitatem, quæ in iudicium deducta fuit quandiu ſoluta non eſt. Longè namque iſta differunt, Condemnatum eſſe, & ſoluiſſe. Ex quo benè infert Papin. quandiu pupillo ea actio ſupereſt, tandiu ab ipſo cedi eam poſſe. Nam quæ in ipſius perſona inutilis non eſſet, nec inutilis erit in perſona ceſſionarij, Et conſequenter non poteſt pupillus recuſare quominùs eam tutori præſtet, quia nullum prorſus damnum eſt in actionis ceſſione, dummodò fiat ab eo qui totum id quod ſibi debetur conſequatur: *l. in creditore 38. ff. de euict.* Quinimò in dolo eſt minor qui recuſet ſuas præſtare actiones ei, à quo accipit ſolutionem, ob idque ait Papin. repelli eum poſſe per doli exceptionem. Magis enim de præda quàm de damno ſollicitus eſt qui & pecuniam conſequi vult, & actionem quam eius pecuniæ nomine aduerſus alium habet, retinere: Non quòd poſtquàm à curatoribus ſolutionem acceperit, aliquam ex eiuſmodi actione contra tutores vtilitatem adhuc ſperare poſſit (intercidet enim actio per ſolutionem à curatoribus factam, neque adultus hic ſuum bis conſequetur) ſed quia eum rem videri poſſit habere is, qui actionem habet aduerſus idoneum debitorem, nihil eſt quod æquam faciat intentionem eiuſdem adulti contra curatores ſuos agere volentis, niſi eam ipſam actionem quam contra tutores habet curatoribus præſtare paratus ſit: Quaſi videatur alioqui rurſum velle conſequi quod iam habendus ſit pro eo ac ſi conſecutus eſſet. Quidni enim conſecutus videatur id pro quo conſequendo efficacem habeat actionem, quam nec ſibi ereptam velit?

Illud tamen curatoribus obſtare videbatur, ne ceſſionem illam petere poſſent, quòd ex propria culpa condemnati proponebantur. Qua enim fronte ceſſionem deſiderare poteſt is, cuius vel dolus vel culpa coërcetur? Inquit idem Papin. in *l. ſi plures 38 ff. de adm tut.* Sed benè Bart reſpõdet tunc id verè dici, cùm plures conueniuntur ratione paris culpæ. Quo caſu abſurdũ eſſet etiam

Digitized by Google

etiam poſt ceſſionem culpam ab eo obiiei, qui ipſe eiuſdẽ culpæ reus eſſet. Atè contrario tutores qui ob culpam curatorum cõdemnati ſunt minore pecunia, quàm condemnari debuiſſent; non poſſunt niſi malè & improbè curatoribus poſt ceſſionem agentibus eam culpam obiicere, ex qua lucrum conſecuturi alioquin fuerint ipſi qui conueniuntur.

Quid ſi curatores iſti ſoluerent ante habitam petitamque ceſſionem? Iam diximus futurum eo caſu vt ceſſionem poſtea petere non poſſent, nõ quaſi deficiente æquitate, ſed quia tunc nulla amplius ſupereſſet actio quæ cedi poſſet. Id enim eſt quod Papin. ait, *ſi non iudicatum à curatoribus factum eſt*. In quo tamen dubitandi ratio illa occurrit, quod curatores iſti cùm iudicatum fecerunt, non tutorum, ſed ſuo nomine ſoluerunt, quod & Bartolus fatetur, & conſequenter ipſos tutores non liberarunt. Quod enim quis ſuo non debitoris nomine ſoluit, numquam liberat debitorem: *l. ſi quod poſſeſſor 31. ff. de petit. her. l. Papin. 28 ff. mandat.* Cur non ergo etiam poſt ſolutionem à curatoribus factam ſupereſt actio contra tutores, quæ proinde cedi in eos poſſit? Reſpondendum eſt non alia ratione comparatam fuiſſe actionem tutelæ fauore pupillorum, quàm ne quid iis abeſſet, néve in damno morarentur, vt Principium noſtrum habet. Quæ ratio ceſſat cùm indemnitatem pupillus à curatoribus conſecutus fuit, etiamſi propter debitum proprium ſoluerint, non propter debitum tutorũ. Indéque apparet differentia elegans inter obligationẽ tutelæ & cæteras, quòd obligatio tutelæ facilius diſſoluitur; hoc eſt ex eo ſolo quod nihil pupillo abſit, licèt neque à tutore, neque ab alio vllo tutoris nomine facta ſolutio ſit, quia & faciliùs contrahitur, nimirum ſola ferè legis poteſtate magis quàm ex aliqua tutoris voluntate; ſiquidem tutor fit etiam inuitus, quíque nullam aliena negotia gerendi habeat voluntatem, ideóque nec eum teneri æquum eſt, niſi quatenus pupilli vtilitas & indemnitas requirit. Quod in cæteris omnibus diuerſum eſt, qui vltrò & ex voluntate propria obligantur. Eos namque nam niſi certis & conſtitutis modis liberari æquum eſt; ſi quis non ipſorum nomine ſoluat, ſed propter debitum ſuum, quamuis ea ratione fiat vt extra damnum ſit is cui fuerant obligati.

Quærit tamen Accurſius, Quid ſi actio nulla amplius ſit quæ cedi poſſit, facta ſcilicet iam à curatoribus ceſſione, An poterunt aliquam ſaltem habere vtilem actionem contra tutores, quos per ſolutionem ſuam liberarunt? Et reſpondet habituros, ex *l. 2. C. de cont. iudic. tut.*.
l. 2. C. de contr. iudic. tutel. Bartolus verò improbat, quia neque ex perſona pupilli actionem illam exercere contutores poſſent aduerſus tutores, quando nec pupillus ipſe vllam haberet, ne quidem per reſtitutionem in integrum, neque ex perſona propria, cùm pro ſeipſis ſoluerint, non pro tutoribus. Nec moueri ſe ait *d. l. 2.* quia loquitur in collegis non liberatis. Ac ſanè ita eſt, Loquitur Imperator eo loco de contutore, qui nondum ex cauſa iudicati ſatisfecerat, ſed tantùm ſatisfacere cœperat, ac proinde qui nondum contutores ſuos liberauerat, quorum collega erat. Solis autem collegis indultũ eſt ab Imperatore Antonino Pio, cuius eſt *d. l. 2.* vt ſi fortè quis ex facto alterius tutoris condemnatus præſtiterit, vel ex communi geſtu, nec ei mandatæ ſint actiones, nihilominùs vtilis actio ei danda ſit aduerſus contutorem: *l. 1. §. nunc tractemus, verſ. & ſi fortè; ff. de tutel. & ration. diſtr.* Atqui tutores & curatores non ſunt collegæ, ob idque per actionem contra tutores inſtitutam, ſi ſolidum ab iis ſeruari non potuit, numquam intelligitur conſumpta actio quæ competit aduerſus curatores, cùm habeat alterius officij querelam, vt idem Papin. loquitur in *l. tutores 39. §. adoleſcente ff. de admin. tutor.* Numquam ergo fieri poteſt vt curatores habeant vtilem actionem aduerſus tutores, etiam quos ipſi pecunia ſua liberarunt. Nam ſi quam habere poſſent, ea maximè eſſet negotiorum geſtorum actio, quòd videantur benè & vtiliter geſſiſſe negotium illorum quos liberarunt. At ne quidẽ hæc iuſta poteſt eſſe cauſa iis dandæ actionis quia licèt tutores liberauerint, non tamen ſoluerunt vt tutores liberarent, ſed vt ſeipſos; neque tanquam gerentes negotium alienum, ſed ſuum: *d. l. Papinianus*, & *l. in hoc iudicium 14 §. 1. ver. & l. ſi quis cum 29. ff. comm. diuid.*

Meliùs ergo hîc Bartolus quàm Accurſius? Niſi quod actionem illam vtilem quam Diuus Pius dedit tutori contra tutorem, putat ille ad *l. cùm pupillus 21 eo.* eſſe actionem negotiorum geſtorum, Malo enim intelligere de actione vtili tutelæ, de qua & in *tit. C. de contr. iud. & vtil. tut. act.* Vtilem enim actionem cùm ſine ceſſione dant Imperatores, ſolent dare eius nominis cuius eſſet actio, ſi qua ceſſa fuiſſet, vt in *l. 1. C. de oblig. & act.* Diuerſum eſt ſi pupillus tutelę actionẽ contra tutorem alterum ceſſerit tutori in ſolidum condemnato, quamuis enim poſtea iudicatum fiat, tamen actio iam data & ceſſa non ideò intercidit, quia pro parte condemnati tutoris non tutela reddita, ſed pretium nominis ſolutum videtur, vt ſubiungitur ex eodem Papin. in *l. cùm pupillus 21. e. t.* Quod nos in præcedentibus & ſuo loco explicauimus. Cætera quæ ad eam legem Bart. tractat de ceſſione vni ex correis, aut contutoribus; contra correum aut contutorem facienda, nos tractauimus *lib. 11. Coniect.*
l. 1. C. de obl. & act.

ILLATIO XIX.

De contrario iudicio tutelæ.

DEcimonono ex eodem Principio fit, vt contrariam tutelæ actionẽ Prætor propoſuerit, & in vſum induxerit, vt faciliùs tutores ad adminiſtrationem accederent, ſcientes pupillum quoque ſibi obligatum fore ex ſua adminiſtratione: *l. 1. ff. de contr. tut. & vtil. act.* Quamquam enim ſine tutoris autoritate pupilli non obligentur, vt *ibidem* Vlp. ait, nec in rem ſuam tutor obligare pupillum poſſit. Attamen receptum eſt, vt tutori ſuo pupillus ſine tutoris autoritate ciuiliter obligetur, ex adminiſtratione ſcilicet. Etenim prouocandi fuerant tutores vt promptiùs aliquid de ſuo pro pupillis impenderent, dum ſcirent ſe recepturos id quod impendiſſent; Eſſétque pupillis ipſis magno damno & incommodo, ſi tutoribus ſuis non obligarentur. Quotuſquiſque enim eſſet qui ad rerum pupillarium adminiſtrationem alioquin accedere, aut in iis adminiſtrandis vel tantillum de ſuo impedere vel prorogare vellet? Denique nec tutori officium ſuum, quod publicum eſt, debet eſſe damnoſum, *l. videlicet 28. ff. ex quib. cauſ. maior.*

Digitized by Google

tutor. l. ſed ſi quis 7. ff. teſt. quemadm. aper. nec pupillus locupletari debet ex tutoris ſui iactura, *l. naturaliter 13. §. vlt. cum l. ſeq. ff. de cond. ind.* Nam & inde eſt quod poſtea tandem D. Pius generaliter conſtituit, vt ex alia quælibet cauſa pupillus locupletior factus ciuiliter obligetur, & in eum actio detur: *l. 3. § pupilli ff. de negot. geſt.* iunct. *l. ſi pupilli 6. l. litis 37. eo.*

Neque ideo tamen poſſis dicere, actionem hanc tutelæ contrariam ciuilem eſſe, quemadmodum ipſa tutelæ actio ciuilis eſt, itémque obligationes omnes quę ex quaſi contractu naſcuntur. Eſt enim prætoria, & ex Prætoris iuriſdictione, vt Vlpianus ait: Non ſolùm quia priùs inducta fuit, quàm prodiiſſet reſcriptum illud Diui Pij de pupillo, qui locupletior factus ſit, ciuiliter obligando: Sed etiam quia proprium hoc & ſpeciale habet vt competat tutori contra pupillum, etiamſi pupillus locupletior factus non ſit puta ſi benè quidem & diligenter negotia pupilli tutor geſſerit, ſed aduerſum euentum habuerit id quod geſtum eſt: *l. 3. §. ſufficit, eod. tit. De contr. tutel. & vtil. & action.* Quod diuerſum eſſet in actione negotiorum geſtorum, ſi quis eam contra pupillum exercere vellet. Cogeretur enim præciſè probare pupillum factum eſſe locupletiorem, *d. l. ſi pupilli & d. l. litis.* Illud tamen omnino requiritur vt tutor probet ſe bona fide negotium geſſiſſe, & illud bene atque vtiliter inchoaſſe: Alioqui ſi malè res ceſſerit nullúmque ex eo negotio lucrum ad pupillum peruenerit, nulla ratio eſt cur tutori ſuo teneatur, vt nec alius quilibet actione negotiorum geſtorum alij cuiuſlibet teneretur, *l. ſed an vltrò 10. § 1. ff. eod. tit. De negot. geſt.*

In eóque errat, & contra hoc Princip. peccat Bartolus poſt Dinum, cùm ſcribit ad *d. l. 1. num. 4.* Nihil eſſe ſpeciale in tutelæ actione contraria, ſiue bona fide tutor geſſerit negotia pupilli, ſiue mala fide; Sed eo tantùm caſu quo dubitetur an negotium fuerit malè inchoatum. Nam imò verò quoties dubitatur an negotium bene an malè inchoatum ſit, nulla ratio eſt, cur tutori faueamus, at non potiùs pupillo, cui actio iſta contraria damnum eſſet allatura: Cùm autem conſtat negotium pupilli bona fide inchoatum fuiſſe, ſed tamen effectum non habuiſſe, proprium hoc habet actio contraria, vt non eo minùs pupillum teneat, qui alioquin actione nulla teneretur. Etſi enim id eſt in actione negotiorum geſtorum ſi contra non pupillum exerceatur, *d. l. ſed an vltrò §. 1.* ſecus tamen eſt in ea, quæ contra pupillum exercetur, *d. l. 3. §. pupill. d. l. 6 & 37. de neg. geſt.* Alterutrum enim omnimodo probandum eſt ad obligandum, ſiue ciuiliter, ſiue etiam naturaliter pupillum; Nempe, vel factum eſſe ipſum locupletiorem, ſi alius quàm tutor geſſerit; vel ſaltem bene ac vtiliter inchoatum negotium eſſe, ſi tutor ſit qui agere velit.

Illud quidem verè Bart. contra Accurſium notat, Non eſſe ſpeciale in contraria tutelę actione vt pupillus tutori ſuo ſine alterius tutoris autoritate obligetur. Nam vt ille ait idem eſt in tutelæ actione directa, cùm ſi tutor rem aliquam pupilli emerit palam & bona fide, obligetur ei pupillus & ciuiliter & naturaliter, *l. tutor rerum 56 ff. de admin. & peric. tutor.* Dixi *palam & bona fide*, quia ſi quid faciat tutor clàm & mala fide non obligat ſibi pupillum, ſed ſe pupillo: *l. non exiſtimo 54. eod. l. pupillus 5. §. ſed ſi per interpoſitam, ff. de tutor. & conſenſ. tutor.*

l. tutor rerum 56 ff de admin. tut.

Ex quo apparet quàm ridiculi ſint qui poſt Dinum defendunt actionem tutelæ contrariam, non eſſe bonæ fidei. Cùm ex contrario nulla fuerit ratio eius inducendæ, niſi quod ex bona fide ſit, vt de iis quæ tutor in rem pupilli impendit, pupillus tutori obligetur. Indéque etiam eſt quod hæc actio non ſolùm tutori, verùm etiam ei qui pro tutore negotia geſſit competere debet: *d. l. 1. §. hac actio.*

Sed etſi curator ſit, vel pupilli, eo nimirum caſu quo pupillus curatorem habere poteſt, puta ſi iam habeat tutorem (nec enim tutorem habenti tutor dandus eſt ſed curator) vel adoleſcentis, vel prodigi, dicendum eſt etiam his curatoribus contrarium iudicium dandum eſſe: Idem in curatore quoque ventris probandum eſt *d. l. 1. §. ſed etſi*, vbi addit Vlpianus hanc fuiſſe Sabini ſententiam exiſtimantis cæteris quoque curatoribus ex iiſdem cauſis dandum eſſe contrarium iudicium; Nimirum quia in his omnib. caſibus locum habet eadem ratio bonæ fidei & æquitatis, fuerúntque iſti omnes curatores prouocandi vt curam ſuſciperent, non minùs quàm tutores ad tutelam gerendam.

Cæterum quemadmodum actio tutelæ non poteſt exerceri niſi poſt finitam tutelam, ita neque contrarium iudicium tutelæ quandiu tutela durat *d. l. 1. §. finito.* Nec enim bona fides patitur, vt potiùs conueniatur pupillus à tutore, quàm tutorẽ ipſum conuenire poſſit. At ſi pro tutore qui negotia geſſerit, cùm tutor non eſſet, vel etiam curam adminiſtrauerit, locus erit iudicio contrario etiam ſtatim, quia hoc caſu in ipſum quoque ſtatim actio competit, vt ſubiicit Vlpianus in *d. §. finito.* Siquidem cum eo qui pro tutore negotia geſſit, etiam ante pubertatem agi poſſe nulla dubitatio eſt; quia tutor non eſt: *l. 1. § cum eo qui pro tutor. negot. geſſ.* Cum eo autem, qui curator verè fuit, & eſt, ideò etiam durante officio exerceri actio poteſt, quia verendum non eſt, ne ex eo quod ſemel in iudicium deducta fuerit, tota conſumatur, cum non ex lege 12 tab. vt actio tutelæ, ſed ex ipſa geſtione & adminiſtratione proficiſcatur, vt proinde toties & competat & exerceri poſſit, quoties curator probatur adminiſtraſſe.

Nec repugnat quod ſcriptum eſt in *l. 2. C. de admin. tutor.* Aduerſus adoleſcentis curatorem, cui collegæ dati ſunt, quandiu adminiſtratio communis durat, exerceri iudicium non poſſe Id enim ita accipiendum eſt, vt non poſſit exerceri à collegis; Sicut nec contutor tutelæ actionem exercere poteſt aduerſus contutorem quandiu tutor manet, etiam ſi relegatus ſit: *l. ſine herede 32. §. vltimo, ff. de adminiſt. & pericul. tutor.* quia nimirum relegatio non facit, quin remaneat tutor, *l. tutor petitus 28 § vlt. cum l. ſeq ff. de excuſ. tut. l. quod ſi fortè 14. §. quid ergo ff. de ſolut.* At à minore ipſo aduerſus curatorem exerceri actio quandocunque poteſt. Non quòd pro vniuerſali curatione agi poſſit ante finitum officium, quod & Baldus notat ad *d. l. 2.* ſed quia cùm tempus nullum à lege præſtitutum ſit curationi, ſiue vniuerſalis ea ſit, ſiue certarum rerum, finitur illa ſtatim atque ratio adminiſtrationis poſtulatur. Quamuis enim non ſit liberum minori res ſuas ſine curatore adminiſtrare ante vigeſimũ quintum annũ, attamen poteſt alium petere curatorẽ, & à priore exigere rationes. In eóque curatio differt à tutela, quia tutelæ tẽpus eſt legitimũ cũ

l ſine herede 32. §. vlt. ff eod.

non

non niſi pubertate, aliiſve certis & legitimis modis tutela finiatur. Vnde fortaſſis eſt quod in Inſtit. habemus titulum *Quib. mod. tutel. finit. ante tit. De curat.* Nullum autem de curatione, quando aut quibus modis finiatur. Enimuerò vt quis contrario tutelæ iudicio experiri poſſit, non illud etiam neceſſe eſt, vt in contrarium pupillus directam tutelæ actionem exerceat, ſed ſufficit vt tutelæ iudicio agi poſſit, licèt nondum agatur. Etenim nonnumquam pupillus idcirco agere non vult, quia nihil ei debetur, ſcitque plus in eum impenſum eſſe, quàm ei abſit, nec impediendus eſt tutor contrario iudicio agere, *d. l. 1. §. vlt. de contr. tutel. & vtil. act.* Dubitandi ratio erat, quia contraria tutelæ actio videbatur præſupponere directam: ob idque nec ſi Rationibus diſtrahendis actio intenderetur, locus videbatur fieri actioni contrariæ, cùm actio tutelæ in multis differat ab actione illa Rationibus diſtrahendis, vt explicauimus in præcedentibus. Sed ratio decidendi eſt, quod actio contraria præſupponit directam potentia & aptitudine, non actu, vt Philoſophi loquuntur. Quomodo euenit etiam in cæteris actionibus contrariis depoſiti, commodati, mandati, pignoratitia, & cæteris ſi quæ ſunt huiuſmodi: Non enim exigimus vt directæ exerceantur, ſed tantùm vt competant eo tempore quo contrariæ exercentur. Et ideò benè Iulianus ſcribit in *l. 2. eod tit.* longè magis dandum eſſe contrarium tutelæ iudicium, ſi Rationibus diſtrahendis actio intenderetur. Etſi enim qui actione iſta experitur non ideò tutelæ agit, maiorem tamen præbet occaſionem proponendæ actionis contrariæ, quàm ſi omnino taceret. Nam ſunt quidem duæ actiones, ſed quæ tamen ex vna eiuſdem tutelæ obligatione naſcuntur, *l. 1. §. in tutela, ff. de tutel. & ration. diſtr.*

d. l. 1. §. vlt. ff. de contr. tutel. & vtil. act.

ILLATIO XX.

De tutore reputante à pupillo quod in ipſius rem impendit.

Vigeſimò ex eodem Principio fit, vt ſi tutor iudicio tutelæ conueniatur, poſſit reputare id quod in pupilli rem impendit, *d. l. 1. §. præterea, ff. de contr. tutel. & vtil act. l. 2. ff. vbi pupill. educ. deb.* Sic erit in tutoris arbitrio an compenſare, an ſumptum petere malit: *d. §. præterea, l. vlt. C. eod. l. 2 C. de in lit. dan tut.* Neque enim quicquam intereſt pupilli an tutor indemnis ſeruetur per contrariam actionem, an per compenſationem, cùm vtriuſque remedij idem ſit effectus, vt neque in damno tutor moretur, neque pupillus ex tutoris iactura locupletetur.

Quid ergo ſi iudex compenſationis petitæ rationem nullam haboit? An contrario iudicio nihilominùs experiri tutor poterit? Vtique poterit, quia nihil vetat actionem ei competere qui non poſſit obiicere compenſationem, vt videre eſt in omnibus caſibus in quibus compenſatio non admittitur etiam eius rei quæ debetur: ſed ſi reprobata eſt reputatio & compenſatio poſt examinationem cauſæ, id eſt non ratione aliqua iuris, ſed quaſi nullo debito ſubſiſtente, & tutor ſententiç acquieuerit, aliud probandum erit, nec debebit iudex contrario iudicio id ſarcire, vt ſcriptum eſt in *d. §. præterea.* Quia obſtat tutori exceptio iudicati, perinde ac ſi iodex pronunciaſſet ei nihil deberi: *l. ſi autem 8. §. ſi quæcumque. ff. de neg. geſt. l. quod in diem 7. §. 1. ff. de compenſ.* Neque obſtabit ſi quis dicat, futurum ergo hoc caſu vt pupillus ex tutoris iactura locupletetur. Non enim dici hoc magis poteſt, quàm ſi re vera nihil tutori deberetur, cùm res iudicata pro veritate habeatur: *l. res iudicata 208. de reg. iur.* Denique iudex qui oppoſitæ compenſationis rationem nullam habet, de iure tantùm cogitaſſe videtur non etiam de facto, de quo nec quicquam pronunciat etiamſi exprimat nullam ſe compenſationis rationem habere, quod plerumque hodie fit iis verbis, *ſans nous arreſter*, aut *ſans auoir eſgard à la compenſation requiſe par le deffendeur.* Qui verò compenſationem reiicit quaſi debito nullo exiſtente, hoc ipſo pronunciat de facto, Non ſolùm ſi pronunciet nihil tutori deberi, ſed etiam ſi poſt examinatam facti cauſam in eo poſitam, Vtrum aliquid tutori deberetur, dixerit nullam ſe habere rationem compenſationis. Itaque putarem non tam inſpici debere hac parte verba ſententiæ, quàm vnum illud an de facto iudex cognouiſſet, nécne: quia de qua re cognouit, de ea quoque pronunciaſſe credendus eſt, vt & pronunciare debuit: *vulg. l. de qua re 74 ff. de iudic.*

ILLATIO XXI.

De eo quod pupillus tutori ſuo debeat aliunde quàm ex cauſa tutela.

Vigeſimoprimò ex eodem Principio fit, vt ſi quid pupillus aliunde quàm ex cauſa tutelç ſuo tutori debeat, puta ſi quid à patre pupilli debitum ei fuit, non ſit deducendum in contrarium tutelæ iudicium, *dicta lege 1. §. an in hoc iudicio, ff. eod. de contr. tutel. & vtil. act.* Nam cùm hæc actio non ſit inducta niſi ex neceſſitate, & ex bona fide, ne tutori noceat quod pupilli ſui rem bene ac vtiliter adminiſtrauerit, apparet non poſſe nec debere hanc actionem produci ad ea, de quibus integra eſt actio tutori: *l. 2. in fin. C. de in lit. dand. tutor.* Ergo ſi ideò expectauit, nec exegit, quia tutor erat; magis probandum eſt vt contrario iudicio tutelæ indemnitatem conſequatur: vt ſupradicto loco ſubiungitur ex Vlpiano: tunc enim ea ratio incipit locum habere quæ contrarium iudicium induxit, Ne tutori noceat quod tutor fuit, cùm ſi tutor non fuiſſet, tamdiu non expectaſſet: Nam ſicuti quodcunque aliud geſſit pro vtilitate pupilli id contrario iudicio conſequetur, Ita etiam id quod ſibi debetur conſequi debebit, vel eius ſecuritatem; adeò vt & ſi ex cauſa quæ tempore ſitur, obligatio aliqua contracta fuerit, contrarium eo nomine iudicium ipſi dari oporteat: *d. §. an in hoc iudicio, in fin.* vbi hanc ob cauſam malo legere *ergo*, quàm *ego*. Eſt enim ea illatio ex præcedentibus: Nempe quia credibile eſt tutorem hunc non fuiſſe paſſurum vt obligatio tempore finiretur, ſi agere potuiſſet, nec tutor ipſe fuiſſet. Quamuis enim videatur ei poſſe imputari cur non curauerit dari popillo curatorem contra quem poſſet experiri, Non tamen ſufficiens ea ratio eſt, propter quam debiti ſui iacturam pati cogatur, cùm ſi qua in eo culpa fuit, cauſam ei ſola tutela dederit

d. l. 1. §. an in hoc iudicio ff. de contr. tut. & vtil. act.

Nec enim coactus fuiſſet petere pupillo curatorem ſi alium tutorem pupillus habuiſſet. Sicut ergo non poteſt ei pupillus imputare cur tutelam agnouerit quã ſuſcipere coactus fuit, ita neque cur damnum illud ſenſerit, quod nõ ſenſiſſet ſi tutor non fuiſſet. Nam & ſi tutor ipſe pupillo actione tẽporali tenebatur, nec à ſeipſo intra id tempus exegiſſet, nihilominùs etiam poſt tempus elapſum id pupillo præſtare perpetua actione teneretur: *l. quoties 9. § item ſi temporali, ff. de admin. & peric. tutor.* Quod in cæteris quoque alienorum negotiorum geſtoribus obtinet: *l. ſi autem 8. in princ. l. atquin natura 19. ff. de negot. geſt.* Non debet igitur pupillus recuſare, quominus veniat in contrariam actionem tutelę, quod veniret in directam, cùm vtriuſque actionis poteſtas quantum ad hoc eandem cauſam habeat, quæ tutori non magis nocere debet quàm prodeſſe, quòd tutor fuit.

ILLATIO XXII.

De tutore qui plus impendit in pupillum, quàm eſſet in eius facultatibus.

Viceſimoſecundò ex eodem Principio fit, vt ſi tutor plus in pupillum impenderit quam ſit in facultatibus pupilli, & quæratur an contrario tutelæ iudicio poſſit id conſequi, diſtinguendum ſit an expediat pupillo tutelam ita adminiſtrari, an non, vt ſi expediat, poſſit conſequi; ſi non expediat, abſolui pupillum oporteat: *l. quid ergo 3. in prin. ff. eod. de contr. tute. & vtil. act.* vbi rationem Vlpianus reddit quòd non ideò tutelæ adminiſtrentur vt mergantur pupilli. Iudex igitur qui de contrario iudicio cognoſcet, vtilitatem pupilli ſpectabit, & an tutor ex officio ſumptus fecerit, Nimirum vt prouideat ne quid abſit pupillo quod ei conſeruare tutor debuerit, & rurſum ne quid abſit tutori ex eo quod ipſum ex officio in rem pupilli impendere oportuit. Nam & hoc ipſum quod fauemus tutori contrarium tutelæ iudicium exercenti, ad ipſius pupilli fauorem pertinet, cùm alioqui, vt diximus, non tam facilè inuenirentur, qui tutelæ onus libenter ſuſciperent, ſi non huius indemnitatis ſpe ad id prouocarentur. Quod autem Bartolus quærit, quomodo fieri poſſit vt pupillo expediat, plus in eum impendi quàm habeat ipſe in facultatibus, multos caſus admittere poteſt, præter duos illos quos adfert Bartol. quorum vnus ille eſt, ſi mota fuerat pupillo quæſtio ſtatus & libertatis, & ſumptus litis ſuperauerint facultates patrimonij: Nec enim poteſt imputari tutori cur tantos ſumptus fecerit pro libertate, quæ inæſtimabilis res eſt: *l. libertas 106. De reg. iur.* Alter eſt, ſi tutor inceperit vtiliter, ſed res habuerit poſtea malum euentum: *d. l. 3. § ſufficit.* Addo enim tertium qui frequentiſſimè contingit, ſi pupillo qui locuples credebatur alimenta tutor per multos fortè annos præſtiterit, qualia quantaque ex pupilli dignitate optimus quiſque vir fuerat arbitraturus; Poſtea verò euicta forraſſis hæreditate, qua pupilli nomine bona fide poſſidebatur, appareat ex poſtfacto non habuiſſe pupillum in tempus [illegible], vnde tam ampla alimenta ei [illegible] deberet. Aut finge iam inde ab [illegible] tutelæ tam egenum fuiſſe pupillum, [illegible] alimentis reditus patrimonij ſufficere non potuerint; nec tamen eius vel induſtriæ, vel habitus corporis pupillus fuerit, vt aliunde quã ex propriis facultatibus potuerit exhiberi. Quid obſecro eſt his caſibus quod poſſit imputare tutori etiamſi plus in pupillum impenderit, quàm ferrent ipſius facultates? An fortè iudex propitiis auribus pupillum audiet tutori obiicientem, cur non potiùs eum paſſus ſit fame periclitari? At nemo audiendus eſt alteri obiiciens culpam, ex qua ipſe commodum ſenſerit: *l. ſi extraneus 33. & l. cùm in fundo 78. §. quòd ſi mulier ff. de iur. dot.* Et illud vtrique conſtat tutorem egeno pupillo alimenta de ſuo præſtare non compelli, & ſi fortè poſt decreta alimenta ad egeſtatem perductus pupillus fuerit, diminui quidem exinde debere quæ decreta ſunt, quemadmodum ſolent augeri ſi quid patrimonio acceſſerit, *l. 3. §. vlt. ff. vbi pupill. educ. deb.* ſed totius præteriti temporis erogationẽ impunitam eſſe oportere, quæ fuit inculpata. Vnde enim diuinare tutor potuiſſet, quod tunc latebat? Idémque pro tutore tractari poteſt, ſi fortè pro tuendis bonis pupilli, ſiue aduerſus improbos litigatores & vexatores, ſiue aduerſus vim fluminis in prædia pupillaria irruentis magnos ſumptus facere coactus ſit, nec eo magis tamen pupilli rem ſeruare potuerit. Quamquam hi caſus in eum videntur incidere, quem Bart. non prætermiſit de tutore negotium aliquod bene inchoante, ſed infeliciter citra culpam tamen perficiente.

ILLATIO XXIII.

De tutore in hoc agente vt à pupillo conſequatur liberationem.

Viceſimotertiò ex eodem Principio fit, vt contrarium iudicium ad hoc competere non poſſit, vt quis à pupillo exigat liberationem, Nemo enim dixit contrario quem agere in hoc poſſe, vt tutelæ iudicio liberetur, ſed tantùm de iis quæ propter tutelam ei abſunt, *d. l. quid ergo, §. contrarium, eod. tit. De contr. tutel. & vtil. act.* Etſi enim aliquid abeſſe tutori videtur, & quidem propter tutelam quoadiu abeſt ei liberatio cùm interſit cuiuſlibet vt neque incidat in obligationem, neque in obligatione retineatur, quæ ad eum locum dubitandi ratio eſt; Nulla tamen actio in eam rem comparata eſſe poteſt, ſiquidem actio ius eſt perſequendi in iudicio quod ſibi debetur: *l. nihil aliud 51. De oblig. & act.* Ei autem qui negat ſe pupillo quicquam debere ex cauſa tutelæ, ſi nihil aliud ei viciſſim debeatur, ne quidem liberatio debetur; cùm liberatio præſupponat obligationem: nemo autem ex cauſa tutelæ ſit obligatus ob hoc ſolum quòd tutor fuerit, ſed ob id tantùm quòd vel malè adminiſtrauerit, vel ceſſauerit in adminiſtratione. Quibus ceſſantibus, nihil eſt quod vereri debeat, cùm ſit ſecurus.

Alioqui cogendus eſſet pupillus tutelæ iudicium exercere etiam ſine cauſa, quod à iuris regulis abhorret, *tot. tit. C. vt nemo inuit. ager. vel accuſ. cogat.* Satiſque tutori eſſe oportet, quod nec ipſe quicquam debeat, nec ipſi debeatur. Nam ſi quid vel minimum ſit quod ei debeatur, poteſt arrepta inde occaſione exercendi contrarij iudicij oſtendere nihil ſe debere, atque ita conſequi non modò ſolutionem eius

quod

d. quid ergo 3. in princ. ff. de contr. tutel. & vtil. act.

d. l. quod ergo 3. § contrarium eo.

quod ſibi debetur, ſed etiam liberationem totius rutelæ. Sed & cùm neque debet aliquid, neque ipſi debetur, nulla tamen ille indiget actione, vt poſſit adminiſtrationis ſuæ rationes vltrò reddere, ex quarum redditione appareat nullá in eum tutelæ actionem exerceri vnquam poſſe. Et verò quis putet locupletiorem fieri pupillum ex tutoris iactura, ob id ſolùm quòd actiooem tutelæ habeat, per quam inquietare tutorem poſſit, ſi eam exercendo nihil tamen ſit conſecurutus? Quid verò cooſequi poteſt is, cui nihil debetur. Quid rurſum intereſt tutoris, dummodo ſibi ſuiſque ſecuritatem acquirat? Quòd ſi nec rationes tutoris audire pupillos velit, interpellandus eſt denunciationibus frequenter interpoſitis & ad iudicium prouocandus, ac ſi tùm quoque rem diſſimulatione proferat, actis apud Prætorem, vel Præſidem prouinciæ factis voluntatis ſuæ rationem declarare tutor debet: Quo facto tam ſibi ipſi, quàm hæredum ſuorum ſecuritati bene conſuluiſſe intelligitur: non ne ratio tutelæ poſtea exigi ab eo poſſit quandocumque agere volente pupillo, ſed vt ſi quando aliquid ab ipſo debitum fuiſſe apparebit, nullas tamen eius pecuniæ vſuras debiturus ſit, quia non per ipſum, ſed per pupillum ſteterit ne ſciri potuerit quid & quantum deberetur, vt vel ſolui poſſet, vel ſaltem obſignati ad inhibendum curſum vſurarum, *l. vlt. C. de vſur. pupillar.* vbi quod dicitur de pupillo, intelligi oportet de illo, non qui adhuc pupillus ſit, ſed qui aliquando pupillus fuit, nunc verò adultus eſt, cùm ante pubertatem tutelæ agere cum eo qui tutor manet, pupillus non poſſit nec ſi velit.

l. vlt. C. de vſur. pupill.

Quare nec ratio vlla eſt diſtioguendi cum quibuſdam, Vtrum adultus capax ſit talium denunciationum. Quidni enim capax eſſe poteſt, qui etiam doli capax eſt? Ob idque oec verendum eſt, vt aliquando aduerſus eas denunciationes beneficio ætatis reſtituatur, quia numquam reſtitutio patrocinatur minori qui in dolo fuit, quique auxilium ætatis implorat vt ex dolo ſuo lucretur, & alteri detrimentum adferat. Fieri autem non poteſt vt non ſit in dolo is qui toties interpellatus etiam apud iudicem, noluit tamen rationes tutoris ſui audire, inſpicere, examinare, vt eum perpetuò teneret obligatum. Ponimus enim nullam eum ſatis iuſtam recuſandi cauſam habuiſſe. Alioqui nec mora eſſet, *l. ſciendum 21. ff. de vſur.* Ergo nec neceſſe eſt quod exigunt iſti, vt neceſſariorum præſentia adhibeatur ad ſupplendam, inquit, adoleſcentis imbecillitaté. Quænam enim excuſatio & allegatio imbecillitatis afferri poteſt in ea re, cuius faciendæ tanta ſit ratio ac tam manifeſta? Quamquam ſi quis etiam neceſſarios adoleſcentis adhibere velit, vt tantò minùs ſit quod ſibi imputetur, faciet ſanè conſultius, non tamen neceſſariò; Niſi poſſis ex regionis more & municipali conſuetudine ita comparatum eſſe, vt neque contractus, neque denonciatio, neque aliud quicquam fieri cum minore poſſit ſine præſentia neceſſariorum. Eo namque caſu admittam libentiſſimè regionis morem ſeruandum eſſe, vt denunciationes iſtæ effectum habere poſſint.

Addit Bartolus ex Bulgaro, Poſſe etiam iudicis officium à tutore implorari, vt nimirum cogat adultum agere, vel rationes audire, ex *l. ſi contendat 28. ff. de fideiuſſor. & l. Aurelius 28. ff. de liber. legat.* Sed malè, vt conſtat ex *d. l. vlt.* quæ etſi de Prætoris quoque autoritate interponenda loquitur, non tameo ad aliud prodeſſe vult hanc autoritatem, quàm ad hoc vt tutor præſente Magiſtratu voluntatis ſuæ rationem declaret, id eſt teſtificetur & affirmet paratum ſe eſſe rationes reddere, ad hoc vt appareat nihil ſe debere, aut ſi quid debeat, ſoluat. Nec eò vſque lex progreditur, vt dicat Præſidem prouinciæ aliquid in adultum ſtatuere poſſe vel debere: neque ſanè Bulgari ſententia vllomodo probāt ſupradicti iuris loci quibus ipſe nitebatur. Hoc tamen obſeruare tutor debet qui denunciationibus iſtis vtitur, vt tam adulto ipſi quam Magiſtratui non tantum verbo, ſed etiam re ipſa exhibeat rationes, & inſtrumenta ad eas pertinentia, ne alioqui dicis tantum cauſa & perfunctoriè rationum redditionem obtuliſſe videri poſſit.

Solent autem hîc Noſtri quærere poſt Accurſium & Bartolum, Si tutor curauerit fieri ſibi liberationem à pupillo iam adulto & pubere, idque cum iuramento, an valeat talis liberatio, Parum accommodatè ad Vlpianum meo iudicio: Non. n. Vlpiani ſententia illa eſt, vt tutelæ liberationem vniuerſalem à pupillo qui adultus eſt, conſequi tutor non poſſit, ſi fortè adultus eum liberare velit, nullo etiam interpoſito iuramento. Sed hoc tantùm ſibi vult Vlpianus, non competere tutori iudicium contrarium ad id, vt cogat pupillum agere, atque ita ſe liberet ab actione tutelæ. Reſpondent verò ad propoſitam quæſtionem, Valere huiuſmodi liberationem ex *Auth. ſacramenta puberum, C. ſi aduerſ. vendit.* quę confirmat omnia geſta per puberem, qui iurauit, adeò vt nec indulgeri poſſit ei beneficium reſtitutionis auxilio ætatis, Quia, inquiunt, tametſi ea Imperatoris Federici conſtitutio loquatur de contractibus, liberatio autem ſit diſtractus, nec videatur protrahenda vltra ſuos terminos, vt pote quæ tam ſit odioſa, quàm fauorabile eſt beneficium reſtitutionis quod illa minori auffert, liberatio tamen fauorabilis eſt: *l. Arrianus 47. de oblig. & act.* Et præterea, inquit Bart. quando quis liberat aliquem, ipſe obligatur ſaltem naturaliter ad non petendum ratione illius obligationis naturalis, ac proinde nihil impedit quominùs ea liberatio validari poſſit per iuramentum.

Auth ſacramenta C. ſi aduerſ. vend.

Ego verò & quæſtionem otioſam & reſponſionem ineptam eſſe arbitror. Nam ſi hæc liberatio non valeret ſine iuramento, non poteſt iuramentum eam validare, quia non illa Imperatoris mens fuit vt contractus à pubere initi confirmentur iuramento ſi alioqui ſint inualidi, quod vulgò Noſtri & interpretes & pragmatici malè exiſtimant; ſed vt ſi ab initio valeant, non ſubiaceant periculo reſtitutionis in integrum quemadmodum alibi ſcripſimus. Vel ergo quærimus, An talis liberatio valeat ipſo iure, vel an ita valeat vt neque per in integrum reſtitutionem reſcindi poſſit. Priore caſu, nihil attinet quærere de iuramento ſi ius ciuile inſpicimus, quia ſiue dicamus valere ſine iuramento, non poteſt iuramentum aditum facere vt magis valeat: Siue dicamus non valere ſine iuramento, certum eſt iuſiurandum contra leges interpoſitum nullius eſſe momenti ipſo iure: *l. non dubium 5. in fi. C. de legib. l. iuris gentium 7. § & generaliter ff. de pact. l. quis inquilinos 112. §. vlt. de legat. 1.* Dixi *ſi ius ciuile inſpiciamus*, quia fateor aliud eſſe iure Pontificio, & ſeruandum eſſe iuſiurandum quoties ſeruari poteſt ſine diſpendio ſalutis æternæ, *c. cum contingat*;

& paſſ. *ff. de iureiur. c. quamuis pactum, de pact. in 6.* Poſteriore verò caſu id eſt ſi quæratur de iure reſtitutionis in integrum, puto nec ſi minor iurauerit, auxilium tamen illud denegandum eſſe. Non illa tantum ratione ſanè optima quam Galli adferunt, & Sabaudi probant, quod eadem facilitate minores iurant, qua contrahunt; verum etiam quia quandiu rationes redditæ nõ ſunt eo modo, quo reddi debent, id eſt ita vt legendæ offerantur primùm, deinde computandæ vt explorari poſſit an imputationes probè an improbè referantur, accepta rectè relata ſint, an non rectè, neſciri poteſt an aliquid, aut quantum debeatur. Adeò vt nec ſufficiat reliqua eſſe oblata in folle & ſacculo, id eſt non priùs bene diſpunctis & examinatis rationibus, *l. cùm ſeruus 82. ff. de condit. & demonſt. l. 3. §. ſi plus quàm iuſſus, de ſtatulib.* Non ergo poteſt fieri vt contigat liberatio. Prius ſiquidem eſt vt certum ſit aliquem debere, quàm vt eius quod debet liberationem poſſit ſibi acquirere, vnde eſt quod qui ſub conditione debet, ſi ante conditionis euentum ſoluerit, nihilomagis liberatur, nempe quia nihil adhuc debet: *l. ſtipulatio iſta 38. §. inter certam, ff. de verb. oblig.* Quomodo igitur liberari poteſt tutor qui numquam reddidit rationes, & de quo neſcitur adhuc an aliquid ipſe debeat, an potiùs ei debeatur?

Quòd ſi liberatio in hoc caſu poſſet ipſo iure contingere, non tamen dubitari oporteret, quin ſuccurrendum eſſet minori per in integrum reſtitutionem, quamuis iuſiurandum interueniſſe proponeretur, quia non niſi temerè ac ſine certo iudicio poteſt ea liberatio facta eſſe per pupillum ignorantem quid & quantum ſibi deberetur. Iſtas verò liberalitates incertas & hoc ipſo captioſas interpretatio Prudentum frangere debet, *l. cùm Aquiliana 5. ff. de tranſact.* hactenus ſaltem ne prætextu iuriſiurandi reſtitutio in integrum aduerſus eas denegetur; Præſertim minori, qui etſi vtiliter obligari poteſt, ſiue curatorem habeat, ſiue non habeat, *l. puberes 101. De verb. oblig.* non tamen facilè priuari debet auxilio reſtitutionis, ſed tantò difficiliùs eo caſu quo faciliùs eſt vt decipiatur. Nec ei nocere debet quod iurauerit, quia iudicium vnum eſt ex comitibus iuriſiurandi, non autem poteſt videri certo iudicio iuraſſe, qui iureiurando liberauerit tutorem priuſquàm comperiſſet quid & quantum ſibi à tutore deberetur. In ſumma debet res incipere à facto, id eſt à rationum redditione, deinde peruenire ad pecuniam, vt loquitur *dict. l. cùm ſeruus*, ſiue quæramus de obligatione, ſiue de liberatione illius qui rationes reddere debet.

l. cùm Aquiliana 5 ff de tranſact.

ILLATIO XXIV.

De vſuris etiam tutori contrario iudicio præſtandis.

Vicesimoqoartò ex eodem Principio fit, vt quod contrario iudicio tutori debetur, admittat vſurarum acceſſionem, *dict. §. contrarium*, vbi Vlpianus ſcribit tutorem per hanc actionem conſequi pecuniam, quam impendit cum vſuris. Nam & idem euenit in cæteris omnibus qui pecuniam ſuam in aliena negotia impenderunt, ſi poſtmodum agant negotiorum geſtorum: *l. atquin natura 19. §. pen. ver. contra quoque, ff. de neg. geſt.* ſicut è contrario is qui aliena negotia geſſit, ſi quid ex ea cauſa debeat, etiam vſuras debet: *l. liberto 31. § qui aliena, l. litis 37 §. ſi pecunia, eod. l. tutori 20. C. eod.* Et generaliter in omnibus bonæ fidei iudiciis, vſurarum rationem haberi certum eſt: *l. in bona fidei 13. C. de vſur.* Eſt enim hoc ex bona fide, vt videatur ne in damno moretur is qui negotium alienum bene geſſit: Eſſet autem in damno ſi careret vſuris quas ex pecunia ſua percepiſſet, ſi eam non impendiſſet: Quamquam enim dici ſolet vſuras non propter lucrum petentium, ſed propter moram non ſoluentium infligi: *l. cùm quidam 17. paragrapho, ſi pupillo, ff. de vſur.* cùm tractamus de eo quod intereſt, non tantùm inſpicimus quid abſit ei qui agit, ſed etiam quid lucrari potuerit: *l. ſi commiſſa 13. ff. rat. rem haber.* quod Noſtri ſolent dicere lucrum ceſſans, & damnum emergens: vſuræ autem in contrario tutelæ iudicio debentur non ſimiles pupillaribus, quæ ſunt maximæ, vt ſuo loco explicauimus; ſed trientes tantum, vel ſi quæ maiores in regione frequentantur, quales ſunt apud nos quincunces, dum tamen ne excedant ſemiſſes. Hoc enim expreſsè Iuſtiniani conſtitutione cautum eſt, ne prætextu conſuetudinis quæ in regione obtinet, vſuræ vnquam præſtari poſſint maiores ſemiſſibus, extra certos caſus ea conſtitutione exceptos in *l. eos §. cæteris, C. de vſur.* Excipiendus tamen etiam eſt ille caſus, quem Vlpianus ponit in *d. §. contrarium*, ſi mutuatus ſit grauioribus vſuris, & neceſſe habuerit mutuari vt pupillo eas ex iuſta cauſa prorogaret; item pupillum liberauerit ab vſuris grauioribus, aut ſi etiam ipſe caruit maioribus vſuris quas à debitoribus ſuis exigebat. His vtique caſibus omnibus non eas vſuras pupillus debebit, quæ ſunt trientes aut quæ in regione frequentantur, ſed eas ipſas quas tutor ipſe præſtitit aut quibus pupillum liberauit, aut denique quibus caruit, ſi nimirum profuit pupillo pecuniam eſſe his conditionibus exſolutam.

Planè ſi fortè tutor pecuniam aliquam pupillarem penes ſe retinuit, quam debuerit fœnerare, & ipſe viciſſim aliquid pro pupillo ſoluerit, non id obſeruabimus vt ipſe pupillo præſtet vſuras pupillares, pupillus verò ipſi trientes; ſed dicemus ipſum nec vſuras conſequi debere, nec viciſſim vllas præſtare, tanquam facta ipſo iure compenſatione quantitatis quæ hinc inde debetur: Nec enim dubitatur, quin compenſatio fiat ipſo iure, præſertim in bonæ fidei iudiciis, atque ita impediat curſum vſurarum quantum ad concurrentes quantitates, vt loquitur Imp. in *l. ſi conſtat 4. C. de compenſat. l. cùm alter 11. & ſequent. l. poſteaquàm 21. ff. eod.*

Idque eſt quod addit Vlp. in *d. §. contrarium, verſ. planè*, vbi ſubiicit, *Quare etſi in vſus ſuos conuertit*, deinde aliquid impendit in rem pupillarem, deſinit vertiſſe eam quantitatem cui reſpondet illa quam poſt impendit, & exinde id eſt ex eo demum tempore non præſtabit vſuras, quas alioqui maximas debebat, pecuniæ in rem ſuam verſæ. Nec enim videtur verſum, niſi quod durat verſum: *l. ſi pro patre 10. §. verſum, ff. de in rem verſ.* Et è contrario, ſi antè impendit aliquid in rem pupillarem, mox tantundem in vſus ſuos vertit, non tam videbitur vertiſſe quantitatem quæ concurrit cum quantitate ſibi debita, quàm ſibi eam ſoluiſſe, vt proinde nullas eius ſummæ vſuras præſtet. Vſuras autem

d. § contrarium.

pecuniæ,

Digitized by Google

pecuniæ, quam in rem pupilli impendit, cnnſequetur tutor, nnn ſnlùm quamdiu tutnr erit, ſed etiam pnſt finitam tutelam, quoaduſque indemnitatem fuerit ennſecutus, id eſt quoad ei reddatur pecunia. Nec enim debet ſterilis tutnri eſſe pecunia: *d.l. 3 §.vſuras, de contr.tut. & vtil. act.* Sicut & viciſſim tutor, eius pecuniæ qua vſus eſt, vſuras pupilln debet non tantùm in tempus vſque finitæ tutelæ, ſed etiam pnſt depnſitum officium, finitámque adminiſtrationem, vſque in diem accepti de tutela iudicij, id eſt quo reſtituit tutelam: *l.tutor. 7.§.vlt l.Lucius 46.§.quæſitum, ff.de adm.tut.l.1.§. vlt. ff. de vſur.*

Subiungit tamen Vlpianus in *d.§.vſuras*, Si fuit in ſubſtantia pupilli vnde poſſet tutnr conſequi quod ſibi debebatur, dicendum eſſe non oportere illum à pupillo vſuras exigere; Nempe quia ſibi ſoluerit, cùm poſſet, *l. quoties 9. §. ſicut autem, ff.de admin.& peric.tut.* Quid ergo ſi de re pupillari oon potuit ſibi ſnluere, fortè quia pecunia pupilli erat depoſita ad prædinrum comparatinnem, aut redituum annunrum, aut etiam mobilium, aliarúmve rerum quarũlibet pupillo neceſſariarum, ex mandatn nimirũ vel Prætoris, vel Præſidis, vel teſtatoris. Hunc quoque caſum tractat Vlpianus, & diſtinguit, vt ſiquidem non poſtulauit à Prætore vt prnmatur pecunia, vel cùm nondum depoſita eſſet, vt hnc minùs deponeretur, ſibi debeat imputare; quia credibile eſt, id eum fuiſſe impetraturum ſi pnſtulaſſet: cum etſi pupillaris pecunia in arcam repoſita ſit ad prædinrum comparationem, ſoleat etiam citra permiſſum Prætoris capi ab eo qui exequitur iudicatum & in iudicati cauſam cnnuerti, *l. à Diuo Pio 15.§.vlt.ff.de re indic.* Si verò cùm hoc deſideraſſet tutor à Prætore non impetrauit; dicendum eſt, inquit Vlpianus vſuras ei non decurrere in contrario iudicio. Quid enim poſſis huic tutnri imputare, An fortè quòd nnn appellauerit ab iniquitate Prætoris, qui rem quam permittere debuerat, permittere noluerit? Minimè. Nunquam enim is pro quo pronunciatum fuit, imputare aduerſario pnteſt cur non appellauerit: *l.ait prætor.7.§.1.ff.de min.* nec ad hunc caſum pertinet quod ſcriptum eſt in *l. ſi per imprudentiam 51.de euict.* vbi agitur de ſententia per imprudentiam, aut ſordes iudicis inter alins lata. Pecuniam vero ad comparationem prædinrom depnſitam intelligere debemus, ſicut nnn eam quæ tantùm deſtinata fuit (ſola oamque deſtioatio rei qualitatem & naturam numquam mutat, *l.ſi id quod 58.§.1.ff.pro ſocio, l.ligni 55.§. ſi lignum, l.ſi chorus 79 §.1.de legat.3.* ſed prndeſt tantùm ad printem qualitatem & naturam rei retinendam, *l.fundi 17. §. pen. & vlt. cum l. ſeq. ff. de action.empt. l.qui res 98.§.aream, ff. de ſolut.*) Ita nec illam, quæ fuerit redacta ex venditione rei immnbilis, qunmndo Zaſius malè interpretatur. Nihil enim refert vnde prnuenerit pecunia, cùm illa etiam quæ ex bonorum mnbilium venditione redacta eſt, poſſit depoſita eſſe ad comparationem prædiorum, hodie præſertim, poſtqoam tutnribus remiſſa eſt fœnerandi, & iniuncta bonnrum nmnium mnbilium vendendorum neceſſitas, *Auth.nouiſſime*, iunct. *l.lex qua tutores 22. C.de admin.tutor.* Hæc verò nmnia non aliam rationem habent, quàm quod ex bona fide ſit huiuſmndi diſtinctiones adhiberi, quarum æquiſſimo temperamentn prnſpiciatur, ne qua ſiue pupillo, ſiue tutori fraus & iniuria fiat.

l. à Diuo Pio 15.§.vlt.ff.de re indic.

Ex qun apparet, nihil cum hac Vlpiani ſententia commune habere, qund Bartolus tractat ad *dict.§ vſuras*, An filiofamilias currat præſcriptin ratione bonnrum aduentitinrum, in quibus pater nullum habeat vſumfructum. Nam ſiue filiusfamilias petierit à patre vt præſtaret ſibi autoritatem ad agendum, & obtinuerit, ſiue nno nbtinuerit, ſemper eſt qund ei imputetur, quare nnn adierit Prætnrem qui ex officio ſuo pntuiſſet cogere patrem ad eam autoritatem præſtandam: *l. vlt. §. neceſſitate C. de bon. qua liber.* At nnn pntuit tutnr cogere Prætorem vt permitteret ſolui quod ipſi tutnri debebatur, ex ea pecunia quæ depoſita erat in emptinnem prædiorum, vt benè contra Raynerium diſputat Bartolus.

l.vlt.§ neceſſitate C. de bon.qua liber.

Quid ergo ſi adierit filiusfamilias Prætorem, & ab eo petierit vt patrem cogeret præſtare autnritatem, nec tamen obtinuerit? Hoc caſu videtur admiſſurus Bart. nnn debere præſcriptionem currere filiofamilias, cui ſane fatendum eſt nihil poſſe in hac ſpecie imputari. Et tamen nnn putn ita eſſe, qunniam nihil refert bnnæ fidei pnſſeſſnris an eo abſente & ignorante iniuriam filiofamilias fecerit iudex, qui cogere debuerat patrem; & optimè prncedit hoc caſu qund ſcriptùm eſt in *d.l.ſi per imprudentiam*. Iniuriam, quę per ſententiam inter alios lata voi facta eſt, alij nocere oon debere. Nam etſi verum amamus pnteſt adhuc iſti filinfamilias imputari, cur ab ea Prætoris denegatinne non appellauerit. Sanè cùm agitur de filiifamilias bonis adueotitiis, in qoibus pater habet vſumfructũ, placet nnn currere filin præſcriptinnem totn eo tempnre qun remanet in patris poteſtate. Nnn quia non valenti agere præſcriptin nnn currat, vt vulgn Interpretes tradunt, quod nns alibi refutauimus, Sed quoniam ita expreſſim conſtitutum eſt à Conſtantino in bonis maternis, in *l.1. C. de bon. matern.* & in cæteris aduentitiis à Iuſtiniann in *l.1.§ vlt.C.de annal.except.*

ILLATIO XXV.

De præſtando per contrarium iudicium etiam eo quod in rem pupilli verſum eſt.

VIceſimoquintò ex eodem Principio fit, vt iudicio contrario tutelæ præſtandum ſit etiam id, quod in rem pupilli à tutnre verſum eſt, ſiue ante, ſiue poſt tutelam, ſi modò probetur connexum iis negotiis, quæ tutelæ tempnre geſta fuerunt: *d.l.quod ergo 3.§.iudicio, De contr. tutel.& vtil.act.* vbi tamen verba illa *ante tutelam*, lineis intercluſa delenda ſunt, potiùs quàm cum Bartoln ſic interpretanda quaſi dicſit *finitam*, vt tempus tutelæ ſignificetur non qund præceſſit tutelam. Tractat enim Vlpianus *in primo illo verſic.* de iis tantùm quæ geſta ſunt pnſt tutelam, & quod ait *vel poſt tutelam*, eum ſenſum habet ac ſi ſcriptum eſſet, *etiam poſt tutelam*. Nam & cnnditin illa, quæ ſtatim ſubiicitur, *ſi negotiis tutelæ tempore geſtis nexum probatur*, non pertinet niſi ad ea quæ poſt finitam tutelam geſta ſunt, ſicut nec tutnr directo tutelæ iudicio tenetur nb ea quæ geſſit poſt finitam tutelam, niſi fuerint connexa tutelæ, id eſt talia ſine quibus tutelæ adminiſtratin expediri non potuerit: *l. ſi tutor 13. ff.de tut.& ration. diſtr.* l. tu-

torem 37.ff.de admin. & peric.tutor. Nam in iis quæ ante ſuſceptam tutelam geſſit tutor, & in rem pupilli impendit, non ſolum ſi pro tutore negotia gerebat, vel ventri curator datus erat, ſed etſi pupilli tanquam alterius cuiuſlibet negotia tractabat, nulla diſtinctio adhibetur, quin veniant in contrarium tutelæ iudicium, ſi modo hic poſtea tutor factus ſit, nec niſi bona fide ſumptus illos feciſſe probetur, vt ſequitur apud Vlpianum. Non enim illud etiam requirimus vt fecerit vtiliter, ſi modò bona fide fecerit. *§.ſufficit, eod leg.* At obſtare illud videtur, quod *ſuprà* diximus *illat.* 21 non eſſe dandum tutori contrarium iudicium pro iis quorum nomine aliam eámque directam actionem poteſt habere. Verùm reſpondendum eſt, huic obiectioni locum non eſſe, cùm tutor ne alia actione experiretur, motus ex eo fuit quod tutor erat, tutelæque finem expectabat: ſecundum ea quæ idem Vlp. ſcribit in *l.1.§ an in hoc iudicio. verſ. quid tamen, eod.tit.* quod & Bart. admittit.

ILLATIO XXVI.

De contraria actione tutelæ perpetuò & in hæredem quoque danda.

Vicesimoſextò ex eodem Principio fit, vt contraria iſta actio tutelæ perpetua ſit, & hæredi, & in hæredem detur cæteróſque ſucceſſores & ad quos ea res pertinet, & in eos, *d.l.quid ergo 3.§.vlt.eo.* Cùm enim ideò competat ne quid abſit tutori, & ne ex ipſius iactura lucrum & prædam faciat pupillus, apparet eſſe illam rei perſecutoriam, cuiuſmodi quæ ſunt, licèt ex Prætoris iuriſdictione deſcendant, ſunt perpetuæ: *l. in honorariis 35.ff.de oblig.& action.* Hodie tricennales ex *l.3.C.de preſcr.30.annor.*

ILLATIO XXVII.

De contraria actione danda etiam tutori, qui remotus fuit tanquam ſuſpectus.

Vicesimoſeptimò ex eodem Principio fit, vt tutor qui in rem pupilli bona fide multa impenderit, licèt poſtmodum remotus ſit à tutela tanquam ſuſpectus, ea tamen perſequi poſſit & conſequi contrario iudicio tutelæ: *l. à tutela 4.ff.de contr.tut.& vtil.act.* vbi rationem Iulianus reddit, quòd nihil prohibeat ſuſpectum tutorem eſſe, quamuis complura in rem pupilli impenderit, quæ ipſum amittere non oportet; Ne ſcilicet alioquin eueniat vt ex ipſius iactura pupillus locupletetur. Nec quod tutela nondum finita ſit, ad rem facit; quandoquidem is qui à tutela remotus eſt, eo loco haberi debet, quo eſſet iam finitâ tutelâ. Et ſicut actiones patitur perinde ac ſi pupillus pubes factus eſſet, ita & permittendum ei eſt, vt contrario iudicio poſſit perſequi quicquid ei abeſt, vt in eadem lege Iulianus ait; vbi non malè Baldus notat, Eum qui ab aliquo actu remouetur, non ideo perdere iura quæ medio tempore adquiſiuit. Ex quo etiam infert Bart. ſi Prælatus, vel alius adminiſtrator impenderit aliquid in adminiſtrationem, à qua remotus poſtea fuerit, non eo minùs poſſe illum repetere ſumptus à ſe factos; niſi fecerit in eam ipſam rem, in qua peccauit: vt *in Auth. qui res, C.de ſacroſ.Eccleſ.*

l. à tutela 4. ff. de contr. tut. & vtil. act.

ILLATIO XXVIII.

De tutoris hærede qui ſoluit ſummam, in quam obligati fuerant pupilli.

Vicesimooctauò ex eodem principio fit, quod Vlp. reſpondit in *l.penult.eod.tit.* Hæredem tutoris, ſi eam ſummam ſoluerit, in quam obligati pupilli fuerunt, actionem contrariam aduerſus eos habere poſſe: nempe quòd non tanquam alius quilibet, ſed tanquam hæres tutoris ſoluiſſe credendus ſit, & conſequenter ex cauſa tutelæ, vt vel tantò minùs deberet pupillo in reddendis tutelæ rationibus, vel tanto plus ab eo exigeret. Proinde ne quid ei abſit ex hac cauſa, ipſe etiam pupilli fauor efficit, vt contrarium tutelæ iudicium huic hæredi tutoris ſufficere debeat, nec remittendus ſit ad aliam actionem, præſertim cùm pupilli non interſit qua actione conueniatur. Nec enim plus præſtat actione contraria tutelæ, quàm præſtaret contraria actione negotiorum geſtorum. Et vtraque in id tantùm, & ideò tantùm competit, ne locupletetur pupillus ex iactura tutoris. Quod autem ad fideiuſſoris hæredem quidam protrahunt hanc ipſam ſententiam, ex *l. ſi ei 11. ff. mandat.* non poſſum intelligere. Ibi enim tractat Pomponius non de hærede fideiuſſoris, ſed de ipſo fideiuſſore hærede ſui creditoris, cui fuerat condemnatus ex cauſa fideiuſſionis. Et ait, ſi ei cui damnatus ex cauſa fideiuſſoria fueram, hæres extitero poſteà, mandati actionem me habiturum. Cui tamen contrarium videtur quod Africanus reſpondit in *l.hæres à debitore 21.§.vltim. ff. de fideiuſſ.* Cùm fideiuſſor reo ſtipulandi hæres extitit, non mandati agere illum debere, ſed potiùs ex ſtipulatu, quia non poſſit intelligi à ſeipſo tanquam fideiuſſore pecuniam exegiſſe, cùm debitor ipſe maneat obligatus. Sed diſtiguendus eſt fideiuſſor, qui reo ſtipulandi hæres extitit, poſteaquam ei ex cauſa fideiuſſoria fuit condemnatus ab eo, qui nondum fuerat condemnatus. Priore caſu, id obtinet quod vult Pomponius: Poſteriore verò, quod Africanus: quia non cauſa hæreditaris inducit actionem mandati, ſed cauſa condemnationis: *l.fideiuſſor 45. eod. tit. l. Lucius 38 §.1.ff.mandat.l.ſi pro ea 10.C.eod.*

l.hæres 21.§. vlt.ff.de fideiuſſ.

ILLATIO XXIX.

De tutore qui ſe pro pupillo obligauit.

Vicesimononò ex eodem Principio fit, vt ſi tutor pro pupillo ſe obligauerit, habeat contrariam actionem etiam priùs quàm ſoluat, *l.vlt.ff.de contr.tut.& vtil.act.* itémque ſi quid ex bonis ſuis creditoribus pupilli obligauerit, *§.tutores, Inſtit.de oblig.quæ ex quaſ.contr.* Ratio enim eſt, quia tutori hoc ſaltem abeſſe videtur, in quo obligatus eſt: *l. ſi quis mandatu 28. ff. de neg.geſt.* vbi Iauolenus ait, Ei qui mandauit, alterius negotia gerenda competere mandati actionem cum eo cui mandauit gerenda, licet nihildum

ille

Digitized by Google

ille præſtiterit domino, quia ſufficit ipſius intereſſe. Tantum autem intereſſe ipſius videtur, quantum is domino præſtare debeat, cui vel mandati, vel negotiorum geſtorum actione ſit obligatus. Sic & Paulus ſcribit in *l. ſi mandatu 45. ff. mandat.* Si mandatu meo fundum emeris, poſſe te mecū agere mandati, non ſolùm vbi dederis pretium, ſed etiam antequā des, ne neceſſe habeas res tuas vendere, & ad hoc tantùm vt ſuſcipiam obligationem quæ aduerſus te competit venditori. Nam & ego tecum agere poſſum, inquit Paulus, vt præſtes mihi aduerſus venditorem empti actiones. Ratio autem huius rationis eſt, quia cuiuſlibet intereſt non ſoluere potiùs quàm ſolutum repetere: *l. 3 ff. de compenſ. l. ſi ſtipulatus 15. in princip. ff. de fideiuſſ.*

ILLATIO XXX.

De tutore qui pro re pupilli, quam emit, præſtitit litis æſtimationem ex ſua pecunia.

Trigeſimò ex eodem Principio fit, vt ſi pro re pupilli, quam emit tutor, litis æſtimationem præſtiterit, non ex pecunia pupilli, ſed ex ſua, ſtipulatio de euictione non tutori, ſed pupillo aduerſus venditorem cōmittatur: *l. ſi pro re pupilli 22. in princ. ff. de euict.* Nimirum, quia nihil videtur abeſſe tutori ſuo nomine, qui ex ſuo ſoluit litis æſtimationem, cùm ad illud ipſum repetendum habeat paratam contra pupillum tutelæ actionem contrariam. Ipſi autem pupillo abeſſe iam videtur, quicquid contraria illa tutelæ actione tutori ſuo reddere illum eſt neceſſe.

ILLATIO XXXI.

De actione protutelæ.

Trigeſimoprimò ex eodem Principio fit, vt protutelæ actionem tanquam neceſſariam Prætor propoſuerit; quia cùm plerumque incertum ſit vtrum quis verè tutor, an verò quaſi tutor pro tutore adminiſtrauerit tutelam: Idcirco in vtrumque caſum actionem Prætor ſcripſit, vt ſiue tutor fuerit, ſiue non fuerit qui geſſit, actione tamen aliqua ad reddendas rationes teneatur, vt Vlpianus tractat in *l. 1. in princip. ff. de eo qui pro tutor. prove curat. negot. geſſ.* Solent enim, inquit, magni errores intercedere, vt diſcerni facilè non poſſit vtrum quis tutor fuerit, & ſic geſſerit; an verò non fuerit, protutoris tamen munere functus ſit. Et ita facilè damnum incurreret pupillus ſi hanc protutelæ actionem non haberet. Ac proinde quemadmodum pupillorum fauor effecit, vt contra eos iudicium tutelæ contrarium Prætor tutoribus vetis dare debuerit, vt ſuprà diximus; Ita & illud à Prætore conſtitui æquum fuit, vt ei qui pro tutore negotia geſſit, contrarium iudicium competat: *leg. vltim. eod.* Scilicet eadem æquitatis ratione, eodémque pupilli fauore idem ius eliciente in vtroque caſu; vt *ſuprà* dictum eſt *illat. 19. ex leg. 1. §. 1. ff. de contr. tutel. & vtil. action.*

l. 1. ff. de eo qui pro tut.

Pro tutore autem negotia gerere dicitur quiſquis, cùm tutor re vera non ſit, tutoris tamen munere fungitur in re impuberis, ſiue ſe putet tutorem, ſiue ſciat ſe non eſſe, ſed fingat tamen eſſe. Proinde etſi ſeruus qui verus tutor eſſe non poteſt, quaſi tutor egerit, gerendo etiam ſe pro libero in neceſſarium antecedens, Diuus Seuerus reſcripſit dandum eſſe in dominum ipſius hoc iudicium, non directum, quandoquidem nihil dominus ipſe geſſit, ſed vtile: *d. l. 1 §. proinde*: ne ſcilicet alioqui pupillus in damno moretur.

Sed & actio iſta protutelæ contra eum quoque, qui verè tutor ſit, locum habere poteſt: puta ſi quis cum iuſto teſtamento tutor ritè datus eſſet, & idipſum ignoraret, pro tutore negotia pupilli geſſerit: Non enim poteſt hic teneri quaſi tutor, quia ſcire quoque ſe tutorem eſſe debet, vt eo affectu negotia gerat, quo tutor gerere debeat: *leg. quæro 3. eodem tit.* An & ſimiliter ſcire debet pupillarem eſſe rem quam tractat? Minimè. Quiſquis enim ſcit ſe tutorem eſſe, nullam probabilem cauſam habere poteſt ignorandi an ſuum ſit, an pupillare negotium quod tractat: & quamuis aliquam habere poſſet, pupilli tamen fauor efficere deberet vt plus valeret quod eſſet in veritate, quàm quod in opinione. Quamquam parum intereſt pupilli an tutelæ actionem habeat contra tutorem, an protutelæ, cùm vtraque actio eiuſdem ſit poteſtatis, eaſdémque habeat præſtationes, etiam vſurarum: *dict. leg. 1. §. in protutela, junct. l. in bonæ fidei 13. Cod. de vſur.* idémque priuilegium prælationis iure vetere inſpecto, & tacitæ hypothecæ ex iure nouo, ſi credimus Accurſio ad *l. pro officio 20. Cod. de adminiſtr. tutor. ex leg. abſtinuiſque 19. ff. de rebus autor. iudic. poſſid.* De quo plura ſcripſimus in loco. Nam & qui pro tutore negotia gerit, eandem fidem & diligentiam in rebus pupilli præſtare debet, quam verus tutor præſtaret, *leg. penultim. ff. de eo qui pro tutor.* Sicut & ex parte illius, cuius negotia geruntur, requirimus eam eſſe perſonam, cuius ætas recipiat tutorem, id eſt vt ſit impubes. Alioqui ſi quis quaſi tutor negotia geſſerit eius qui iam pubes eſt, neque tutorem habere poteſt, protutelæ actio ceſſat: ſimili modo etſi eius qui nondum natus eſt; ſed erit his caſibus negotiorum geſtorum actio: *dict. l. 1 §. ſi quis quaſi tutor, eod.* Nulla enim tutelæ ſignificatio eſt iis caſibus, quibus tutela vera eſſe non poſſet, *leg. poſthumo 24. ff. de tutel. & ration. diſtr.* vbi quod additur, neque negotiorum geſtorum actione teneri poſſe illam, qui poſthumi nunquam poſtea nati negotia geſſit, de directa negotiorum geſtorum actione intelligi debet, non de vtili, quam in eum dandam eſſe ſubijcitur *in eadem lege*, iis verbis, *& ideo vtilis in eum actio dabitur* Nam de vtili negotiorum geſtorum, non tutelæ actione intelligi ea verba oportere certum eſt, ne pugnet Paulus cùm cæteris Iuteconſultis qui actionem negotiorum geſtorum in hoc caſu dederunt, *l. cum pater 29. ff. negot. geſt. l. ſi nemo 19. §. vlt. ff. de teſtam. tutel. dict. l. 1. §. ſi quis quaſi tutor*, qui omnes loci proinde accipiendi ſunt de vtili negotiorum geſtorum actione, non de directa. Alioqui non video, qua ratione poſſit quis Paulum cum aliis conciliare, à quibus & diſſenſiſſe illum ſatis credibile eſt, vt ſcripſi *in Rationalibus* ad *dict. l. 29.*

dict. l. 1 §. in protutela.

l. pen. eod.

Etſi autem comparata eſt actio protutelæ ad exemplum actionis tutelæ, eaſdémque, vt diximus, habeat præſtationes; differt tamen in quibuſdam: Et in eo maximè, quod cum eo qui pro tutore negotia geſſit etiam ante pubertatem agi poteſt,

Digitized by Google

poteſt, *dict. l. 1. §. cùm eo*, vbi ratio redditur, quia tutor non eſt: At tutelæ agi niſi finitâ iam tutelâ non poteſt: *l. 4. ff. de tutel. & ration. diſtr.* Quare ſi quis poſt tutelam finitam negotia impuberis geſſerit, adhuc tenebitur actione iſta protutelæ, *dict. §. cùm eo*: Nimirum ſi tutela finita ſit aliter quàm pubertate, putà quod tutor teſtamento, non niſi ad certum tempus eſſet datus: ſic enim accipi Vlpianus debet, ne diſſentiat à ſeipſo, cùm poſtea ſubiiciat non aliter competere actionem protutelæ, quàm ſi impubes adhuc ſit is cuius negotia geruntur.

Quod cùm ita ſit, quæri adhuc poteſt, Quid ergo neceſſe fuerit actionem hanc protutelæ proponi à Prætore, cùm pro pupilli indemnitate poſſet ſufficere actio negotiorum geſtorum: quæ ſimiliter bonæ fidei eſt, nec minùs plenas habet præſtationes: Nam in actione tutelæ hoc diſſimile eſt quod non eodem tempore vtraque exercetur, quod in actione protutelæ non eidem contingit. Verum reſponderi poteſt, intereſſe pupilli vt habeat actionem protutelæ, non ſo-
l. vlt. ff. de tut. & rat. diſtr. lùm propter priuilegium quod actio negotiorum geſtorum nullum habet, *l. vltim. ff de tutel. & ration. diſtr.* ſed etiam quia vniuerſalior eſt actio protutelæ quàm negotiorum geſtorum, cùm non modo ea omnia comprehendat quæ protutor geſſit, ſed illa etiam quæ gerere debuit & quæ non geſſit, hactenus ſaltem ſi alius geſtorus fuit. Sed etſi cognito quod tutor non fuit, abſtinuit ſe ab adminiſtratione, nihilominus tenetur, ſi neceſſarios pupilli non certiorauit vt tutorem ei peterent: *dict. l. 1. §. vltim. De eo qui pro tutor* quod in negotiorum geſtore diuerſum eſt. Numquam enim tenetur ille de iis, quæ non geſſit, niſi appareat alium non quemlibet, ſed diligentiorem patremfamilias fuiſſe acceſſurum ad ea negotia gerenda, ad quæ tamen huius contemplatione non acceſſerit: *l. ſi pupilli 6. §. vltim. ff. de negot. geſt.* iunct. *l. tutori 10. Cod. de negot. geſt.*

Planè ſi protutor nihil prorſus attigerit ex bonis pupilli, nullomodo tenetur, quia non poteſt ei imputari cur non attigerit qui tutor non fuit: *dict. l. 1. §. vltim.* in quo diſſimilis ratio eſt tutoris, *d. l. pro officio 20. C. de admin. tutor. l. 1. & tot. tit. C. ſi tut. vel curat. non geſſer.* Quamquam non video quoniam caſu huic ſententiæ locus eſſe poſſit. Nam ſi protutor ille eſt qui pro tutore negotia gerit, vt idem Vlp. explicat in *d. l. 1. in princ.* quomodo poteſt eſſe protutor is, qui nihil omnino geſſit, nihilque attigit ex bonis pupilli? Nec enim ſola opinio eius qui ſe falsò tutorem eſſe putat, facit protutorem, niſi geſtio & adminiſtratio aliqua accedat. Itaque quod Vlpian. ſcribit in *dict. l. 1. §. vltim. Et ſi quidem omnino non attigit tutelam, non tenebitur*, ſic ego accipiendum puto, non quaſi protutor quiſquam eſſe poſſit qui tutelam non attigerit, ſed ac ſi ſcriptum eſſet paullò apertiùs, *Et ſiquidem omnino non attigiſſet tutelam, non teneretur.* Nimirum quia nec protutor eo caſu fuiſſet. Ex eo namque videbatur poſſe inferri, Nec ergo ſi quædam geſſerit, pro cæteris quæ non geſſit, teneri debere. Sed non eſt bona ratiocinatio, quia nihil attingere hic debuit, qui neque tutor, neque protutor vnquam fuit Sed quid aliquid attigit tanquam tutor, licet nihilomagis tutor ſit, ſe tamen obligat etiam cæterorum nomine quæ non attigit, quia attingere omnia debuit qui protutor eſſe cœpit. Tutorem enim ſola adminiſtratio non facit; at protutorem facit, ſi cætera ſint habilia.

Quod ſi quid prius adminiſtrauerit pro tutore, deinde tanquam verus tutor, vtique tenebitur duplici actione de eo quod pro tutore adminiſtrauit, Actione ſcilicet tutelæ, & protutelæ, Iſta quidem, quoniam verum eſt eum pro tutore adminiſtraſſe; Illa verò, quia is prior geſtus poſtea deuoluitur in tutelæ actionem: *d. l. 1. §. ſed etſi priùs.* Intereſt enim pupilli vt plures habeat actiones, ſaltem ad eligendum. Eius verò qui pupilli negotia geſſit, quique pupillum omnimodo indemnem ſeruare debet, nihil prorſus intereſt qua actione conueniatur. Cui tamen conſequens non eſt, vt facilè & paſſim actio detur protutelæ contra quemlibet, qui pupilli negotia geſſerit, cùm tutor non eſſet. Illud enim præterea requiritur vt animo tutoris geſſerit. Finge datum quem eſſe curatorem impuberi fortè iam habenti tutorem, ex iis nimirum cauſis ex quibus tutorem habenti curator dari debet; de quibus in *titul. Cod. in quibus cauſ. tutor. habent.* Non tenebitur ille huiuſmodi actione, quia curatoris, non tutoris officio functus eſt: *dicta l. prima §. procurator*, id eſt vt ſe- *d. l. 1. § ſi curator.*
quentia explicant, quaſi curator, non quaſi tutor geſſit.

Aliud erit ſi quis cùm tutor non eſſet, compulſus à Prætore, vel à Præſide, dum ſe putat tutorem geſſerit tutelam. Hic enim quamuis compulſus geſſerit, teneri tamē debet actione protutelæ, quia tutoris animo geſſit, nec tamen tutor verè fuit vt *ibidem* Vlpianus ait. Nec enim tutor quiſquam fit ex eo ſolo quod à Magiſtratu compellitur ad tutelam gerendam, ſi & iam ipſe tutorem ſe putat, & Magiſtratus qui eum cogit eodem errore labitur. Etſi enim priùs eſt vt quis tutor ſit, quàm ad tutelam gerendam cogi poſſit; Qui tamen non niſi per errorem vult conſequens, non poteſt videri hoc ipſo velle conſtituere neceſſarium antecedens, quia errantis nulla eſt voluntas, *vulg. l. ſi per errorem 14. ff. de iuriſd. omn. iudic.*

Illud tamen in hoc geſtore ſingulare eſt, vt quamuis neque geſſerit niſi compulſus, neque ad gerendum compelli iure potuerit, nihilominùs geſtionis ſuæ rationem reddere teneatur. Sed hoc fit ex Principio noſtro, ne quid pupillo abſit: ſicut è contrario huic quoque dandum eſt contrarium tutelæ iudicium, ſi quid in ea geſtione in pupilli rem impenderit, perinde ac ſi compulſus non fuiſſet, quia non debet pupillus lucrum & prædam facere ex ipſius detrimento, in pœnam compulſionis; cùm facere potiùs compulſio debeat, vt neque lucrum neque damnum vllum remanere oporteat penes eum, qui compulſus fecit, vt dici ſolet de illo, qui coactus adiit hæreditatem, quam alij ex fideicommiſſo reſtituere rogatus eſt: *l. ità tamen 27. § qui ſuſpectam l. ſi patroni 55. §. qui fideicommiſſam, ff. ad Senat. Conſ. Trebell.*

Planè quod diximus eandem ferè in omnibus rationem eſſe tutoris & protutoris, verum eſt quantum ad ea quæ inter tutorem ipſum aut protutorem & pupillum geruntur; Sed non quantum ad ea quæ inter tutorem aut protutorem pupilli nomine, & cæteros. Nam ſi is qui pro tutore negotia gerebat cùm tutor non eſſet, rem pupilli vendiderit, nec ea vſucapta ſit, peret eam pupillus, quamquam ei cautum ſit: *l. 2. ff. de eo qui pro tutor.* vbi ratio redditur, quòd non eadem huius, quæ tutoris eſt, rerum pupilli adminiſtratio: Quod tamen quomodo accipi

cipi debeat,& an res pupilli, ſiue à tutore, ſiue à protutore vendita vſucapi poſſit,alibi ſcripſimus.

Sic & debitores pupillares qui ſi ſoluerent verò tutori,liberarētur ipſo iure: *l. Lucius 46. §. tutelæ & §. vlt. ff. de admin. & peric. tutor.* ſi ſoluant ei qui cùm tutor non eſſet,pro tutore tamen negotia gerebat, ita demum liberantur ſi pecunia in rem pupilli peruenerit,*l. debitores 28. ff. de ſolut.* Non enim domini & pupilli loco haberi poteſt is,qui verè tutor non eſt,licèt pro tutore negotia gerat. Sed habet hæc ſententia tres exceptiones *Primam* illam, Niſi obligatio quam per ſolutionem protutori ſactam extinguere debitor voluit,ab ipſo protutore cauſam & originem habuerit; vt in ſpecie *l. filia 88. eo. ti.* vbi ſcriptum eſt liberationem hoc caſu contingere ipſo iure ex ſolutione facta matri, quæ pro tutrice omnia filij ſui impuberis negotia tractabat,non ſolùm ſi bona fide facta ſolutio ſit, & ab eo,qui tutricem illam eſſe putabat,ſed etiamſi ab eo qui non ignorabat tutricem non eſſe, ſi modo ſit illa ſoluendo: Hoc enim Glaudius in ſuis ad Scæuolam notis requirit, Eo nimirum caſu quo debitor ſoluens ſciuit matrem non eſſe tutricem, non etiam illo, quo ignorauit. Finge pecuniam, quæ erat tantùm in conditione collata in perſonam pupilli, conuerſam fuiſſe in obligationem ex ſtipulatione protutoris. Eadem iuris ratio facit, vt pro tutori facta ſolutio liberet debitorem. *Secundum*, Niſi Prætor decreuerit rata eſſe omnia geſta per procuratorem: Tunc enim valet quod geſtum eſt,non quidem ipſo iure, ſed tuitione prætoria propter autoritatem Prætoris:*l. 1. §. idem Pomponius, ff. quod falſ. tutor. autor.* Tertiam,Niſi proponas ſolutionem factam ei, qui tutor aliquando verè fuerit,ſed ante acceptam ſolutionem tutor eſſe deſierit,& quidem ex ea cauſa quàm probabiliter ignorare potuit debitor qui ſoluit, puta ob pubertatem quæ ſuperuenit medio tempore. Quid enim poſſis imputare huic qui ſoluit ei, quem certò ſcit nudius tertius fuiſſe verum tutorem,& quem probabiliter ignorat deſiiſſe tutorem eſſe? An fortè cur non ſuerit diligentior in exquirenda ætate pupilli; Atquin ita fiet vt nunquam tutus futurus ſit, etiam qui vero tutori ſoluerit, niſi qui facta priùs diligenti illa inquiſitione,Cùm nihil ſit facilius quàm adferri falſas ætatis, ſiue ſuſpiciones, ſiue probationes. Eſſet verò id alienum non ſolùm à rationibus æquitatis,ſed etiam ab vtilitate pupillorum, quorum vtique intereſt non deterreri difficultatibus iſtis debitores pupillares, quominus ſoluant bona fide ei, quem verum tutorem & aliquando fuiſſe ſciunt, & adhuc eſſe probabiliter credunt. Plus enim hac in re bonam fidem poſſe quàm veritatem, conſtat ſatis ex *d. l. filio iunct. l. cùm plures 12. §. 1. ff de amin. tutor.* Præſertim fauore debitoris ſoluentis, potius quam alterius cuiuſlibet cum huiuſmodi tutore qui tutor eſſe deſiit contrahentis. Quippe æs alienum pupillo ſoluere neceſſe eſt, aliter verò cum eo, aut cum eius tutore contrahere non eſt neceſſe:*l. quod ſi minor 14. §. reſtitutio, ff. de minor.*

l. 1. §. idem Pomponius ff. quod falſ. tut. autor.

Poſui verò factam ſolutionem ei qui deſierit tutor eſſe propter pupilli pubertatem, quia ſi deſiiſſet tutor eſſe,quod vel ſeruus pœnæ effectus, vel per ſententiam à tutela remotus ſuiſſet, vel per deportationem ciuis eſſe deſiiſſet, difficile ſane eſſet vt bonam fidē poſſet obtendere is, qui poſt irrogatam pœnā ei ſoluiſſet, quando fiunt iſta omnia publicè,& ita vt ab omnibus ſciātur. At ætatem pupilli ſcire non ita facile eſt,ne ipſi quidem tutori, cùm tempora computanda ſint de momento in momentum: *l. 3. §. minorem, ff. de minor.* Et quemadmodum non facilè dignoſcitur tutor à non tutore,*d. l. 1. in princip. ff. de eo qui pro tut.* ita nec pubes ab impubere, nec maior 25. annis à minore, *l. minor 32. ff. de minor,* Maximè verò ſi proponatur facta ſolutio ei, qui & tutor antè ſuerat, & adhuc eſſe credebatur,abſente pupillo, cuius nec adhiberi præſentiam neceſſe eſt quoties contrahitur cum vero tutore. Facit enim ea res vt non poſſit imputari ſoluenti cur non cogitauerit puberem iam eſſe illum, quem impuberem eſſe exiſtimabat. Deinde quid ſi etiam poſt pubertatem adhuc tutor vulgo hic eſſe credebatur? Quid ſi pupillus ipſe iam pubes ſactus,adhuc eum tutorem ſuum nominabat, & patiebatur perſeuerare in connexa tutelæ adminiſtratione? An non videbitur & dolo ſeciſſe, & nunc magis dolo facere, ſi improbet ſolutionem ſe ſciente factam huic tutori tanquam vero tutori, ob id ſolùm quod is per pupilli pubertatem tutor eſſe deſiiſſet? Quamquam autem hæc omnia obtinent, ſiue tutor ſit ſoluendo,aut eius fideiuſſores, ſiue non;(quia hæc diſtinctio non cadit in eos caſus, in quibus negotium cum tutore geſtum ſit bona fide, *d. l. cùm plures 12. §. 1. De adm. tutor. d. l. filia* 88. *De ſolut.* Vnde enim poteſt diuinare is, qui negotium gerit cum tutore, *l. 4. § illa etiam quæſtio, ff. de doli except.*) Multò tamen certiùs locum habet, ſi vel tutor ipſe ſit ſoluendo, vel ipſius fideiuſſores, vel denique magiſtratus ipſi qui tutorem dederunt: Quoniam eo caſu nihil omnino intereſt pupilli, qui nec poteſt negare quin verſa ſit in rem ſuam pecunia, quæ verſa eſt in tutelæ actionem vtiliter & efficaciter: Debitoris verò,qui bona fide ſoluit,valde intereſt, adeòque Reipublicæ, vt ex eiuſmodi ſolutione liberatio contingat,quia cùm tutoris officium publicum ſit, videretur à fide publica decipi is, qui tutoris fidem & perſonam bona fide ſecutus eſſet. Nec quod poſſit à tutore idoneo eam pecuniam repetere, facit quominùs interſit ipſius non ſoluere potiùs quàm ſolutum repetere: *l. 3. ff. de compenſ. l. ſi ſtipulatus 15. ff. de fideiuſſ.* Denique hic qui aliquando tutor fuit licèt per pupilli pubertatem debitori ſoluenti incognitam tutor eſſe deſierit,tamen non tam protutor dicendus eſt quàm extutor, vt proinde mirum non ſit, plus eum autoritatis habere in adminiſtrandis rebus pupilli, quàm ſi protutor tantùm eſſet, quia facilius ei eſt retinere legitimam illam poteſtatē quę penes ipſum aliquando fuit, quàm acquirere ſibi eam quæ legitima nunquam fuerit. Nec poteſt dici omnino tutor non eſſe, qui tutor aliquando fuit; Tantum abeſt vt falſus tutor dici poſſit. Neque enim falſum in totum videri poteſt, quod veritatis primordio adiuuatur,inquit Papin. in *l. cùm filius 76. § heres meus, De legat. 2.*

Ex tutor plus tutis habet ad liberandum debitorem quàm protutor.

Poſſumus addere ſuperioribus, Pecuniam implendæ conditionis cauſa,poſſe ſolui tutoribus & curatoribus, *l. ſeruus decem 68. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. vſumfructum, De ſolut.* At non poſſe ſolui protutori. Quod ego ſic intelligo etiamſi in rem pupilli ea pecunia verſa probaretur. Quia conditionum omnium natura illa eſt, vt impleri debeant in forma ſpecifica, id eſt eo ipſo modo qui præſcriptus eſt conſequenter

in

in perſona illius cui fuerunt adſcriptæ: *l. qui heredi 44 l. Manius 55. De condit. & demonſtr.* Adeò vt neque in veri tutoris perſona impleri poſſet conditio collata in perſonam pupilli, ſi non id ſpeciali iure in fauorem pupilli receptum eſſet: *d. l. ſeruus decem, & d. §. vſumfructum*, vbi quod additur ita demum poſſe impleri conditionem in perſona tutoris, ſi pecunia in rem pupilli verſa ſit, oſtendit tantò magis verum eſſe quod nos volumus, in perſona igitur protutoris impleri nullo modo poſſe, nec ſi pecunia in rem pupilli verſa probetur. Alioqui non plus iuris haberet tutor, quàm protutor, quod abſurdum eſſet.

Etſi autem alibi monuimus additionem illam Triboniani eſſe potius quàm Papiniani, quia indiſtinctè receptum eſt, pecuniæ pupillo dandæ conditionem in perſona tutoris & curatoris impleri poſſe; Non tamen ſtatim conſequens eſt vt in perſona protutoris idem recipiendum ſit, ne quidem cum adiectione ſaltem illa, ſi pecunia in rem pupilli verſa ſit: quia quod benignè & iure ſingulari contra rationem receptum eſt, numquam produci debet ad conſequentias, *l. quod verò 14 ff. de legib. l. quod contra 141. de reg. iur.* Niſi ſaltem illud conueniat, vt maior ratio ſit in caſu nouo quàm in vetere, vt apud Vlpianum in *l. ſingularia 15. ff de rebus credit.* repugnante licèt Africano in *l. qui negotia 34. ff. mandat.*

Nec obſtat quod ſolutio facta protutori liberat debitorem, ſi pecunia in rem pupilli peruenerit, *d. l. debitores.* Facilius enim eſt, vt tollatur obligatio per ſolutionem protutori factã quam vt cõditio impleatur: quoniã in obligatione tollenda ius verſatur, in cõditione verò implenda, merũ factum. Porrò facti veritate inſpecta, non poteſt dici data pupillo pecunia quæ data pupillo pecunia quæ data eſt protutori. Vnde etiam eſt, quod quamuis ſemper ita ius fuerit vt ſolutio facta vero tutori liberaret ipſo iure debitorem; non priùs tamen potuerit conditio dandæ pecuniæ impleri in perſona tutoris veri, quàm id benignè fuerit receptum. Ergo quamuis impleri poſſit conditio in perſona veri tutoris, etiamſi pecunia in rem pupilli verſa non ſit, quoniam ita benignè receptum eſt, non ideo tamen fit, vt in perſona protutoris idem recipiendum ſit, nec ſi pecunia in rem pupilli verſa ſit: Ac tametſi ratio aliqua eſſet, qua perſuadere poſſes, idem in protutore eſſe recipiendum, mihi tamen, qui hoc nego, ſufficeret quòd hucuſque non ſit receptum.

ILLATIO XXXII.

De eo qui cum pupillo contraxit, vel egit, falſo tutore autore.

TRigeſimoſecundò ex eodem Principio fit, vt ſi quis cum pupillo contraxerit, vel egerit, falſo tutore autore, cùm neque contracturus, neque acturus aliter fuiſſet quàm ſi tutoris autoritas interceſſiſſet, iuuandus ſit à Prætore auxilio reſtitutionis in integrum, ex prima parte edicti *De eo quod falſ. tutor. autor. geſt. eſſe dicet.* Ne ſcilicet contrahentes decipiantur, & ex ea deceptione lucrum ac prædam faciat pupillus, dum falſus tutor adhibetur, vt Vlpianus præfatur *in princip. l. 1 ff. ill. tit.*

l. 1. ff. quod falſ tutor. autor.

Eius namque edicti duæ ſunt partes, Vna quæ actori pollicetur reſtitutionem in integrum, ſi actor ignorauerit falſum tutorem fuiſſe illum qui autoritatem præſtitit (ſcienti enim non ſubuenit, qui ſeipſum decipit, *d. l. 1. §. vlt.*) Niſi talis ſit cui propria ſcientia non noceat, puta pupillus, *l. 3. eod.* vel cui aduerſus eam ſcientiam non poſſit denegari auxilium reſtitutionis fauore minoris ætatis, *l. 4. eod.* vel quem Prætor inuitum compulerit ad iudicium accipiendum, *l. interdum 5. eod.* Altera, quæ dat actionem in ipſum falſum tutorem qui dolo malo autor fuiſſe dicetur, vt quanti ea res erit, in tantam pecuniam condemnetur; De qua in *l. nouiſſimè 7. ff. eod. tit.*

Prioris partis ratio illa eſt, quia quoties aliquis cum pupillo contrahit, nec adhibet veri tutoris autoritatem, pupillum quidem ſibi non obligat, ſed ipſe tamen pupillo obligatur, quoniam & vno tantum latere ſubſiſtit contractus cum pupillus ſine autoritate tutoris, neque contrahere, neque obligari poſſit: *l. Iulianus 13. §. ſi quis à pupillo, ff de action. empt.* Idemque eſt ſi quis cum pupillo egerit, non adhibita tutoris veri autoritate. Nam ſententia ſi qua pro eo aduerſus pupillum feratur, ipſo iure nulla eſt, ſi qua verò aduerſus ipſum pro pupillo, valet: *lege Non eo minus 14. C. de procurat.* vbi ratio redditur, quia minoribus, ſiue intra, ſiue extra pupillares annos conſtitutis, ætas in damnis ſubuenire, non rebus proſpere geſtis obeſſe conſueuit. Atqui cùm falſus tutor adhibetur, perinde eſt ex parte pupilli ac ſi nullus adhibitus fuiſſet, quia reuera nullus eſt, qui non niſi falſus eſt; Adeo vt idem ſit, etiamſi tutor ille adhibitus ſit, qui re vera datus fuerat, ſed qui tamen cauere iuſſus nondum cauerat: *l. ſi tutor. 4. C. in quib. cauſ. reſtit. in integr. non eſt neceſſ.* Nec enim habet iſte ius adminiſtrandi antequam ſatiſdederit, *l. 1 l. vlt. & paſſ. C. de tutor. vel curat. qui ſat. non ded.* Et generaliter verum eſt nihil intereſſe an nulla prorſus tutoris autoritas interuenerit, an perperam adhibita ſit, *l. 2. ff. de aut. tut.* Sed tamen ex parte illius qui cum pupillo contrahit, multum intereſt an falſum tutorem adhiberi curauerit, quem verum eſſe exiſtimabat, an nullum. Si enim nullum adhibuerit, ſibi debet imputare, cur ita contraxerit cum pupillo, ſeque ipſi obligauerit, & ideo reſtitutionis auxilium implorare non poteſt, quod nunquam datur ei, cui poteſt aliquid imputari, Sed ſi aliquem adhibuit quamuis falſum, quem tamen falſum eſſe ignorabat, hoc ipſo oſtendit non aliter ſe contracturum fuiſſe, quam ſi tutoris autoritas interueniſſet: *l. falſus 11. §. ſed etſi quis, ff. quod falſ. tutor. aut.* Obidque dignus eſt cui ſuccurratur, non ne pupillo obligetur, cui voluit vtique obligari, ſed vt aduerſus eam obligationem in integrum reſtituatur, tanquam deceptus, quia voluit quidem obligari pupillo, ſed ita ſi viciſſim pupillus quoque ei obligaretur: quod non euenit propter adhibitũ falſum tutorem: Itaque ex parte quidem pupilli neque reſtitutione aliqua, neque edicto vllo eſt opus vt indemnis ſeruetur, quem ipſum merùmque ius ſatis tuetur, ſed ex parte illius qui cum pupillo, vel agit, vel contrahit, neceſſaria eſt reſtitutio, & neceſſarium fuit edictum, cùm ipſo iure ſit obligatus, & æquum ſit ei ſubueniri, vt diximus.

l falſus 11. § ſed etſi quis ff quod falſ. tut.

Idque Bartolus etiam poſt Dynum bene vidit. Sed in eo videtur mihi erraſſe, quod idem eſſe

Digitized by Google

putat ſi quis contraxerit, vel egerit cum falſo tutore. Quod non ita eſt. Neque enim pupillo vllatenus obligatur is qui cum falſo tutore contrahit, ſed is demum qui cum pupillo ipſo, ſiue verum tutorem adhibuerit, ſiue falſum, ſiue nullum. Sicuti nec conſiſtit iudicium quod cum falſo tutore exercetur, ne quidem ex parte pupilli, ſed illud demum quod cum ipſo pupillo ſiue tutor aliquis adhibitus ſit, aut verus, aut falſus, ſiue nullus. In eo namque differt verus tutor à falſo, quod cum vero tutore acceptum iudicium, vel initus contractus etiã io quo pupillus nõ interuenerit, perinde habetur ac ſi pupillus interueniſſet, nec quicquam intereſt vtrum geratur negotium cum vero tutore ſine pupillo, an cum tutore & pupillo ſimul, quandoquidem verus tutor hoc ipſo quod talis eſt perſonam pupilli ſatis repræſentat. At cum falſo tutore acceptum iudicium initúſve contractus nomine pupilli cui non ipſe interuenerit, non poteſt perinde haberi ac ſi pupillus interueniſſet, cuius ſcilicet perſonam falſus tutor numquam repræſentat. Et ob id nimirum non ita conceptus eſt titulus, *Quod cum falſo tutore negotium geſtum eſſe dicetur*; ſed ita, *Quod falſo tutore autore*: vt intelligamus non aliter edicto locum eſſe, quàm ſi cum ipſo pupillo negotium geſtum eſſe proponatur, quia nec de tutoris autoritate interponenda vnquam agitur, niſi cùm pupillus ipſe adhibetur. Cui enim alij quàm pupillo autoritatem præſtare tutor, ſiue verus, ſiue falſus poſſet? Vrique enim ſibi ipſi non poteſt.

Tit. Quod falſ. tutor. autor. ita conceptus.

In eóque errauit etiam Haloander, ad *l. ſi falſo* 10. *ff. eo.* vbi pro eo quod ſcriptum eſt *ſi falſo tutore*, ſupple *autore*; vult ille legendum eſſe, *ſi cum falſo tutore actum ſit*. Tractat enim *ibi* Caius illum caſum, quo falſus tutor fuerit autor pupillo ad iudicium accipiendum, vt oſtendunt poſtrema legis verba, *ac ſi illo tempore vero tutore autore egiſſet*. Ergo caſum illum quo actum ſit cum pupillo ex autoritate falſi tutoris, non cum ipſo falſo tutore.

Senſus autem legis alioquin obſcuræ ille eſt, vt ſi quis cum pupillo egerit autore falſo tutore, & interea exierit dies actionis quæ contra pupillum temporalis competebat, aut res actoris vſucapta ſit tanquam non interrupta vſucapione per litis conteſtationem, quæ nulla fuerit, nec eſſe potuerit cum pupillo verum & legitimum tutorem non habente, omnia iſta incommoda præſcriptionis & vſucapionis perinde ſuſtinere debeat falſus tutor, ac ſi illo tempore vero tutore autore egiſſet is, qui egit. Debet enim falſus hic tutor, qui actorem decepit, dolo malo præſtando autoritatem pupillo, indemnem ſeruare actorem, cui tempus actionis periit, aut cuius res interim vſucapta fuit, vt non magis actori quicquam pereat, quàm ſi vero tutore autore egiſſet. Atqui ſi vero tutore autore egiſſet nullum damnum paſſus fuiſſet, quia ex die actionis inſtitutæ certum eſſe cœpiſſet, neque actionis diem exire, neque cœptam rei petitæ vſucapionem impleri amplius vnquam poſſe. Ergo quamuis non idem fieri potuerit per conteſtationem factam cum pupillo, cui falſus tutor autoritatem præſtiterit iudicij accipiendi, perinde tamen indemnis ſeruandus eſt actor, ſed alia ratione, & via: nimirum condemnato ei tutore falſo, *Quanti ea res erit*, vt habent verba edicti, de quo in *dict. l. nouiſſimè, in princip* Tanti autẽ res eſt, quanti ſunt incommoda quæ patitur actor ex eo quod falſus tutor pro vero adhibitus fuit.

Anton. Fabr. Juriſp. Papin. Scient.

Quid ergo? An impunè fecerit falſus tutor qui pro pupillo abſente iudicium acceperit? Ita ſanè quod ad huius edicti cauſam pertinet. Neque enim caſus ille verbis edicti comprehenſus eſt, cùm vtraque pars edicti de illo loquatur, qui cùm tutor non eſſet, dolo malo autor pupillo fuerit ad contrahendum, vel quod pene idem eſt ad iudicium accipiendum; ſiquidem in iudicio quaſi contrahitur: *l. 3. §. idem ſcribit*, *ff. de pecul.*

Et ratio ita concipiendi edicti illa fuit vt diximus, quia neque iudicium, quod cum falſo tutore exercetur, neque contractus cum falſo tutore initus citra ipſius pupilli interuentum, prodeſſe vllo modo poteſt pupillo, ob idque nec cauſa vlla fuit dandæ reſtitutionis contra pupillum ex prima parte edicti, aut actionis contra falſum tutorem ex ſecunda parte. Magiſque poteſt imputari ei, qui ſolius falſi tutoris perſonam aut fidem ſequitur, non prius bene explorato eo an verus tutor eſſet, an falſus, cùm agere vellet aduerſus pupillum cuius perſonam debebat ſcire non poſſe repræſentari ab alio quàm à vero tutore; Quàm ei qui ipſius pupilli perſonam adhibet, cum falſi tutoris autoritate. Habet enim hic perſonam aliquam cum qua poſſit agere, licèt minùs legitimam, Ille verò nullam Planè non erit impunitus dolus falſi huius tutoris, qui ſolus & ſine pupillo iudicium ſuſceperit, quia ſaltem ad litis ſumptus condemnabitur, vt improbi litigatores ſolent.

Egregiè autem errat Bartolus, qui ad *d. l. ſi falsò* notat eius legis ſententiam illam eſſe, vt ex cauſa iuſtæ ignorantiæ poſſit quis petere in integrum reſtitutionem, Quaſi Caius ſcripſerit, ſi falſo tutore autore actum ſit, & interea dies actionis exierit, aut res actoris vſucapta ſit, omnia incommoda perinde ſuſtinere debere pupillũ ac ſi illo tempore vero tutore autore egiſſet. Quod ſi ita eſt, dicendum erit verbum *egiſſet*, accipiendum eſſe pro eo quod eſt, *iudicium accepiſſet excipiendo*; quomodo etiam ſentiunt, qui notant verbo *agendi*, non tantum actionem hîc intelligi, ſed etiam exceptionem: quod planè alienum eſt à verbi proprietate. Nam licèt dici dici ſoleat agere etiam videri eum qui exceptione vtitur, cùm reus in exceptione actor ſit, *l. 1. ff. de except.* id tamen ad onus tantùm probationis pertinet, in quo reus qui excipit actoris partibus fungitur, *l. in exceptionibus* 19. *ff. de probat.* Non etiam vt agere ſimpliciter & abſolutè vnquam dicatur is, qui conuenitur; Alioqui & nominum & rerum confuſio induceretur, quæ ſemper fœda eſt: *l. vlt. C. de legit. tutel.* Sed & ſecundum hanc Bartoli interpretationem verba illa legis, *omnia incommoda perinde ſuſtinere debet*, referenda eſſent ad pupillum, cuius tamen nulla penitus mentio fit in præcedentibus, nec alterius, quàm falſi tutoris.

Reprehenſus Bart. ad d. l. ſi falſo.

Ad falſum igitur tutorem de quo ſolo Caius locutus fuerat, referri debent, & ad poſteriorem edicti partem, quæ dat actionem decepto contra falſum tutorem; Non ad priorem, quæ eidem dat reſtitutionem contra pupillum: An quia nolim reſtitutionẽ in ea ſpecie dari contra pupillum? Imò fateor dari debere, ſi non alia ratione indemnis ſeruari actor poſſit, puta ſi falſus tutor non ſit ſoluendo, ita vt propter eius inopiam inanis futura ſit actio, quam ex ſecunda edicti parte actor ſit habiturus: *l. nam is nullam* 6. *ff. de dolo.* Sed ſi falſus tutor idoneus ſit ad

præſtandam actori indemniiatem, Dico non eſſe audiendum actorem, ſi velit reſtitui contra pupillum, quia nec læſus videtur; Niſi ſit & ipſe pupillus qui & indigeat reſtitutione propter ſcientiam ſui tutoris, & rem ſuam habere malit beneficio reſtitutionis, quàm ipſius æſtimationem conſequi à falſo tutore per viam actionis: *l. pupilli 6. ff. quod falſ. tutor. autor.* vbi ſic Paulus ex Iuliano loquitur, quaſi ſingulare ſit in pupillo, vt reſtitui debeat etiam contra pupillum, quamuis aliunde indemnis ſeruari poſſit. Ait enim pupilli ſcientiam computandam non eſſe, ſed tutoris eius, id eſt non nocere pupillo quod ſciuerit falſum tutorem eſſe illum, qui alteri æquè pupillo autoritatem præſtabat, quominùs perinde verum ſit eum non obligari, atque ſi neſciuiſſet, quoniam illa ætas, ea etiam quæ videt ignorat, *l. 1. C. de falſ. monet.* Nec nocet ei ſcientia qui nullo indiget auxilio, puta pupillo contrahenti cum pupillo, *l. 3. quod falſ. tutor.* Nimirum ſi pupillus hic qui ſcit ab alio pupillo falſum tutorem adhiberi, nullum habeat ipſe legitimum tutorem, cuius autoritas in eo ipſo actu interponatur: Nam ſi habeat, nihil vetat obligari eum contrahentem aut agentem cum altero pupillo falſum tutorem adhibente, quia perſonàm ipſe habet integram ad ſe obligandum, non ſecus ac ſi maior eſſet, ideóque neceſſarium ei eſt auxilium reſtitutionis aduerſus alium pupillum, quod auxilium non erit ei denegandum, quamuis ſciuerit alium pupillum contrahere falſo tutore autore; quoniam, vt diximus, ſcientia ipſius non eſt computanda, neque ad hoc vt obligetur ſi tutorem nullum habeat, neque ad hoc, vt eo minùs reſtituatur, ſi aliquem eúmque legitimum habeat tutorem. Quod ſi is legitimus tutor ipſius ſciuerit falſum ex alia parte tutorem adhiberi, computatur ipſius tutoris ſcientia, non quidem vt obligetur pupillus, qui æquè obligaretur etiamſi tutor ignoraret, ſed vt tantò magis egeat auxilio reſtitutionis: At non ex edicto illo Prætoris, *Quod falſ. tutor. autor.* cuius remedium tutoris ſcientia excludit; ſed ex edicto *De minoribus*.

l. pupilli 6 ff. quod falſ. tut. autor.

Quomodo etiam accipiendum eſt quod generaliter Paulus ſcribit in *d. l. 4. eod. tit.* Minori 25. annis ſuccurrendum eſſe etiamſi ſcierit; nempe tanquam minori qui facilitate ſua ſeipſum deceperit, non tanquam ei qui deceptus ſit à falſo tutore. Habebit autem hic pupillus beneficium reſtitutionis ex capite edicti *de minoribus*, aduerſus dãnum, quod adfert ei ſcientia legitimi tutoris, non ſolùm ſi aliter ei cautum non ſit de indemnitate, ſed & ſi indemnis ſeruari poſſit à tutore, vel à tutoris fideiuſſoribus, quia ipſius intereſt, vt ei res ſua reſtituatur, potius quàm vt incertum cautionis euentum expectare teneatur. Erit verò reſtituendus non ad hoc vt habeat reſtitutionem (nec enim reſtitutio vnquam datur ad hoc ipſum vt comperat reſtitutio alia, ne fiat progreſſus in infinitum) ſed vt huic pupillo res ſua reſtituatur, vt lex ait.

Extra hunc caſum quo pupillus ſit is qui agit, ſiue petat reſtitutionem ex edicto *De minor.* ſiue ex edicto *Quod falſ. tutor. autor.* non aliter videtur mihi audiendus, quàm ſi alia actione ordinaria indemnitatem conſequi non poſſit. Id enim agit Prætor vtraque parte edicti, vt indemnem eum ſeruet contra falſi tutoris deceptionem, non etiam vt extraordinarium præſtet remedium: *l. in cauſa 16. in princ. ff. de minor.* Excipio eum caſum quo minoris iuſta ſit adfectio ad rem ſuã potiùs habendam, quæ Maiorum ipſius fuerit, *l. ſi in emptionem, 35. ff. de minor.* Tunc enim licèt iam pubes ille ſit, non erit excludendus à beneficio reſtitutionis ob id ſolùm, quòd alia actione indemnitatem conſequi poſſit.

Hanc verò noſtram ſententiam, quæ vult ita demum competere reſtitutionem ex illo edicto *Quod falſ. tutor.* ſi non poſſit indemnitas ſeruari à falſo tutore, illud etiam probat quod ſcriptum eſt in *d. l. ſi falſo.* Nam ſi priore loco exerceri poſſet reſtitutio, quam Prætor prima illius edicti parte pollicetur, vix dici poſſet quodnam incommodum ſuſtinere deberet falſus tutor conuentus ex ſecunda parte edicti; Cum poſſet actori obiicere, nihil ei deperiiſſe etiamſi dies actionis exierit, vel res eius vſucapta ſit, quandoquidem id omne recuperari poteſt, petita in integrum reſtitutione. Nec enim abeſſe quicquam ei videtur qui poteſt indemnis ſeruari; licèt non niſi per in integrum reſtitutioné: *l. 1. §. idem Pomp. refert, ff. de dolo mal.* Sed & ratio ipſa non tantùm iuris, verùm etiam æquitatis facit, vt pupillo cui falſus tutor autoritaté præſtitit magis quàm falſo tutori fauere debeamus. Habet enim ille pro ſe iuris rationem, eámque nimirum ob cauſam non poteſt inquietari niſi per reſtitionem in integrum; Qui verò dolo malo autoritatem adhibuit, ſicuti nulla iuris ratione adiuuatur, ita nec æquitatis colore vllo defendi poteſt. Non tamen iuris ratio tam contraria eſt dolo, quàm æquitas: Ideóque mirum non eſt ſi accommodetur exceptio ordinis pupillo, quæ falſo ipſius tutori accommodari non poteſt.

l. 1. §. idem Pomponius refert ff. de dolo mal.

Dices fortaſſe, ita ergo futuram inutilem primam partem edicti, *Quod falſ. tutor. autor.* cùm vix ſit vt non ſemper electurus ſit actor actionem ordinariam contra falſum tutorem, potiùs quàm extraordinariam contra pupillum, præſertim quòd potentior ſoleat eſſe cauſa pupilli, quia fauorabilior eſt, *argu. l. 3. §. 1. ff. de alien. iud. mut. cauſ. fact.* At reſpondeo, immò verò non fore inutilem, Non ob id ſolùm quòd fieri facilè poſſit, vt falſus tutor non ſit idoneus, ſed etiam quia non aliter dat Prætor actionem in falſum tutorem, quàm ſi probetur dolo malo autoritatem ſuam accommodaſſe: *d. l. nouiſſimè 7. l. falſus tutor 11. §. 1. ff. quod falſ. tut.* Doli autem probatio plerumque difficillima eſt, cùm non niſi ex manifeſtis, ſiue indiciis, ſiue inſidiis colligatur, *l. dolum 6. C. de dolo.* Ad exercendam verò reſtitutionem nihil aliud probare actor debet, niſi quòd falſus ſit is qui adhibitus fuit, Falſus autem probatur hoc ipſo quod non poteſt probari verus. Sed de his omnibus dicendum erit latiùs & accommodatiùs ad *tractat. De in integr. reſtit.* Nam & debuerat hic titul. *Quod falſ. tutor. autor.* referri à Triboniano in tractatum illum *De reſtitutionibus*, cùm ſit hæc ſpecies vna in integrum reſtitutionis, licèt pertineat etiam ad tractatum *De tutelis*.

ILLATIO XXXIII.

De eo qui interrogatus falsò reſpondit ſe tutorem eſſe.

TRigeſimotertiò ex eodem Principio fit, vt quamuis ex eo quod interrogatus quis tutorem ſe eſſe reſponderit, nulla actione teneatur, id

id eſt ne quidem interrogatoria, quoniam ſi quia competeret, danda eſſet contra eum tanquam contra tutorem, ac proinde non tam ipſius tutoris quàm pupilli nomine, cui ſic noceret mendacium tutoris, quod iniquum eſſet (ſuum enim cuique mendacium non alteri nocere debet) ſi tamen reſponſo ſuo adoleſcentem in aliquam captionem induxerit, id eſt fecerit, vt ex eo mendacio damnum aliquod pupillo irrogatum ſit, vtilem actionem aduerſus eum pupillo dari oporteat *l. vl. ff. quod falſ. tutor. autor.* Nempe, quòd alioqui ex facto & mendacio tutoris maneret pupillus in damno: quod ne eueniat, cauere ſemper Prætor aliúſve quilibet Magiſtratus & poteſt & debet.

ILLATIO XXXIV.

De pupillo qui rem ſuam amiſit, mauultque eam habere, quàm indemnitatem conſequi à tutore.

TRigeſimoquartò ex eodem Principio fit, quod ſcriptum eſt in *d. l. pupilli 6. eod. tit. Quod falſ. tut. aut.* vt ſi pupillus aliquomodo circumuentus ſit, atque ita rem ſuam amiſerit, permittendum ei ſit agere vt ſibi res ſua reſtituatur, ſi eam præcisè habere malit, quam indemnitatem conſequi à tutore, aut à fideiuſſoribus tutoris, aut denique à Magiſtratu ipſo qui tutorem dedit. In ſumma quamuis idoneè ipſi cautum ſit; nempe quia non omnimodo videtur indemnis ſeruari is, cui res ſua abeſt, licèt pro te habeat æſtimationem, etiam cum omni eo quod ipſius intereſſe poteſt. Ita enim fieret vt rem ſuam cogeretur vendere, quod tamen facere nemo cogitur, *l. non enim 9. ff. rer. amot.* Nec ſi iniuſtum & incommodum pretium offeratur, *l. nec quaſi 70. ff. de rei vindic.* vbi malo cum Haloandro legere *iniuſto pretio*, quam vt vulgo *iuſto*.

ILLATIO XXXV.

De ſatiſdatione tutorum.

TRigeſimoquintò ex eodem Principio fit, vt tutoribus omnibus iniuncta ſit neceſſitas ſatiſdandi, niſi vel teſtamento dati ſint, vel ex inquiſitione: *tot. tit. de ſatiſd. tutor. vel curat. inſt.* vbi Iuſtinianus ſcribit, Ne pupillorum, pupillarúmve & eorum qui, quæve in curatione ſunt negotia à tutoribus, curatoribúſve conſumantur, vel diminuantur, curare Prætorem debere vt & tutores & curatores eo nomine ſatiſdent, ſi neque ſint teſtamentarij, neque ex inquiſitione dati. Excipiuntur enim teſtamẽtarij, quia fides eorum & diligentia ab ipſo teſtatore adprobata eſt, qui verò ex inquiſitione dati ſunt, quia idonei electi ſunt, & fides inquiſitionis pro vinculo cedit cautionis; vt loquitur Papin. in *leg. ſi impuberi 13. in fin. ff. de tut. & curat. dat.*

Tit. De ſatiſd. tutor. vel curat.

Et tamen ſubiungit *ibid.* Iuſtinianus, Etiamſi ex teſtamento vel inquiſitione duo pluréſve tutores dati fuerint, poſſe vnum offerre ſatiſdationem de indemnitate pupilli, vel adoleſcentis, & contutori ſuo vel curatori præferri vt ſolus adminiſtret, vel vt contutor aut concurator ſatis offerens præponatur ei vt & ipſe ſolus adminiſtret. Itaque per ſe non poteſt petere ſatiſdationem à contutore ſuo vel concuratore, ſed offerre ipſe debet vt electionem det contutori vel concuratori ſuo vtrum velit ſatis accipere, an ſatiſdare: *l. teſtamento 17. in princ. ff. de teſtam. tutel.* de cuius ſententia *ſuprà* ſcripſimus ad *Princip. 2. illat. 6.*

Quòd ſi nemo tutorum vel curatorum ſatis offerat, ſiquidem præſcriptũ fuit à teſtatore quis gerat, ille gerere debet. Cur non enim parentis voluntati ſtetur, qui vtique filio bene proſpexit? *l. 3. §. 1. ff. de adm. & peric. tutor.* Quod ſi non fuerit à patre adſcriptum, is omnimodo gerere debebit, quem maior pars elegerit: *l. quòd ſi fortè 14. §. 1. ff de ſolut.* Idque ipſo etiam Prætoris edicto cauetur. Sin autem ipſi tutores diſſenſerint circa eligendum eum, vel eos, qui gerere debent, Prætor ſuas partes interponere debet, & adhibere illam cauſæ cognitionem, de qua in *d. l. teſtamento, §. vlt. cum ll. ſeqq.* Idem & in pluribus tutoribus vel curatoribus ex inquiſitione datis comprobandum eſt, vt minor pars eligere poſſit per quem adminiſtratio fiat. Et vt in ſumma is ſemper præferatur, qui meliùs poſſit indemnem ſeruare pupillum vel adoleſcentem. Quod & in legitimis tutoribus obtinere oſtendimus ad *dict. Princip. 2. illat. 6.*

ILLATIO XXXVI.

De tutore vel curatore qui ſatiſdare iuſſus non ſatiſdedit.

TRigeſimoſextò ex eodem Principio fit, vt ſi tutor vel curator ſatiſdare iuſſus ſit, nec ſatiſdederit, nihil interim poſſit adminiſtrare, non magis, quàm ſi nunquam tutor datus eſſet: *l. 1. & vlt. & paſſ. Cod. de tutor. vel curat. qui ſatis non ded.* quia legitimus tutor non habetur, ſed falſus qui non cauit cùm cauere debuerit: *l. ſi tutor. 4. 4 Cod. in quib. cauſ. reſtit. in integr. non eſt neceſſ.* vbi dicitur vſque adeò irrita & nullius momenti eſſe quæ per tutorem hunc geruntur, vt nec vlla pupillo ſit opus reſtitutione ad ea reſcindenda. Voluit enim ciuilis Legiſlator ante omnia cautum eſſe pupillo, ne quid ei abſit. Nihil autem abeſſe poteſt facto tutoris, quandiu tutor ipſe adminiſtrandi ius nullum habet. Immo, inquies, aberit ſi res ipſius interim pereat nemine adminiſtrante. Verum quod dicimus, Tutorẽ vel curatorem qui ſatis non dedit nihil interea poſſe adminiſtrare, non exonerat tutorem, vel curatorem, quominùs teneatur indemnitatem præſtare ac ſi adminiſtraſſet, quin potiùs eum obligat vt eius quoque temporis quod ſatiſdationem præceſſit rationem reddere debeat, non quaſi adminiſtrauerit, ſed quia per eum ſtetit ne adminiſtrauerit, hoc ipſo quod per eum ſtetit ne ſatiſdederit. Moram enim facit in eo quod eſt conſequens, quiſquis facit in eo quod eſt antecedens: *l. ſi quis ſeruo 84. de legat. 2. l. ſi cui legatum 92. in fin. de cond. & demonſtr.* Itaque tutor qui ſatis non dedit, etſi tutor non eſt quantum ad ea in quibus damnum pupillo irrogare poſſet, pro tutore tamen habetur quantum ad hoc vt pupillo ceſſationis ſuæ rationem reddere teneatur, quia & generale eſt vt conditio pro impleta habeatur in præiudicium duntaxat, non etiam in vtilitatem eius per quem ſtat quominùs impleatur: *leg. iure ciuili 24. eod. l. in iure ciuili 161. de reg. iur.* iunct. *l. qui poteſt facere 174.*

Digitized by Google

rod. Benè tamen prouiſum eſt pro minorum vtilitate, vt niſi tutores & curatores caueant, pignoribus captis coërceantur, § *penultim. Inſtit. de ſatiſd. tutor.* quæ ſtrictiora remedia vocat Imp. in *l. 3. Cod. de ſuſpect. tutor.* quomodo etiam accipi debet *l. ſi quis 9 ff. de muner.* Nam & ſic olim Senatores in Senatum venire cogebantur.

ILLATIO XXXVII.

De fideiuſſoribus, & nominatoribus, & hæredibus tutorum & curatorum.

TRigeſimoſeptimò ex eodem Principio fit, vt etiam fideiuſſores & hæredes fideiuſſorum tutoris, ad eandem vſurarum rationem reuocandi ſint, ad quam & tutor ipſe reuocaretur: *l. 3. ff de fideiuſſ. & nomin. & hæredib. tutor. & curat.* Vt nimirum vſuras pupillares, id eſt maximas præſtare teneatur. Quia nec aliter poſſet videri bene cautum pupillo ne quid ei abeſſet, ſi non eaſdem vſuras conſequeretur à fideiuſſoribus tutoris, eorúmve hæredibus, quas & ab ipſo tutore conſequi poteſt, tanquam acceptis fideiuſſoribus in omnem cauſam tutelæ, licèt in ſtipulatione fideiuſſionis nihil de vſuris dictum ſit, vt in *l. quero 54. ff. locat. l. 2. § penult. ff. de adminiſtr. rer ad ciuit. pertin.*

Alia ratio eſt vſurarum eius pecuniæ, quam, cùm pupillaris eſſet, hæres tutoris agitauit & exercuit. Etſi enim eas quoque præſtare tutoris hæres debet, tamen non ſemper maximas, & pupillares debet, ſed quantas & cuius temporis vſuras præſtare debeat, ex bono & æquo conſtitui à iudice oportet: *l. cùm oſtendimus 4 § vſuras eod. tit.* Ita fit vt mitiùs agatur cum tutoris hærede, quàm cùm fideiuſſoribus & hæredibus fideiuſſorum tutoris. Sed alio atque alio reſpectu, nam pro eo tempore quo tutor vixit, & tutelam vel geſſit, vel gerere debuit, eadem omnium ratio eſt in omnibus quæ ipſius tutoris. Sed pro eo tempore quo hæres ipſe tutoris geſſit, ac proinde iam defuncto tutore, & pro ea pecunia quam adminiſtrauit, mirum non eſt ſi mitiùs cum eo agatur, quàm cùm tutore ipſo, nec eſt quod fideiuſſores, hæredéſque fideiuſſorum tutoris ei inuideant, quorum nullus eſt qui pro eius temporis adminiſtratione conueniri vllo modo poſſit, Vt neque conuenitentur propter ea, quæ poſt pubertatem nulla neceſſitate cogente, ſed ex voluntate ſua tutor adminiſtraſſet: *l. Lucius 46. § Paulus reſpondit, ff de adminiſtr. & peric. tutor.* In eo namque deterioris conditionis eſt hæres tutoris, quod quamuis tutor non ſit, tamen non ſolùm tenetur ad explicanda ea quæ per defunctum inchoata ſunt, ſi & legitimæ ætatis & maſculus ſit, in quibus dolus eius admitti poteſt: *l. 1. ff de fideiuſſ. tut.* Verùm etiam ſi poſt mortem tutoris hæres ipſe negotia pupilli gerere perſeuerauerit, aut in arca tutoris pupilli pecuniam inuenerit & conſumpſerit, vel eam pecuniam quam tutor ſtipulatus fuerat, exegerit, (quod enim tutor ſtipulatus fuit, non modò ipſi, ſed & ipſius hæredi bene ſoluitur) placet eum tutelæ iudicio ſuo nomine teneri: *d. l. cùm oſtendimus 4. in pr. eod.* vbi rationem Vlp. reddit, quòd cùm permittatur aduerſus hæredem ex proprio dolo intrari in litem, apparet eum iudicio tutelæ teneri ex dolo proprio. Negligentia planè propria hæredi tutoris non imputabitur, vt *ibidem* ſubiungit Vlpianus; in eóque vno melioris conditionis eſt hæres tutoris, quàm tutor ipſe. Quod tamen quomodo accipiendum ſit, alibi tractauimus.

l. Lucius 46. § Paulus ff. de adm. tut.

ILLATIO XXXVIII.

De fideiuſſoribus tutorum obligandis etiam citra ſtipulationem.

TRigeſimooctauò ex eodem Principio fit, vt quamuis fideiuſſores non ſoleant obligari niſi ex ſtipulatione, *l. blanditus 12. C. de fideiuſſ.* Si tamen fideiuſſores à tutoribus nominati præſentes fuerunt, & non contradixerunt, nomináque ſua in acta publica referri paſſi ſunt, æquum ſit perinde illos teneri atque ſi iure legitimo interpoſita ſtipulatio fuiſſet: *d. l. 4 § vlt. De fideiuſſ. tutor.* vbi additur eandem cauſam eſſe adfirmatorum, qui ſcilicet eùm idoneos tutores eſſe adfirmauerint, fideiuſſorum vicem ſuſtinent; Quamuis alioqui non ſoleat quis teneri ex eo ſolo quod aliquem idoneum eſſe adfirmanit, niſi vel dolo malo & alterius decipiendi gratia id fecerit, vt in *l. & eleganter 7. § vlt cum l. ſeq ff. de dolo.* vel ita adfirmando ſuaſor & mandator fuerit, vt cum alio contraheretur, vt in *l. in cauſa 13. ff. de min. l. ſi verò non remunerandi 12 §. ſi quis mandauerit, ff. mand.* quorum neutrum euenit, cùm nominati à tutore fideiuſſores ſimpliciter idonei adfirmantur. Cur verò æquum eſt iſtus omnes teneri contra ſtrictam iuris communis rationem? Nimirum, quia æquitatem & ius ciuile & Prætor æſtimat ex publica vtilitate, ad quam ſanè pertinet vtilitas pupilli, quæ porrò ſuadet, vt & fideiuſſores & fideiuſſorum adfirmatores, quos vulgò Pragmatici noſtri hodie *collaudatores* vocant, pupillis obligentur, vt iis cautum ſit ne quid per occaſionem tutelæ iis abſit. Idcóque bene Bart. poſt Iacob. de Arct. notat, non alia ratione niti quod ſcriptum eſt in *dict. §. vltim.* quàm fauore pupillorum, nec proinde Vlpiani ſententiam extendi debere; Niſi in eo, inquit, quòd ſi quis accuſetur de crimine aliquo, & ab eo petatur fideiuſſor de condemnatione ſoluenda, qui eùm præſens eſſet non contradixerit, æquè dicendum eſt fideiuſſorem obligari etiam nulla interpoſita ſtipulatione; Quia reſpublica & pupillus æquiparantur: *l. reſpublica, & ibi not. C. quib. ex cauſ. maior. l. rempublicam 3. C. de iur. reipub. lib. 11. tit. 29.*

Fideiuſſorum adfirmatores.

ILLATIO XXXIX.

De reputationibus faciendis etiam per fideiuſſores tutoris.

TRigeſimonono ex eodem Principio fit, vt ſi cum fideiuſſoribus tutoris ex ſtipulatione Rem pupilli ſaluam fore agatur, eaſdem reputationes habere debeant, quas tutor ipſe haberet ſi cum eo ageretur. *l. cum fideiuſſoribus 5. ff. eod. tit. De fideiuſſ tutor.* Nam cùm ratio propter quam admittendæ ſunt reputationes tutoris in iudicio tutelæ, non alia ſit quàm ne pupillus ex tutoris ſui damno locupletetur, quæ ratio etiã contrariam

contrariam tutelæ actionem induxit, vt *in ſuperioribus* oſtendimus; Nemo non videt eandem rationem vrgere pro fideiuſſore tutoris, quandoquidem & hic tutoris locum obtinet, cùm ex fideiuſſionis cauſa conuenitur.

ILLATIO XL.

De beneficio diuiſionis dando fideiuſſoribus ex perſona tutorum.

QVadrageſimò ex eodem Principio fit, quod Papinianus reſpondit in *l. pupillus 6. c. t.* Si pupillus contra tutores eorúmque fideiuſſores à ſingulis ſeparatim datos iudicem acceperit, & iudice defuncto priuſquàm ad eum iretur contra ſolos fideiuſſores alter iudex datus ſit, officio cognoſcentis conuenire, ſi tutores omnes ſoluendo ſint, & adminiſtratio non diſpar, ſed communis fuit, (alioqui pro adminiſtrationis partibus diuiſionem actionis tutelæ fieri oporteret; *l. Diui 31. ff. de admin. & peric. tut.*) portionũ virilium rationem admittere ex perſona tutorum: Id eſt, permittere fideiuſſoribus, vt ex perſona tutorum, quorum fideiuſſores ſunt, poſſint excipere periculi ſocietatem, vt idem Papin. loquitur in *l. ſi plures 38. eod. tit. De adminiſtr. tutor.* & obiicere exceptionem diuiſionis, quam tutores ipſi haberent; ne ſcilicet quiſquam ex fideiuſſoribus conueniatur ſupra eam partem, pro qua tutor ipſe, cuius hic fideiuſſor eſt, conueniretur. Ita enim fit, vt perinde conſulatur optimè pupillo, cui nihil abfuturum ſit; & fideiuſſoribus tamen ſuccuratur, quorum ſanè intereſt vt non deterioris conditionis ſint, quàm is eſſet pro quo conueniuntur: & vt non ſoluant quod pro cæterorum contutorum portionibus debetur, potiùs quàm vt ſolutum repetant ab iis ipſis contutoribus pro quibus numquam fideiuſſerunt: *l. 3. ff. de compenſat. l. ſi ſtipulatus 15. in princ. ff. de fideiuſſ.* Atqui contutores qui ſimul tutelam geſſerunt, ſi ſinguli in ſolidum conueniantur, habent beneficium diuiſionis exemplo fideiuſſorum: *l. 1. §. nunc tractemus, ff. de tutel. & ration. diſtr.* in eóque ſunt melioris conditionis quàm correi debendi, iure vetere inſpecto, ex quo non habebant illi beneficium diuiſionis, quod primus Iuſtinianus dedit, *Nouell. 99. de duob. reis.* Cur non ergo ex ipſorum perſona eodem iure vtentur ij, qui pro ipſis fideiuſſerunt? Nã & in ipſis correorum debendi fideiuſſoribus idem hodie obtineret, quamquam olim non obtinebat, *l. inter eos 51. §. duo rei, ff. de fideiuſſ.*

l. 1. § nunc tractemus ff. de tutel. & rat. diſtr.

Ex quo loco apparet, in fideiuſſoribus tutorum duplex diuiſionis beneficium locũ habere. Vnum ex perſona tutorum, de quo in *d. l. pupillus*: Alterum ex ipſorum fideiuſſorum propria perſona, vt ſi vnius tutoris plures fideiuſſores fuerint, neque conueniendi ſint ſupra eam partem quã tutor ipſe deberet pro quo fideiuſſerunt, neque pro ea etiam parte niſi in viriles. Hoc enim poſterius beneficium diuiſionis quod ex propria perſona habent, multò minùs iis denegari poteſt, quod neque correorum debendi fideiuſſoribus denegaretur, qui pro ſingulis correis interceſſiſſent *d. §. duo rei.*

ILLATIO XLI.

De fideiuſſoribus qui vt tutor prior conueniretur promiſerunt pupillo indemnitatem.

QVadrageſimoprimò ex eodem Principio fit, quod idem Papinianus reſpondit in *l. ſi fideiuſſores 8. eod. titul. De fideiuſſ. tutorum.* Si fideiuſſores qui rem ſaluam fore pupillo cauerant, petiiſſent ab adoleſcente vt tutorem antè conueniret, atque ideò ſtipulanti promiſerint ſe redditurοs quod à tutore ſeruari non potuiſſet, Actionem reſidui inter eos, ſi tempore litis conteſtatæ ſoluendo eſſent, æquè diuidi debere, ac ſi ex priore fideiuſſionis ſtipulatione conuenirentur; quia licèt ita promittendo videantur receſſiſſe à priore forma fideiuſſionis, ſecundum quam poterat adoleſcens ab initio eos eligere, eorúmque ſingulos quidem pro virilibus partibus, ſed omnes tamen ſimul in ſolidum conuenire; quaſi tacita quadam nouatione facta, vt Baldus loquitur; Re tamen meliùs inſpecta tantum abeſt, vt fideiuſſoriam obligationem ſiue expreſsè ſiue tacitè nouauerint, vt è contrario fideiuſſorum onus hoc ipſo ſuſcepiſſe videantur. Quodnam enim aliud fideiuſſorum onus eſt, aut quam aliam ob cauſam fideiuſſores accipiuntur, niſi vt cùm debitor lapſus fuerit facultatibus, poſſit creditor ab iis, quos ſibi pro debitore obligauit, ſuum conſequi *l. §. vlt. Inſt. de replicat.* Secunda igitur promiſſio, quæ in conſequentiam prioris facta eſt, nec proinde minùs quàm prior ex cauſa fideiuſſionis, non potuit auferre fideiuſſoribus beneficium diuiſionis, quod haberent ſi ceſſante ſecunda conuentione pro tota quantitate ex priore ſtipulatione conuenirentur.

l. ſi fideiuſſores l. De fideiuſſ. tut.

Cur verò tam humaniter cum fideiuſſoribus iſtis agimus? An quia nouatio tacita non tollat beneficium legis, vt vult Baldus? Nihil minùs. Nulla enim hic, vt iam diximus, aut expreſſa, aut tacita nouatio eſt. Sed quia nulla ratio eſt cur miſeris fideiuſſoribus, qui pro alio fidem ſuam obſtrinxerunt, beneficium hoc auferatur, quod habent ex epiſtola Diui Hadriani; cùm pupillo non eo minùs cautum ſit, cui certum eſt nihil abfuturum eſſe, ſiquidem ponimus omnes eos inter quos diuiſio fit, ſoluendo eſſe. Nam nec inter alios diuiſio iſta fit, quàm qui litis conteſtatæ tempore idonei reperiuntur, *d. l. inter eos 51. § 1. ff. de fideiuſſ.* Eſſet quidem fauorabilius pupillo ſi aduerſus ſingulos fideiuſſores in ſolidum agere ipſi liceret, ne in plures aduerſarios diſtingeretur, quæ res non paruum incommodum afferre ſolet, *l. & ancillarum 27. §. vlt. ff. de pecul.* cum inducat ſolutionis per partes accipiendæ neceſſitatem, *l. 3. ff. de famil. erciſc. l. communi 7 ff. commun. diuid.* Sed numquam audiendus eſt pupillus, ſi priuilegium poſtulet cum alterius iniuria, *l. ſed cum ab harede 12. ff. ad SC. Trebell.* & vt Principium noſtrum habet, Ei ſuccurrendum eſt hactenus duntaxat, vt nihil ipſi abſit, nec moretur ille in damno. Addit Papinianus rationis loco, *nam etſi mandato plurium pecunia credatur, æquè diuiditur actio*, ſcilicet inter mandatores, quoniam eadem æquitatis ratio quæ diuiſionis beneficium inter fideiuſſores induxit, etiam inter mandatores locum habet, quòd

omnes ſint interceſſores, & pro alio obligari. Subiungit Papinianus, *ſi enim quod datur, pro alio ſoluitur* (nam ita legendum & interpungendum textum eſſe arbitror) *cur ſpecies actionis æquitatem diuiſionis excludit.* Senſus eſt, Cùm de diuiſionis beneficio inducendo agitur, nihil aliud eſſe inſpiciendum, niſi an quod datur, pro alio ſoluatur. Nec proinde quicquam referre, an contra fideiuſſores iſtos agatur ex priore ſtipolatione fideiuſſoria, an ex poſteriore. In ſumma vult Papinianus dicere, non titulum actionis ſed cauſam debiti reſpiciendam eſſe, quomodo Tryphoninus loquitur in *l. inter 69. de ſolut.* Cauſa verò debiti proculdubio à fideiuſſione eſt.

Emendatus Papin. in d. l. 7. de fid. ius.

ILLATIO XLII.

De electione quam pupillus habet ad agendum vt conſequatur indemnitatem.

QVadrageſimoſecundò ex eodem Principio fit, vt eligere debeat pupillus, vtrum cum ipſis tutoribus, vel curatoribus, qui fideiuſſores dederunt, aut heredibus eorum; an cum his qui pro ipſis ſe obligauerunt, agere velit, vel etiam, ſi malit, diuidere actionem. Nam in ſolidum & cum reo & cum fideiuſſoribus agi iure non poteſt: *l. 1. C. de fideiuſſ. tutor.* Nimirum quia nec neceſſe eſt, cùm ad indemnitatem pupillo præſtandam ſufficiat, quod habet electionem: Sibi enim debet imputare, aut aliis, quorum auxilio regitur, ſi malè eligat; vt & aliàs euenit quoties quis plurium actionum etiam contra eandem perſonam competentium electionem habet, vt in *§. varius. l. cum 76. de leg. 2. l. huiuſmodi 84. §. vlt. de legat. 1.*

ILLATIO XLIII.

De fideiuſſoris liberatione quæ contingit ſoluente tutore.

QVadrageſimotertiò ex eodem Principio fit, quod ſcriptum eſt in *l. 5. eo tit. C. de fideiuſſ. tutor.* Non eſſe ambigui iuris, electo reo & ſoluente, fideiuſſorem etiam pupillarem liberari. Et ideò ſi ſimpliciter acceptus ſit fideiuſſor in id quod tutor ſeu curator debiturus eſſet, non eſſe dubium quin fideiuſſor ſit liberatus, ſi tutor ſeu curator condemnatus ſoluerit. Planè, inquit lex, ſi ſtipulatio Rem ſaluam pupillo fore interpoſita eſt, vel aliter cautum eſt, in id quod à tutore vel curatore ſeruari non poteſt, manet fideiuſſor obligatus ad ſupplendam pupillo indemnitatem. Prioris partis ratio eſt, quia lucrum ſentiret pupillus ex damno alieno ſi haberet fideiuſſorem obligatum poſt ſolutionem à tutore factam, Bis enim idem conſequeretur, quod eſſet contra bonam fidem, vt eſt in iuris regula: Ideóque nec iuris ratio patitur vt poſt ſolutionem ſiue à debitore ipſo, ſiue à fideiuſſore factam, obligatio vlla ſuperſit. Poſterioris autem partis ratio eſt, quia maneret pupillus in damno, ſi non eſſet ei ſupplenda indemnitas à fideiuſſore, cùm ſolidum à tutore vel curatore ſeruari non potuit.

Notanda tamen differentia eſt, quæ colligitur ex *d. l.* 5. An fideiuſſor à tutore ſimpliciter acceptus ſit, an verò interpoſita fuerit ſtipulatio, Rem pupilli ſaluam fore, vel aliter præſtita cautio de indemnitate in id, quod à tutore vel curatore ſeruari non poſſet. Primo enim caſu ſi pupillus tutorem elegerit, quamuis non fuerit ab eo ſolidum conſecutus, poſtea tamen contra fideiuſſorem agere non poteſt, ſi ius vetus inſpiciatur, quod tale erat vt electo reo fideiuſſor liberaretur, ad conſtitutionem vſque Iuſtiniani in *l. vlt. C. de fideiuſſ.* Niſi quod ei ſubueniretur per in integrum reſtitutionem, ſi talem electionem feciſſet in ea ætate, quæ admitteret auxilium reſtitutionis ex edicto, *De minor.* Duobus verò poſterioribus caſibus non adimit electio tutoris ius agendi contra fideiuſſorem, quouſque pleniſſimam indemnitatem pupillus conſecutus ſit, idque propter verba ſtipulationis, quia non aliter poteſt ſalua eſſe res pupillo, quàm ſi nihil ei prorſus abſit: Nec tamen agi poteſt contra fideiuſſorem indemnitatis, priùs quàm actum ſit contra principalem debitorem: *leg. decem ſtipulatus 110. ff. de verb. oblig.*

ILLATIO XLIV.

De fideiuſſore tutoris defuncti ſine hærede.

QVadrageſimoquartò ex eodem Principio fit, vt ſi tutor ſine hærede deceſſerit, neque inuentaria aliáque inſtrumenta per fideiuſſorem exhibeantur, poſſit curator pupillo datus eundem fideiuſſorem conuenire ex ſtipulatione, Quanti intereſt pupilli; id eſt in id omne in quod tutor conueniri potuit: *l. ſine hærede 32. ff. de admin. tutor.* quia licet obligatio principalis nulla ſuperſit, cùm tutor qui principaliter fuit obligatus, deceſſit nullo relicto hærede, non ideò tamen ſatisfactum eſt pupillo, cui ſemper verum eſt abeſſe quicquid ei à tutore debebatur. Multúmque ideò differt hic caſus ab illo, quo principalis obligatio extincta ſit per ſolutionem: Qui enim accipit ſolutionem ſiue à debitore ipſo, ſiue ab alio quolibet, debitoris nomine, hoc ipſo fit locupletior, non etiam is cuius debitor moritur ſine hærede: Hic enim potiùs fit pauperior cùm amittat actionem, quæ ſine perſona conſiſtere non poteſt. Neque tamen hoc ita accipiendum eſt quaſi ſpeciale ſit in pupillo, vt mortuo debitore principali ſine hærede nihilominùs retineat fideiuſſorem obligatum: Nã & idem euenit in cæteris omnibus qui fideiuſſorem aliquem acceperunt, vt non minùs ſaluam contra ipſum actionem habeant, quamuis debitor abſque hærede deceſſerit, *l. 1. §. idem Pomponius quærit ſi apud te 14. ff. depoſit. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. 1 in fin. ff. de ſolut.* Sufficit enim fuiſſe aliquando iam natam principalem obligationem, nec defuiſſe perſonam in qua conſiſtere potuerit ea principalis obligatio, *l. poſtquam 5. ff. vt legat. nom. caueat.* Ratio igitur generalior iuris huius, & quæ ſpeciebus omnibus conuenit illa eſt, quòd non aliam ob cauſam fideiuſſores accipiuntur, quàm vt ſtipulatori cautum ſit in eum caſum quo debitor principalis non ſoluerit, *d. §. vlt. Inſtit. de replicat.* Porrò tam verum eſt non ſoluiſſe debitorem qui deceſſit ſine hærede, nec ſoluere amplius poſſe, quàm ſi bonis ceſſiſſet; factúſque omnino eſſet non ſoluendo. Perinde igitur fideiuſſorem teneri æquum eſt.

l. ſine hærede 32. ff. de admin. tut.

Quod-

Quod cùm ita ſit, non poſſum probare quod poſt Accurſium notat Bart. ad eum locum. Non iurari in litem aduerſus hunc fideiuſſorem. Nam ſi verum eſt quod Modeſtinus ait poſſe illum conueniri in id omne, in quod tutor ipſe conueniri potuit; negari autem non poteſt, Tutorem, qui inuentarium vel non fecit, vel non exhibet, teneri in id omne quod pupillus iurauerit ſua intereſſe, *l. tutor qui repertorium 7. eo.* An non prorſus conſequens eſt idipſum, quod intereſt pupilli, perinde æſtimandum ſit per iuſiurandum in litem aduerſus fideiuſſorem, atque contra tutorem ipſum æſtimaretur: Alioqui non conuenietur fideiuſſor in id in quod tutor côueniri poterat, ſed in multò minus, cùm ſemper maior ſit æſtimatio quæ fit per iuſiurandum in litem, quàm quæ ſine iureiurando. Siquidem æſtimatio creſcit per iuſiurandum propter contumaciam, *l. 1. ff. de in lit. iur. l. quod ſi poſſeſſor 71. ff. de rei vindic. l. non enim 9 ff. rer. amot.* Atque ita pupillo aliquid abeſſet, id nimirum quod plus conſequi hodie poſſet à tutore ſi tutor viueret, ex eóque quod tutor ſine hærede deceſſiſſet, damnum ſentiret pupillus, cui tamen ab initio benè proſpectum & cautum eſſet accepto idoneo fideiuſſore; quod iniquum eſſe ait Papinianus, licet in diſſimili ſpecie, in *l. 3. ff. de ſeparat.*

Nec obſtat ratio illa qua Accurſius & Bartolus mouentur, quòd hic fideiuſſor tutoris conueniatur ex contractu ſtricti iuris, id eſt ex ſtipulatione, in quo genere actionis certum eſt non iurari in litem, *l. alias 6. ff. de in lit. iur.* Id enim tunc verè dicitur, cùm quis ex ſtipulatione conuenitur ad rem certam quam ipſe promiſerit, non etiam cùm ſtipulatio refertur ad debitum alienum, quod quale quantúmque ſit, æſtimari non poſſit ſine delatione iuriſiurandi; vt euenit in propoſita ſpecie. Fideiuſſor enim tutoris vt & alterius cujuſlibet debitoris non ad aliud præſtandum ſe obligat, quam ad illud ipſum quod debitor ipſe principalis præſtare teneatur. Nihil ergo fit contra naturam ſtipulationis fideiuſſoriæ, cum fideiuſſor condemnatur quanti adultus ſua intereſſe ex cauſa tutelæ iurauerit, quia hoc caſu non tam aduerſus fideiuſſorem ipſum iuratur, quam æſtimatur id quod tutor ipſe vt debuit ſeiri poſſit, quid etiam debeat fideiuſſor. Idque in omnibus quoque actionibus ex ſtipulatu generale eſt, vt quoties ſine delatione iuriſiurandi non poteſt iudex æſtimare rem per ſe, cogatur iuſiurandum actori deferre, *l. in actionibus 5. § vlt. eod.* Et verò ſi non poteſt fideiuſſor recuſare, quominùs condẽnari debeat in id omne, quod adultus contra tutorem viuum in litem iurauerit, cur recuſabit mortuo interim tutore ſiue hæredem aliquem reliquerit, ſiue nullum? Vtrumque enim procedit ex eo dumtaxat, quod hic fideiuſſor in omnem tutelæ cauſam acceptus videatur, alioqui nec vſuras vllas deberet, quas expreſſim per ſtipulationem non promiſiſſet; quod tamen falſum eſſe ſuprà oſtendimus *illat. 38.* Ergo & in cauſam iuriſiurandi in litem acceptus eſſe intelligitur, quod ex vi & poteſtate actionis tutelæ manat.

Minùs obſtat quod iuſiurandum in litem ne quidem cõtra tutoris hæredem deferri poteſt, ſi non hæres ipſe, tutor ſit in dolo, *l. pen. & vlt. & paſſ. C. de in lit. iur.* [*l. pen. & vlt. C. de in lit. iur.*] Alio enim iure eſt tutor, alio hæres eius, vt ſcriptum eſt in *d. l. pen.* At nuſpiam ſcriptum eſt alio iure eſſe tutorem, alio fideiuſſorem eius, Cùm obligatio fideiuſſoris propriam quantitatem nullam habeat, ſed eam ipſam tantùm quæ tutelæ obligatione continetur. Vt neque vſpiam ſcriptum eſt de tutoris hærede quod de tutoris fideiuſſore, conueniri eum poſſe in id omne in quod tutor ipſe conueniri potuit. In quo mirum non eſt, deteriorem conditionem eſſe fideiuſſoris quàm hæredis. Fideiuſſor enim ex propria promiſſione conuenitur, ſibique debet imputare cur in quantitatem incertam fideiuſſerit, & generaliter in id omne quod ex cauſa tutelæ deberi quandocunque poſſet ab ipſo tutore. Hæres autem tutoris etſi defuncti perſonam repræſentat, eique videtur poſſe imputari, cur doloſi tutoris hæreditatem adierit, non tamen obligatur ex vlla ſua promiſſione, ſed tantùm ex poteſtate legis, quæ & hæreditatem & hæredem facit, lex autem quæ tutoris hæredem obligat ad rationes tutelæ reddendas ex perſona tutoris, eum obligat cum hoc æquitatis temperamento, vt tamen aduerſus eum iurari in litem non poſſit, cùm neque tutor ipſe ſit, neque dolo malo quicquam fecerit in re pupillari. Iuſiurandum enim in litem inductum eſt in pœnam eius, qui per dolum & contumaciam retinet rem alienam; quod non poteſt dici de tutoris hærede, ſiue nullum inuentarium tutor fecerit, ſiue quod ab eo factum fuit poſtea deperditum ſit, ita vt ab hærede ipſius quamuis volente exhiberi nullo modo poſſit: *l. 2. eod. tit. C. de in lit. iur.* Præterea fideiuſſor habet regreſſum contra tutorem, tutoríſque hæredem, vt per actionem mandati conſequatur indemnitatem, quem regreſſum tutoris hæres nullum haberet.

Nec obſtat ſi dicatur, Ita futurum vt durior ſit cauſa fideiuſſoris, quàm debitoris principalis, eo ſaltem caſu quo principalis debitor ſit non tutor ipſe, ſed tutoris hæres. Nulla enim lex eſt, quæ hoc prohibeat ne durioris conditionis ſit fideiuſſor, quàm hæres debitoris, dum ne ſit durioris quàm ipſe debitor: Alioqui nec poſſet teneri fideiuſſor eo caſu quo tutor ſine hærede deceſſiſſet; quod tamen falſum eſſe ait Modeſtinus.

Et quamuis admitteremus non poſſe teneri fideiuſſorem tutoris quanti adultus in litem iurauerit eo caſu, quo tutor deceſſerit relicto hærede, contra quem iurari non poſſet, quia forte in dolo nõ eſſet: Cur non Interpretes nobiſcum ſentiunt, vt contra tutoris fideiuſſorem poſſit peti condemnatio quanti adultus in litem iurauerit ſaltem eo caſu quo tutor aliquem reliquerit hæredem: aduerſus quem iurari in litem poſſit? Nec enim alio colore tutoris hæres condemnatur etiam ex proprio dolo quanti adultus in litem iurare volet, quàm quia ipſe quoque tutelæ iudicio ex propria perſona tenetur: *l. 1. & 4. & paſſ. ff. de hered. tutor.* [*l. 1 & 4. ff. de her. tut.*] Ergo ſaltem hoc caſu fateri debuerunt Interpretes, condemnandum eſſe fideiuſſorem tutoris quanti actor in litem iurauerit: Nec tamen eo minus verum erit cum ex ſtipulatione conueniri. Non igitur illud inſpiciendum eſt, cùm fideiuſſor ex fideiuſſione conuenitur quid ipſe promiſerit, ſed quid tutor, pro quo fideiuſſit, debeat, aut debiturus eſſet ſi viueret; ſiue deceſſerit nullo hærede relicto, vt in ſpecie Modeſtini; ſiue relicto eo hærede qui minus debeat, quam tutor ipſe, id eſt contra quem non poſſit iurari in litem, cùm tamen aduerſus tutorem ipſum iurari potuiſſet.

ILLATIO XLV.

De actione competente minoribus contra eos qui fideiuſſorem accipere debuerunt.

QVadrageſimoquintò ex eodem Principio fit, vt non ſolùm in tutores & curatores actio competat pupillis, vel adultis, ſed etiam in eos qui ſatiſdationem accipere debuerunt, ſed cum hac differentia quòd quæ in tutores & curatores competit, ordinaria eſt: Quæ verò in Magiſtratus, non niſi ſubſidiaria, & quæ vltimum minoribus præſidium adferre poſſit, vt loquitur Iuſtin in §. *ſciendum*, *Inſtit. de ſatiſd. tutor.* Vt ſcilicet proſpiciatur ne iis quicquam abſit, Habet enim conditionem illam, ſi indemnitati pupilli, vel adulti non fuerit ſatisfactũ: *l. aduerſus 4. C. eod.* Competit autem hæc actio ſubſidiaria non in ordinem Magiſtratuum, qui conſtat ex pluribus, ſed in ipſas perſonas Magiſtratuum qui dederunt, *l. 1. ff. de magiſtr. conuen.* vbi quod de Ordine ſcribitur, male nonnulli intelligunt de Magiſtratibus vrbanis, aut prouincialibus. Debet enim de municipalibus intelligi; ſed de collegio ipſo, & vt ita dicam corpore Magiſtratuum municipalium, ad differentiam ſingulorum. Siquidem neque vrbani, neque prouinciales Ordinem conſtituunt, cùm vrbani quidem ſinguli ſuas habeant eáſque diſtinctas functiones: Præſides verò, vel Proconſules in prouinciis, ſinguli quoque omnium Magiſtratuum qui in vrbe ſunt partibus funguntur; *l. ſi in aliam 7. §. vlt. cum l. ſeq. ff. de offic. procons. l. ex omnibus 10. cum duab. ſeqq. ff. de offic. præſid.* Et quamquam verum eſt, neque Prætorem in vrbe, neque Præſidem, aut Proconſulem in prouincia, cæteróſve maiores Magiſtratus quibus tutoris dandi ius eſt, huiuſmodi actione ſubſidiaria teneri, ſed eos tantummodò qui ſatiſdationem exigere ſolent, vt Iuſtinianus ſcribit in §. *vlt. Inſtit. de ſatiſd. tutor.* de quibus etiam loquitur *l. Æmilius 53. ff. de admin. tutor.* Non eam tamen Vlp. ſententiam eſſe in *d. l. 1. in prin.* conſtat ex eo, quod idem Vlp. in §. 1. *eiuſdem legis*, hoc ipſum ſcribit, quod niſi abſurdè & ſuperuacuo inculcare non poterat; neque Prætorem, neque alium quemlibet, cui tutoris dandi ius fuit, hac actione teneri.

§. ſciendum Inſt. de ſatiſd. tut. l. 4. C. eo.

Quod tamen non ita accipiendum eſt quaſi huiuſmodi actione nemo teneri debeat ex iis, qui tutoris dandi ius habent, ſic enim fieret vt neque Magiſtratus municipales teneri poſſent; quandoquidem ius dandi tutores omnibus Magiſtratibus municipalibus datum eſt; ſed illum qui ab eodem municipio, vel agro eiuſdem municipij eſt: *l. 3. ff. de tutor. & curat. dat.* Sed Vlpiani ſenſus eſt in *d.* §. 1. neque Prætorem, neque alium quemlibet Prætori ſimilem, id eſt ex maioribus Magiſtratibus, quibus dandi tutoris poteſtas eſt, actione iſta teneri: ad excluſionem ſcilicet aliorum Magiſtratuum, qui quantumuis maiores ſint, ius tamen dandi tutoris non habent, quod nemo habet iure ſui magiſtratus, ſed quibus ſpecialiter hoc lege aliqua, vel ſenatuſconſulto, vel Principis conſtitutione permiſſum eſt: *l. 1. eod. titu. De tutor & curat dat. l. 1. Diui 24 eod.* vbi ſcriptum eſt, ſi quando deſint in ciuitate ex qua pupilli oriundi ſunt, qui idonei videantur eſſe tutores, officium eſſe Magiſtratuum inquirere ex vicinis ciuitatibus honeſtiſſimum quemque, & nomina Præſidi prouinciæ mittere, non ipſos arbitrium dandi ſibi vindicare nempe quia tale ius iis datum non eſt; Ergo nec habent. Neceſſaria itaque fuit apud Vlp. ea reſtrictio, *cui tutoris dandi ius eſt*: Non quaſi cæteri maiores Magiſtratus quibus tutoris dandi ius non eſt, ſi tutorem fortè dederint, conueniri ex ea cauſa per ſubſidiariam actionem poſſint, (cur enim teneantur ſi datio ipſa non tenuit, nec proinde vllum damnum pupillo adferre potuit?) Sed quia eſſet abſurdum dicere, Alios Magiſtratus maiores, & Prætori ſimiles non teneri ſubſidiaria, & vt appareret non de aliis Magiſtratibus ſentire Vlpianum quàm qui tutoris dandi ius haberent: Ex ea nimirum regula, quæ vult, Semper habiles terminos eſſe ſupponendos. Ratio autem cur Prætor hac ſubſidiaria actione non teneatur, nec Præſes, nec Proconſul, aliive Magiſtratus, illa eſt, quia non ſolebant iſti exigere ſatiſdationem, ne quidem ab iis tutoribus quos dabant, quòd ab eorum dignitate id alienius videretur, ſed eam curam Magiſtratibus municipalibus delegabant, quorum proinde culpa erat, non maiorum Magiſtratuum, qui tutores dederant, ſi poſteà vel nullo modo, vel minùs idoneè pupillo cautum eſſet. Quod cùm ita ſit, dubitari probabiliter poteſt, licet nemo dubitet, quid hodie iuris conſtituendum ſit poſtquam eo iure vtimur, vt Præſides prouinciarum, quos Sabaudi *Iudices*, vel *Iuridicos maiores*, Galli verò *Locam-tenentes generales* vocant, tutorem aliquem dederint, nec ab eo ſatis exegerint, aut ſatis exigi cum effectu curauerint; An ex ea cauſa per ſubſidiariam actionem conueniri poſſint? Etſi enim eo iure vtimur, vt poſſint, pro iis tamen illud facit, quòd non tam veteribus illis Magiſtratibus municipalibus æquiparandi ſunt, quàm vrbanis Magiſtratibus, vel Præſidibus prouinciarum, cùm habeant non ſolum iuriſdictionem omnimodam, ſed etiam merum imperium & gladij poteſtatem, quæ omnia municipales Magiſtratus numquam habuerunt. Quibus multò melius æquiparare poſſis Caſtellanos temporis noſtri, qui ſingulis municipiis præſunt, habéntque aliquam quidem iuriſdictionem ordinariam, & conſequenter mixtum quoque imperium, quippe quod ineſt iuriſdictioni, & ſine quo iuriſdictio nulla eſt: *l. 3. De iuriſd. l. vltim. De offic. eius cui mandat. eſt iuriſdictio*: ſed non imperium merum, neque omnimodam iuriſdictionem, verum certis finibus & cauſſis coarctatam. Quamquam in eo maximè differunt à Magiſtratibus municipalibus, quòd tutoris dandi ius nullo modo habent; Sed tamen ius habent exigendæ ſatiſdationis, ſi nominatim id eis mandatum ſit à iudice, qui tutorem dedit, vt ſolent plerumque facere Iudices, & hanc eis curam iniungere; nec incautè, vt transferant in eos periculum ſatiſdationis, quod alioqui ſubire ipſi cogerentur, eo iure quo, vt iam dixi, vtimur.

De Magiſtratibus noſtri temporis non exigentibus ſatiſdationem à tutore

Mihi verò non ſolum æquitati & iuris rationi conuenientius videtur, ſed etiam ad ipſam pupillorum vtilitatem accommodatius, ita ius conſtitui, aut potius cuſtodiri (iam enim ſatis conſtitutum eſſe arbitror) vt Iuridici iſti maiores, & Præſides prouinciarum, non magis quam olim Prætores, Præſides, & Proconſules ſubſidiaria actione teneantur, quia non alios Magiſtratus hodie habemus, qui veteribus illis

meliùs.

Digitized by Google

meliùs comparati poſſint; Nec vlla lex eſt quæ iubeat eos ſatiſdationem exigere à tutoribus, ſi id facere ipſi nolint, malintque eam rem Magiſtratibus municipalibus delegare, ſiue quod exemplo Prætorum potent alienum à dignitate ſua, vt in exigenda ſatiſdatione ſe interponant (in quo tamen ſibi blandiuntur, qui ſic ſentiunt, poſtquàm placuit poſterioribus, vt cogantur etiam Prætores & prouinciarum Præſides de facto quoque cognoſcere & iudicare, quod olim non obtinebat: *l. 2. C. de pedan. iudic.*) Siue potius ob hoc ipſum, vt effugiant periculum ſubſidiariæ iſtius actionis: Atqui multò vtilius eſt pupillis vt hæ ſatiſdationes interponantur apud maiores Magiſtratus, quos dubitandum non eſt pro ſua grauitate & prudentia meliùs omnia facturos, & magis ex pupilli vtilitate quam Caſtellanos. Et tamen tantò difficiliores ſe præbent maiores Magiſtratus, nec immeritò ad operam iſtam pupillis nauandam, quantò periculoſiorem vident ſibi fore fidem ſuam, & ideo paſſim exactionem ſatiſdationis remittunt ad Caſtellanos, aut, quod periculoſius eſt, ad eorum ſcribas, quos vulgo Curiales vocant, qui nullam penitus habent iuriſdictionem. Eſſet igitur iuſtius inuitari maiores Iudices, aut ſaltem legis alicuius autoritate cogi ad exigendas per ſeipſos ſatiſdationes, quam deterreri eos ab hoc officio præſtando ſubſidiariæ actionis metu: relicta eis poteſtate ſe exonerandi, delegandique curam iſtam Curialibus, aut Caſtellanis. Alioqui punitur Magiſtratus qui maiorem erga pupillum affectionem habuit, magiſque ſollicitus fuit in exigenda ſatiſdatione, fitque ille deterioris conditionis, quàm ſi exonerandi ſui gratia negligentiùs rem tractaſſet, & ad municipales magiſtratus remiſiſſet: quod ſanè abſurdum eſt, & à pupillorum, vt dixi, vtilitatibus alienum. Niſi ponas, quod ego ſanè probarem, vt pupillis in omnem caſum meliùs conſuleretur, lege aliqua præcipi diſtrictè Magiſtratibus, vt illi ipſi ſatiſdationem exigant, nec eam rem aliis committant, niſi in caſibus quos excipit *d. l. 2. C. de pedan. iudic.* Id eſt, ſi vel propter cauſarum multitudinem, vel propter morbum, aut abſentiam, aut aliam ſimilem cauſam impediantur, ne fideiuſſores accipere ipſi poſſint; Ita enim conſtituto iure, non eſſet verendum ne curam hanc deſererent, & in alios transferrent, quod vnum quandiu ipſorum arbitrij res eſt, damnum pupillo afferre poteſt.

Dices, Etiam eo non conſtituto, æquum tamen eſſe, vt Magiſtratus teneantur, ſi ipſi, vel non acceperint fideiuſſores, vel accipiendos minùs idoneis delegauerint, vel denique minùs idoneos ipſi acceperint; cùm poſſit iis imputari cur non fuerint diligentiores in faciendo, vt pupillis meliùs cautum eſſet. Verùm reſpondebo, eadem ratione debuiſſe olim Prætorem conueniri, ſi fortè ſatiſdationem ipſe exegiſſet, quam nec prohibebat quicquam vt is exigeret, ſi tantam affectionem præſtare pupillo vellet. Neque tamen vllo iuris loco reperias ita ſcriptum eſſe, vt potuerit Prætor ex ea cauſa conueniri, ſed generaliter non potuiſſe. Iniquum enim & ridiculum fuiſſet, actionem dari in eum, cuius præcipua dignitas erat, & ad cuius potiſſimum curam pupillorum ſalus & vtilitas pertinebat; Ne aliter poſito iure futurum eſſet, vt haberent illi exoſum & ſuſpectum pupillorum nomen. Quid ni ergo idem in Magiſtratibus noſtris obtinebit? Præſertim verò in illis, qui non ſecus ac Præſides, toti prouinciæ præſunt. Quamquam quod de iſtis dicimus, ad alios etiam minores ſingularum & inferiorum iuriſdictionum Iudices protrahendum arbitramur. Etſi enim ſunt illi minores, ſi cum eo qui Principis iuriſdictionem in eadem prouincia exercet, conferantur, habent tamen eandem poteſtatem etiam gladij plerumque, in eo oppido cui præſunt, ideòque quod ad hanc rem pertinet, quæ cum Principis iure & dignitate nihil commune habet, in eadem cauſa eſſe videri poſſunt. Et hæc quidem de Magiſtratibus noſtri temporis obiter dicta ſint.

l. 2. Cod. de ped. iudic.

At ſi quis quærat, Cur in ordinem Magiſtratuum municipalium actio nulla detur, vt Vlp. ſcribit in *d. l. 1. in princip. De magiſtr. conuen.* non alia ratio quætenda erit, quàm, quæ tamen ab eodem Vlpiano non affertur, quòd non Ordo ipſe tutorem dederit, ſed tantum quidam Magiſtratus quamuis ex eo Ordine. Non autem æquum eſt ex vnius facto alios prægrauari, & nocere factum alterius ei qui nihil fecit: *l. de pupillo 5. §. ſi plurimum res ſit, ff. de oper. noui nunciat. l. cum ſolus 68 ff. de acquir. hered.* vulg. *l. non debet alteri 74. De reg. iur.* Quid ergo ſi Ordo ipſe tutorem elegerit & dederit, aut etiam periculum in ſe receperit: Nam & hoc interdum fit, & parui refert an aliquem Magiſtratus nominauerint, an fideiuſſerint, an periculum in ſe receperint. Vtilis actio in Ordinem quoque dabitur, At non in corpus ipſum, vt ita dicam, Ordinis, ſed in eos tantum qui ex Ordine præſentes fuerunt, *d. l. 1. De magiſtr. conuen.* Etſi enim quod Ordo fecit, abſentibus nonnullis, petinde ratum eſt ac ſi ab omnibus factum eſſet; Non ideo tamen quod a maiori parte factum eſt, vſque adeò ab omnibus factum videri debet, vt præſentium culpa poſſit abſentibus imputari. Semper namque verum eſt perſonam huius & illius eſſe quæ deliquit, non etiam Ordinem vniuerſum.

Sed an fideiuſſores Magiſtratuum, æquè ac Magiſtratus ipſi ſubſidiaria iſta actione tenebuntur? Minimè. Hi enim Rempublicam ſaluam fore promittunt, non rem pupilli. Proinde nec nominatores Magiſtratuum ex hac cauſa tenebuntur, ſed ſoli Magiſtratus, vt diſertè Vlpianus ſcribit in *d. l. 1.* quia nunquam debet obligationis poteſtas extendi vltra quàm voluerit obligari is, qui non niſi in certum caſum, & certa de cauſa ſe obligauit, *l. non omnis 11. ff. ſi cert. petat. l. centum Capuæ 8. verſ. nec oportebit, ff. de eo quod cert. loc.*

Simile eſt quod idem Vlpianus ſcribit in *d. l. 1. §. vlt.* Si filiusfamilias fuit Magiſtratus, & caueri pupillo non curauerit, aut non idoneè cautum ſit culpa eius, dandam eſſe actionem de peculio in patrem, ſiue voluntate eius filius Decurio factus ſit, ſiue non. Nam etſi voluntate patris magiſtratum adminiſtrauit, attamen non oportere patrem vltra quàm de peculio conueniri: Quaſi rem pupilli ſaluam fore promittat, qui dat voluntatem, vt filius Decurio creetur. Sic enim lego *rem pupilli*, pro eo quod vulgo legitur *rem publicam*, vt hæc ratio ſimilis ſit ei quæ ponitur in *princip. dict. l. 1.* io illis verbis, *hi enim rem publicam ſaluam fore promittunt, non pupilli.* Quod non intelligens interpres quidam, qui cum cæteris legebat *rem publicam*, addidit dictionem *ſolam*, quæ in *Pandect. Florent.* interclusa eſt lineis tanquam ineptitia. Errori verò cauſam illud dedit, quod putarunt iis verbis, *quaſi rempublicam ſaluam fore promittat, qui dat voluntatem vt filius decurio*

d. l. 1. §. vlt. ff. de magiſt. conuen.

Emendatur Vlpianus.

Digitized by Google

decurio crearetur: rationem contineri propter quam dicendum ſit patrem non teneri in ſolidum, quomodo & ab eodem Vlp. expreſſa eſt in *l.3. §. vlt. ff. de pecul.* in illis poſtremis verbis, *quoniam rempublicam ſaluam fore pater obſtrictus eſt*. Quod tamen ab Vlpiani ſenſu alienum eſt. Voluit enim ille potiùs exprimere rationem, qua moueri deberet, quiſquis vellet dicere patrem hoc caſu in ſolidum poſſe conueniri: Eum namque neceſſe eſſet præſupponere, patrem qui conſenſit vt filius Decurio crearetur, hoc ipſo promiſiſſe rem pupilli ſaluam fore, quod certè abſurdum eſſet dicere. Qui enim ſic conſenſit, non cogitauit de re pupilli, ſed tantùm de Re publica, ſaluam eam fore. Tractat enim filius Decurio Rempublicam principaliter, rem verò pupilli non niſi per conſequentias. Ideóque non ita ſcripſit Vlp. *quia rempublicam*, ſed *quaſi rempublicam*, vt eſſet ratio dubitationis potiùs quàm deciſionis. Contra quàm in *d.l.3. §. vlt.*

De non conueniendis magiſtratibus quibus nihil imputari poteſt.

EX eo tamen quod hæc actio, quæ in Magiſtratus datur, non niſi ſubſidiaria eſt, & conſequenter competens ex ſola æquitate, vt & ſubſidiariæ omnes actiones intelligimus, non contra alios Magiſtratus competere, quam quibus aliqua culpa imputari poſſit: Ne alioqui iniquum incipiat fieri beneficium, quod ex ſola æquitate introductum eſt. Etſi enim omni caſu æquum eſſet conſuli pupillo ne quid ei abeſſet, æquius tamen eſt in damno morari pupillum, ſi alia ratione indemnis ſeruari non poſſit, quàm indemnitatem ei tribui ex iniuria & damno alterius, qui nullius culpæ ſit reus: *arg. l. ſed cùm ab hærede 22. ff. ad SC. Treb.* Ideóque ſi Præſes prouinciæ voluit magiſtratus tantum denunciare ſibi de facultatibus tutorum, vt ipſe daret, Diuus Marcus reſcripſit non perinde teneri magiſtratus, atque ſi ipſi dediſſent tutores: quod omnino ſic accipiendum eſt etiamſi falſum Præſidi renunciauerint (cur enim poſſet dubitari an tenerentur ſi verum renunciaſſent?) Sed hoc ita ſi nihil dolo malo fecerint. Nam ſi deceperint, gratiâ forte aut pecuniâ falſa renunciantes, vtique tenebuntur, cùm ſint plus quàm in culpa, qui ſunt etiam in dolo: *d.l.1. §. ſi præſes, ff. de magiſtr. conueniend.* At cur non tenentur, cùm falſum per culpam renunciauerunt, licet careant dolo? Nimirum quia potuerat Præſes aliunde reſcire quid eſſet in facultatibus tutorum, ſi diligentiæ ſuæ partes exactiùs interponere voluiſſet: nec tam ex culpa Magiſtratuum, quam ex culpa ipſius Præſidis damnum pupillus patitur, cùm non debuerit Præſes ſoli magiſtratuum relationi tantopere fidere in re, quam habebat ſuſpectam, cùm tutores ipſe dare vellet.

d. l. 1. ſi præſes ff. de magiſt. conuen.

Non idem eſt cùm ex mandato Præſidis magiſtratus municipales tutorem dederunt, aut ſatiſdationem exegerunt, *d. § ſi præſes, in fin.* quia his caſibus, ſiue non idoneos tutores dederint, ſiue non idoneos fideiuſſores acceperint, factum eorum tale eſt, quod immediatè damnum irrogat pupillo. Nec etiam alius tutor ei dari poteſt, cui iam Magiſtratus ex mandato Præſidis dederunt, neque adigendus ad nouos fideiuſſores dandos tutor, qui eos dedit, quos Magiſtratus pro idoneis acceperunt. Aliud eſt ſi Præſes quidem tutores, vel curatores minùs idoneos dederit, ſed vel ex ſuggeſtu Magiſtratus municipalis, vel nominibus ab eo acceptis: Tunc enim Magiſtratum teneri oportet, ſicut & ſi remiſerit Præſes ad Magiſtratum, vt vel ipſe tutorem det, vel poſt dationem, vt exigat ſatiſdationem: *d.l.1. §. ſi curatores.*

At qui ſi Præſes prouinciæ, nominibus ab alio acceptis ad Magiſtratus municipales remiſerit, vt ſe de nominibus inſtruant, & deinde inſtructus dederit tutores; An exemplo eorum qui Prætorem inſtruunt debeant Magiſtratus teneri? Quæſtionem hanc proponit Vlpianus in *d. l. 1. §. ſi præſes 2.* Et quamuis primùm reſpondeat vtique intereſſe vtrum ipſi Magiſtratus nomina elegerint, & electa dederint Præſidi; an in ea quæ ab alio Præſes accepit, inquiſierint; proptereà quòd priore caſu magis ſit quod eis poſſit imputari, quàm poſteriore; Concludit tamen, *vtroque caſu ſic teneri, ſi dolo, vel lata culpa verſati ſunt.* Sic enim lego, non vt vulgo *quaſi dolo.* Facile namque fieri poteſt, vt eorum neque dolus vllus, neque lata culpa interuenerit, eo præſertim caſu quo non dederint ipſi nomina, ſed in ea tantùm quæ ab alio data ſunt inquiſierint. Non ergo æquum eſt indiſtinctè illos teneri, ſed eo tantùm caſu quo probentur in dolo fuiſſe, vel in lata culpa. Quæ adiectio nec permittenda eſt in alia illa ſpecie, in qua proximè diximus teneri magiſtratus, qui falſum renunciarunt Præſidi de facultatibus tutorum, ſi dolo id fecerint: Addendum enim eſt, *aut ſi ſint in lata culpa*, quomodo in *§. magiſtratibus*, *eiuſdem leg.* ſcriptum eſt, *ita demum tenentur ſi moniti non dederint.*

d.l.1. § magiſtratibus.

Quid rurſum ſi omnino tutor, vel curator datus non ſit, hoc eſt, neque non idoneus? An magiſtratibus aliquid imputabitur, vt eo nomine teneantur? Diſtinguendum eſt an moniti fuerint vt darent, an non: Priore caſu tenentur, quia non carent culpa, & quidem lata, qui moniti non dederunt, cùm ſcire debuerint ad officium ſuum id pertinere. Poſteriore verò non tenentur, quia nec ſi voluiſſent poterant olim tutores dare, niſi moniti, aut potiùs iuſſi à Præſidibus; & quidem eo ſolo caſu, quo non eſſent magnæ pupilli facultates, vt Iuſtianus refert in *§. ſed hoc iure, Inſtit. de Attil. tutor.* vbi addit à ſe primùm fuiſſe conſtitutum, abrogato iure vetere, vt non expectata iuſſione Præſidum, ſi facultates pupilli, vel adulti, vſque ad quingentos ſolidos valeant, Defenſores ciuitatum vnà cum ipſo ciuitatis Antiſtite tutores creare poſſint, *l. ſancimus in curationibus 30. C. de Epiſc. aud.* Poſt quam conſtitutionem manſit quidem ius idem quod olim obtinebat, ſi pupilli, vel adulti facultates quingentos ſolidos excedant, cùm eo caſu nihil innouatum ſit, ſed intra eam ſummam conſtitutis facultatibus deſiit locus eſſe illi diſtinctioni, quæ fuit iuris veteris. Cur enim deſiderabunt, aut expectabunt, vt moneantur ij qui monitione nulla indigent, eamque propria autoritate antevertere poſſent?

Aliqua tamen diſtinctio adhuc circa eos adhibenda erit, an ſcilicet requiſiti ſint de tutore, vel curatore dando, ſiue ab agnatis cognatiſve pupilli, ſiue quod hodie frequentius eſt à procuratore Principis, aut qui locum eius in eo loco teneat; in quo petendus eſt tutor, quem vulgo *Procuratorem officij & iuriſdictionis* appellamus, ad quem maximè pupillorum & adultorum tuitio curáque pertinere exiſtimatur. Quid enim poſſis ei imputare qui tutorem

non

non dedit, quamuis dandi ius habuerit, ſi de eo numquam fuerit requiſitus? Damnum igitur, quod interim paſſus erit pupillus, vel adultus, id eſt ante requiſitionem, ad eos Magiſtratus non pertinebit, vt nec olim pertinebat illud quod inciderat ante monitionem. Sed quod medio tempore poſt monitionem, aut interp.''ationem, ad eos ſanè pertinebit, qui munere, ſiue mandato, ſiue requiſito negligentes fuerunt. Quę ſententia & ratio eſt Vlpiani in *d. l. 1 §. magiſtratibus, eod. tit. De magiſt. conuen.*

Quòd ſi magiſtratus municipales data opera tutelam diſtulerint in ſucceſſores ſuos, vt erant olim plerumque annui, vel ſatiſdationem data opera traxerint, quoad ſucceſſores accipiant, id eſt, quoadúſque iis in munere ſuccedatur, nihil eis proderit, tantóque magis æquum erit teneri eos, cùm hæc negligentia non ſolùm latam culpam, ſed etiam dolũ admixtum habere videatur: *§. ſciendum, d. l. 1.* Quem locum ſanè accipiunt malè, qui intelligũt de hæredibus Magiſtratus, citantes in eam rem *l. 2. C. eo. tit.* quæ ait, In hæredes magiſtratus, cuius non lata culpa idoneè pupillo cautum non eſt, non ſolere actionem dari. Loquitur enim Vlp. non de hæredibus, ſed de ſucceſſoribus in officio & magiſtratu, quod apertiſſimum eſt.

Quid verò ſi inter magiſtratus hoc conuenerit, vt alterius tantùm periculo tutores dentur? Diuus Hadrianus reſcripſit conuentionem pupillo non præiudicare: Conuentione enim Duumuirorum, non magis quam aliorum quorumlibet priuatorum ius publicum mutari non poſſe: *d. l. 1. ſi inter, l. ius publicum 38. l. inter debitorem 42. ff. de pact.* Subiungit tamen Vlpianus in *dict. § ſi inter*, prius conueniendum eſſe eum, qui hoc onus ſuſcipere voluit, vt etiam ſolus conueniretur; deinde excuſſis eius facultatibus, tunc veniendum ad collegam: quemadmodum, inquit, ſi ſolus ille dediſſet, diceremus priùs eum, deinde collegam adgrediendum.

At quid ſi magiſtratus ab initio tutorem idoneum dederit, nec tamen ab eo ſatis exegerit? Non ſufficit: *d. l. 1. § ſi magiſtratus.* Etſi enim videtur extra culpam eſſe magiſtratus, qui nullam ſatiſdationem exegit ab eo, quem ſciebat idoneum eſſe, cogitare tamen debuit & præuidere futuros caſus, id eſt fieri poſſe vt prius laberetur hic tutor facultatibus, quàm reddere tutelam deberet. Ideóque ſi id eueniat vt tutor non ſit idoneus eo tempore quo tutelæ agi poteſt, magiſtratus tenetur, qui non teneretur ſi tutor eo tempore idoneus reperiretur: *d. §. ſi magiſtratus, verſ. ſed & ſi ſatis, l. penult. C. eod. l. tutores 5. in fin. ff. de confir. tutor.*

d. l. 1. ſi non tantùm.

Nec tantũ Magiſtratus ipſe hoc caſu tenebitur, ſi tutor non ſit ſoluendo tempore reddendæ rationis, ſed etiam ipſius hæres, poſtquam placuit tã Imperatoribus quàm Prudentibus ipſis actionem iſtam ſubſidiariam, ſicut hæredibus pupilli, ita & in hæredes magiſtratuum dari: *§ ſciendum, Inſtit. de ſatiſd. tutor.* iunct. *d. l. 1. §. non tantum ff. de magiſtr. conuen.* Paullo tamen mitiùs agitur cum hærede magiſtratus, quàm cum magiſtratu ipſo. Hęres enim non aliter tenetur, quàm ſi tanta magiſtratus negligentia, tamque lata ipſius culpa interuenerit, vt meritò videri poſſit magiſtratus habendus eſſe loco fideiuſſoris: quod non euenit, niſi cùm vel omnino nullos fideiuſſores magiſtratus accepit, vel eos accepit qui euidenter eſſent minùs idonei; ob idque reſcripſit Diuus Pius non niſi cauſa cognita in hæredem magiſtratus dandam eſſe huiuſmodi actionem; vt idem Vlpianus refert in *l. quod ad heredem 6. eod.* Sed magiſtratus ipſe tenetur, quoties minùs idoneum fideiuſſorem acceperit, licèt eum acceperit qui eo tempore idoneus eſſe credebatur. Plus enim ſpectari debet quod in veritate fuit, quam quod in opinione. Nam cùm pupillus ipſe aut etiam adultus proſpicere ſibi diligenter non poſſit per ætatem, à quo poteſt auxilium ſuum expectare niſi à legibus? A quo autem leges diligentiam exigere, niſi à magiſtratu? qui viuæ legis officio fungi creditur. Planè ſi magiſtratus ſatis exegerit, & idoneos tutorum fideiuſſores acceperit, quamuis poſtea lapſi ſint facultatibus tutores, vel fideiuſſores, nihil erit quod ei qui dedit, imputetur. Non enim debent magiſtratus futuros caſus, & fortunam, id eſt dubium rerum euentum pupillo præſtare; ne alioqui dum pupillis conſulere volumus, iniuriam Magiſtratibus faciamus, quibus non debet ſane officium ſuum eſſe damnoſum, ſi careant culpa: *l. videlicet 28 ff. ex quib. cauſ. maior. d. §. ſi magiſtratus, eod. l. quod ad heredem.* Cui conuenit quod ſcriptum eſt in *d. l. 2. C. eod.* in hæredem magiſtratus non ſolere actionem dari, ſi non lata culpa magiſtratus interuenerit; vt intelligamus adhibendam quidem eam diſtinctionem cùm de magiſtratuum hæredibus tractatur: at non ſimiliter, ſi de ipſis magiſtratibus quos ſufficit eſſe in qualiquali culpa, id eſt quos penitus inculpatos eſſe neceſſe eſt, vt non teneantur. Eſtque hic vnus ex iis caſibus in quibus melioris conditionis eſt hæres, quàm fuerit defunctus. Nam cùm defunctus non teneretur niſi propter magiſtratum, magiſtratus autem non tranſeat ad hæredem, neque illud æquum eſt tranſire in eum actionem, quæ in ipſum magiſtratum competebat, Niſi tanta fuerit magiſtratus negligentia, vt videatur ille vltrò fideiuſſiſſe pro tutoribus, vel curatoribus, à quibus idoneos fideiuſſores exigere debuit, nec exegit vllos: aut exegit quidem, ſed eos qui euidenter & publica voce, non idonei erant: *d. l. quod ad heredem.* Vbi eleganter Vlp. ait, hæredem magiſtratus teneri hoc caſu, non tam quaſi hæredem magiſtratus, quàm quaſi hæredem fideiuſſoris, vt quemadmodum quaſi deliquiſſe videtur magiſtratus, qui fuit in tam lata culpa, licet caruerit dolo; ita & videatur quaſi contraxiſſe quaſi fideiubendo, hoc ipſo quod quaſi deliquit in non petendo idoneo fideiuſſore, cuius exigendi neceſſitatem ſciebat, aut ſcire debebat ſibi incumbere ex officio magiſtratus. Idque eſt quod idem Vlp. tractat apertius in *l. 4. eod.* Non ſimiliter hæredes magiſtratuum teneri, vt ipſi magiſtratus tenentur. Nam nec hæres magiſtratus, nec hæres tutoris negligentiæ nomine tenetur. Eadem ratione quòd ſicut magiſtratus non tranſit in hæredem, ita nec tutela: & quemadmodum hæredi tutoris aut magiſtratus propria negligentia imputari nulla poteſt, cùm neque tutor ipſe ſit, neque magiſtratus, *l. 4. § 1. ff. de fideiuſſ. & nominat. tutor.* ita neque negligentia defuncti, ſi non ea ſit, quæ latæ culpæ comparari poſſit, niſi vel contra tutorem lis inchoata ſit, vel ex damno pupilli lucrum captatum, aut etiam gratia præſtitum ſit, vt ſcriptum eſt in *l 1. C. de hered. tutor.* vbi malè Cuiacius expungit negationem, *lib. 13. obſer. cap. 39.* vt oſtendimus *libr. 1. Coniect. cap. 12.* At tutor ipſe, itémque magiſtratus præſtare debet omne periculum, quòd modò accidat per aliquam ipſius,

d. l. quod ad heredem.

Digitized by Google

ſius,ſiue culpam,ſiue negligentiam, quia tutor ipſe,aut magiſtratus eſt. Hæres verò ipſius dolo tantùm proximæ culpæ ſuccedaneus eſt;Culpæ inquam non ſuæ, vt Cuiacius male interpretatur,ſed ipſius tutoris ſcilicet, vel magiſtratus, *dict l.1.& d.l.quod ad hæredem.*

Plerumque igitur facti quæſtio incidit, An idonei fuerint fideiuſſores eo tempore quo fuerunt accepti;At numquam illa,Vtrum ab initio fuerint idonei tutores, cùm, vt diximus,ea res nihil proſit ad exonerandum magiſtratum, ſi non prætere a acceperit idoneos fideiuſſores: *d. l. quod ad hæredem & d.l.1.§.ſi magiſtratus.* Cùm autem facti quæſtio illa emergit,probatio non pupillo incumbit, vt doceat fideiuſſores ſoluendo non fuiſſe,cum acciperentur, ſed magiſtratibus, vt doceant eos ſoluendo fuiſſe, *d.l.1 §. probatio*, Nempe quoniam eorum officium fuit prouidere vt pupillo caueretur, *l.non eſt neceſſe 11 ff.de prob.* nec proinde aliter poſſunt exonerari, quàm ſi probent à ſe factum eſſe id quod ex officio facere debuerunt,licet pupillus ipſe actor ſit, & dici ſoleat incumbere actori onus probandi, *vulgat. in 1b.*

dict. l. 1. §.ſi probatio.

An verò eo caſu quo actionem in Magiſtratum habere pupillus poteſt,etiam priuilegium ei dabimus in bonis magiſtratus, quod habet in bonis tutoris,ſi forte Magiſtratus non ſit ſoluendo,eiuſque bona vendi oporteat? Habet.n.priuilegium pupillus non tantum in bonis tutoris,ſed etiã protutoris,vt omnib. creditoribus chirographariis præferatur, *l.dabimúſque 19.§.1 ff. de reb. autor iud poſſid l. ex pluribus 41.ff de adm tutor.* Sed non eſt æquum vt hoc priuilegium habeat in bonis magiſtratus, non quod priuilegia & plura ſingularia non ſint multiplicanda circa eandem rem eandemque perſonam, vt vulgo noſtri iactitant ex, *l.1.C. de dot.promiſſ.* nec quod promptius ſubueniendum ſit pupillo contra tutorem,qui propter pupillum ſpecialiter datur, quàm contra magiſtratum, qui non ſpecialiter tenetur propter ipſum pupillum, ſed propter rempublicam,vt Bart. putat; ſed quia cùm actio hæc ſubſidiaria ſit, non debet pupillus extra ordinem ita iuuari, vt nouum beneficium ei cum alterius iniuria concedatur *l. ſed cum ab hærede 12.ff.ad SC.Treb.* Satis ergo ei eſſe debet,quod cũ cæteris creditoribus non priuilegiariis partem habiturus ſit, quam alioqui habere ſummo iure nullam deberet. Eademque ratio facit, vt ſi filius familias fuit magiſtratus & pupillo caueri non curauerit,aut non idonee cautum ſit culpa eius, in patrem tamen actio numquam danda ſit vltrà quàm de peculio, etiamſi voluntate patris filius Decurio creatus ſit, & magiſtratum adminiſtrauerit,cùm non ideò pater rem pupilli ſaluam fore promiſiſſe videatur, ſed rem duntaxat publicam: *d.l.1.§.vlt. De Magiſtr.conuen.* de cuius ſententia & interpretatione & emendatione iam ſupra diximus. Beneficium enim quod pupillo ex æquitate accommodatur, vt actionem iſtam ſubſidiariam habeat in magiſtratum, porrigeretur ad iniuriam patris, ſi faceret vt in ſolidum teneretur pater cui nihil imputari poſſet. Hoc verò inquum eſſet,quia generale eſt, vt beneficium alicui conceſſum, ad alienam iniuriam porrigi numquam oporteat: *l.impuberi 40.ff. de admin.tutor.l.cùm filius familias 28.ff.de teſtam. milit.l.Paulus notat. 8.ff.de prætor.ſtipulat.*

ILLATIO XLVI.

De actione danda in eum qui fuit electus vt tutorum ſatiſdationes æſtimaret.

QVadrageſimoſextò ex eodem Principio fit, vt etiam in eum qui electus eſt ad æſtimandas tutorum ſatiſdationes, actio pupillo detur: *d.l.1.§.Diuus Hadrianus,ff.de magiſtr. conuen.* vbi tamen refert Vlp.inductum hoc eſſe ex reſcripto Diui Hadriani, quod vtique fuit neceſſarium vt pupillo magis conſultum eſſet, non ſufficiente nimirum autoritate Prudentum, quæ actionem illam in magiſtratus ſubſidiariam induxerat,cùm is non ſit magiſtratus. Et tamen nemo non videt præcipuuam eſſe ipſius culpam, & dignam quæ iſta actione vindicetur, ſi non idoneos fideiuſſores admiſerit,cùm eſſet electus ad hoc ipſum vt oblatas tutorum ſatiſdationes æſtimaret, viderétque an idoneæ eſſent nécne: Fuit igitur æquiſſimum Hadriani reſcriptum, ne quid pupillo abeſſet, ſi fortè à fideiuſſoribus plenam indemnitatem conſequi non poſſet. Verùm hoc ita ſemper accipiendum eſt,ſi non ab initio fuerint idoneæ ſatiſdationes. Nam quod in magiſtratuum perſonis ex Vlpiano diximus admittẽdum eſſe,vt futuros caſus & fortunam præſtare pupillo non debeant, *d.l.1.§.ſi magiſtratus*, idem multò magis in huius electi perſona obtinere debet, qui non eſt magiſtratus.

d.l.1.§.Diuus Hadrianus De magiſtr. conuen.

ILLATIO XLVII.

De ſtipulatione, Rem pupilli ſaluam fore, etiam à Magiſtratu pro pupillo interponenda.

QVadrageſimoſeptimò ex eodem Principio fit, vt quamuis regulare ſit ne quis alteri ſtipulari poſſit, *l.ſtipulatio iſta 38. §. alteri, ff. de verb.oblig.* Si tamen pupillus vel abſens ſit, vel fari nequeat, nec ſeruum proprium habeat qui ſtipuletur Rem pupilli ſaluam fore, non ſolùm ſeruus publicus ſtipulari debeat tam à tutoribus quàm à fideiuſſoribus eorum,ſed etiam magiſtratus ipſe velut pupilli nomine eiuſmodi ſtipulationem interponere, poſſit & debeat: *d.l. 1. §.exigere,ff.de magiſt. conuen.* vbi addit Vlp. quoties ſeruus publicus, vel ipſe Magiſtratus ſtipulator, dandam eſſe pupillo vtilem actionem ex ea ſtipulatione;cuius idem effectus erit, qui eſſet directæ, ſi pupillus ipſe ſtipulatus fuiſſet, quo modo ſtipulari & potuiſſet, & debuiſſet ſi præſens fuiſſet,loquíque didiciſſet: *l.2.3.4.& 6.ff.rem pupil.ſalu.for.*

Dices,nõ fuiſſe verendum,vt quid pupillo abeſſet etiamſi nihil aut ipſe aut alius ipſius nomine à tutoribus ſtipulatus fuiſſet,cùm parata eſſet in eos actio tutelæ. Verùm reſpondendum eſt, ſtrictius eſſe & potentius vinculum ſtipulationis ad obligandos tutores,ideóque intereſſe pupilli vt eos habeat obligatos ex ſtipulatione. Nec enim perit priuilegium tutelæ per eiuſmodi ſtipulationem, ſi non nouandi animo poſt pubertatem interponatur, *l.aliam 19.ff. de nouat.* iunct. *l. pupillus 9. eod.* Deinde neceſſariam eſſe

ſtipulationem

ſtipulationem propter tutoris fideinſſores, qui non poſſunt teneri niſi ex ſtipulatione, *l. blanditus 12. C. de fideinſſ.* Vnde etiam fit, quod eſt valde ſingulare, vt ſi tutor qui fideiuſſorem dedit omnino tutelam non attigerit, nihilque geſſerit, licèt vtili actione tutelæ conueniri poſſit, quia ſuo periculo ceſſauit, ex ſtipulatione tamèn neque ipſe neque fideiuſſores eius teneantur, ideóque compellendus ſit ad adminiſtrationem propterea vt ſtipulatione quoque iſta poſſit teneri; quemadmodum eleganter Vlp. tractat in *d. leg. 4. §. ſed enim, ff. rem pupill. ſalu. fer.* Et nos de eo alibi ſcripſimus.

ILLATIO XLVIII.

De ſecuritate magiſtratuum poſtquàm pupillo ſatisfactum eſt.

l. 2. ff. de magiſt. conuen.

QVadrageſimooctauò ex eodem Principio fit, quod ſcriptum eſt in *l. 2. de magiſtr. conuen.* ſubſidiariam iſtam actionem, quæ in magiſtratus comparata eſt, tam ex Prudentum autoritate, quàm ex Imperatorum conſtitutionibus, deſinere locum habere poſſe ſtatim atque pupillo ſatisfactum eſt, ideóque nec pupillum poſſe ad Magiſtratum redire, nec tutorem: cùm tutor nunquam aduerſus Magiſtratus habeat actionem. Itaque cùm in ea ſpecie proponeretur duos tutores à magiſtratibus municipalibus datos, cautione nulla exacta, eorúmque alterum inopem deceſſiſſe, alterum inſolidum conuentum ſatis pupillo feciſſe, & quæreretur an tutor iſte aduerſus magiſtratum municipalem habere poſſet aliquam actionem, cùm ſciret à contutore ſuo non ſatis exactum eſſe. Reſpondet Vlp. nullam habere poſſe: Senatuſconſultum enim, inquit, pupillo ſubuenit: hoc eſt ſoli pupillo, proſpiciendum erat ne quid ei abeſſet, non etiam tutori, qui ipſe ſibi proſpicere vtique & poteſt & debet.

Quæ Vlp. verba notanda ſunt, vt appareat actionem hanc ſubſidiariam non tantùm ex Prudentum autoritate & Imperat. conſtitutionibus, ſed etiam ex Senatuſconſulto deſcendere, licèt hoc Iuſtin. non addiderit in *§. penult. Inſt. de ſatiſd. tut.* quod Senatuſconſultum autore Traiano factum eſſe teſtantur Imperatores in *l. pen. C. eo.*

Addit Vlp. ex abundanti, præſertim cùm ſit quod tutori imputetur quare ſatis à contutore non exegerit, vel ſuſpectum eum non fecerit, ſi ſciebat magiſtratibus eum non caniſſe. Pugnare tamen videtur quod ſtatim ſubiungitur in *l. ſeq. ex Iuliano*, ſi tutor ab hac parte culpa vacet, non eſſe iniquum aduerſus magiſtratus actionem ei dari. Nam cùm ratio illa Vlpiani vltima deſumpta ex culpa contutoris non ſit adſcripta niſi ex abundanti, vt diximus; non poteſt ex ea ceſſante argumentum ſumi ad ius contrarium inducendum. Alioqui quomodo verum erit quod in *l. praced.* Vlp. tam generaliter & præcisè ſcribit iis verbis, *Cùm numquam tutor aduerſus magiſtratus habeat actionem.* Et verò quænam ratio excogitari poteſt, aut potiùs quænam neceſſitate, ne dicam æquitas dandæ tutori actionis contra magiſtratum, ob hoc ſolùm quod à contutore non ſatis exegerit? Fateor poſſe eam rem dare actionem pupillo in magiſtratus, quia quod ſæpiſſimè reſponſum & reſcriptum eſt, quandiu vel vnus ex tutoribus idoneus eſt, non poſſe ad magiſtratus qui tutores dederunt veniri ſic accipiendum eſt, ſi non ob hoc contutor conueniatur, quod ſuſpectum facere contutorem, vel ſatis exigere noluit, *l. 1. §. vſque adeò ff. de tutel. & ration. diſtr.* quod nos ſuo loco *ſupra* explicauimus: hoc eſt ſi vnus ex tutoribus idcirco in ſolidum conueniatur, quod ſimul cum contutore adminiſtrauerit, ita vt adminiſtrationis partes diſcerni non poſſint (hoc enim eſt quod ait *l. 4.* ibi, *ad quorum periculum conſortium adminiſtrationis ſpectat, C. de magiſtr. conuen.*) Sed non ideò poſſit quis colore aliquo dicere dandam tutori actionem in magiſtratum; Alioqui ſemper conueniendus eſſet magiſtratus ante contutorem: Eo quidem caſu quo tutor alius ex culpa ſua conueniretur, quòd contutorem ſuſpectum facere, aut ab eo ſatis exigere ſuperſediſſet, quia & prior & maior culpa eſt magiſtratus qui non ſatis idoneè à ſingulis tutoribus exegit, *d. §. vſque adeò.* Eo autem caſu quo nulla contutoris culpa eſſet, quia vitandus eſt circuitus, cùm nihil interſit magiſtratus vt ante contutorem conueniatur, ſi omnimodo certum eſt in eum recaſurum periculum adminiſtrationis pro perſona contutoris, qui non ſit ſoluendo. Quid enim aut pupilli aut magiſtratus referre poteſt vt contutor primus conueniatur, ſi æquè futurum eſt vt eidem contutori poſtmodum præſtanda ſit indemnitas à magiſtratu per ſubſidiariam iſtam actionem?

Itaque vt dicam quod ſentio, non puto poſſe defendi quod ſcriptum eſt in *d. l. 3.* Si tutor culpa vacet non eſſe iniquum dari ei actionem in magiſtratum: Sed probabilius exiſtimo vel non ſatis bene perceptam & accommodatam ad Vlpianum fuiſſe à Triboniano Iuliani ſententiam, vel aliter Iulianum ſcripſiſſe, itémque Tribonianum ex Iuliano, quàm vulgata lectio habeat: Quæ ideò ſic iudicio meo reſtituenda eſt vt legamus, *nonne erit iniquum*, per interrogationẽ ſcilicet, vt in *l. ventre 84 ff. de acq. her.* quaſi dicat Iulianus, Etiamſi contutor ab hac parte culpa vacet, adhuc tamen eſſe iniquum vt aliqua ei in magiſtratum actio detur: Nemo enim ideò teneri poteſt, præſertim ſubſidiaria & extraordinaria actione quod alij culpa aliqua imputari poſſit, vel non poſſit.

Tribonianiſmus apud Iulianum in d. l. 3. Emendatio d. l. 3.

Verumenimuerò cum dicta lex 3. ſumpta ſit ex Iuliani *libro viceſimoprimo Digeſtorum*, ex quo etiam video deſumptam *l. duo tutores 5. eo. tit.* facilè mihi perſuadeo, aptandam eſſe *legem 3.* ad ſpeciem *dicta leg. 5.* non ad ſpeciem illam prorſus diuerſam ab Vlpian. tractatam in *d. l. 2.* Idque ſanè ita eſſe mecum fatebitur quiſquis ſpeciem & ſententiam *d. l. 5.* conferet cum verbis & ſententia *d. l. 3.* Eritque hoc ni fallor inſigne ac perilluſtre exemplum inſcitiæ Triboniani in reſponſis Prudentum componendis, ex quo poterit coniectura capi quàm multa ſint alia huiuſmodi *in Pandectis*, quorum nulla explicatio ſatis apta afferri poſſit, dum plures leges ex diuerſis quidem Iureconſultis aut eiuſdem Iureconſulti libris depromptas ſic accipimus ob earum coniunctionem, quaſi & ab vno ore profectæ ſint, & vnico contextu exaratæ.

Inſcitia Triboniani in Prudentibus legibus coniungendis.

Duo tutores partiti fuerant inter ſe adminiſtrationem tutelæ, Alter ſine hærede deceſſerat, ſuperſtite contutore qui erat ſoluendo. Quærebatur an in magiſtratum qui non curaſſet vt caueretur, an in alterutrum tutorem actio pupillo dari deberet.

Reſpondit Iulianus in *d. l. 5.* æquius eſſe vt in alterum tutorem detur quàm in magiſtratum. Debuiſſe enim illum, cùm ſciret pupillo cautum non eſſe, vniuerſa negotia curare, & in ea parte quam alteri tutori commiſiſſet, ſimilem eſſe ei qui ad adminiſtrationem quorundam negotiorum pupilli non acceſſiſſet. Nam etſi aliquam partem, inquit, negotiorum pupilli adminiſtrauit, tenetur etiam ob rem quam non geſſit, cùm gerere deberet. Quibus verbis apertè profitetur Iulianus non alia ratione contutorem hunc conueniendum eſſe potiùs quàm magiſtratum, quam quod ei poſſit culpa imputari, vel cur non ſuſpectum fecerit contutorem, vel non ſatis ab eo exegerit, aut cur non potiùs ipſe vniuerſam rem pupillarem curauerit, cùm ſciret pupillo cautum non eſſe, vt lex præſupponit. Quid ergo ſi id ignorauerit? aut iuſtam aliquam cauſam habuerit exiſtimandi ſatis pupillo cautum eſſe? Hoc nimirum caſu ceſſant rationes omnes Iuliani, quem ideò credendum non eſt vel caſum hunc prætermiſiſſe, vel in eo quoque in quo tam diuerſa ratio eſſet, idem ius conſtituiſſe. Subiiciamus ergo verba *dicta legis* 3. ad finem *legis quintæ* 5. Et tunc apparebit veriſſimè & aptiſſimè ſcriptum fuiſſe à Iuliano ipſiſſimis iis verbis, *quòd ſi tutor ab hac parte culpa vacet, non erit iniquum aduerſus magiſtratum actionem ei dari:* Cui verò? An tutori? Minimè, ſed pupillo: Nec enim Iulianus quæſtionem ſic conceperat; Vtrum tutori in magiſtratum actio dari deberet, de quo nec quicquam eſt in *tota illa* Iuliani *lege*; ſed, An in magiſtratum qui non curaſſet vt caueretur, an in alterum tutorem actio pupillo dari deberet. Nec verius quicquam meo iudicio, vel apertiùs dici poteſt. Tribonianum fefellit, vt crediderit parum referre an ea Iuliani adiectio poneretur poſt legẽ 3. an poſt legem 5. quod in vtriuſque legis ſpecie tractabatur de contutore, cui culpa poterat imputari, ex eo quod ſciebat contutorem ſuum non ſatis idoneè pupillo cauiſſe. Sed obſeruare debuerat longè aliam eſſe quæſtionem, quę apud Vlp. in *dict. l. 2.* tractatur, aliam verò quæ apud Iulianum in *dict. l. 5.* Apud Vlpianum quærebatur an tutor aduerſus magiſtratum agere poſſet? Apud Iulianum verò, an pupillus. Proinde quod ex Iuliano ſcriptum legimus in *dict. l. 5.* in magiſtratum actionem *ei* dandam eſſe, non de tutore accipi debet, quomodo accipiendum eſſet neceſſariò, ſi eſſent ea verba ex eodem Vlpiani contextu, ſed de pupillo de quo Iulianus loquebatur.

Coniungendam fuiſſe legem 3 cum l. 5. non cum l. 2.

ILLATIO XLIX.

De actione pupillo non niſi in viriles danda, ſi plures ſint magiſtratus.

QVadrageſimonono ex eodem Principio fit, vt ſi plures magiſtratus ſimul tutorem dederint, nec cautionem ſaltem idoneam exegerint, non ſit optio eius qui pupillus fuit cum quo potiſſimum agat, ſed contentus eſſe debeat, quod pro portione in quemque eorum actionem habere poſſit dummodo ei res ſalua ſit, id eſt vtroque exiſtente ſoluendo, *l. in magiſtratus 7. eod. tit. ff. de magiſtr. conuen. l. 3. Cod. eo t.* Nimirum ſi nihil dolo malo fecerint magiſtratus; Alioqui pupillo danda in ſolidum actio eſt, in quem velit ex magiſtratibus, vt *eadem lex 7.* ait. Quia licèt actio iſta ſubſidiaria, non ſit comparata niſi ex neceſſitate & ęquitate, hactenus ne pupillo quidquam abſit, dolo tamen interueniente, nulla opus eſt actione ſubſidiaria, cùm ſi ea non eſſet, actio de dolo ſufficeret, quæ denegari non poſſet pupillo dolum & damnum paſſo. At quia ipſa quoque de dolo actio non niſi ſubſidiaria eſt, nec competit quandiu alia etiam extra ordinem dari poteſt, quæ non ſit famoſa, *leg. 1. §. ait prætor, & §. idem Pompon. refert, ff. de dolo*, perinde quidem vtilis eſt actio hæc ſubſidiaria in magiſtratus doloſos ac ſi eſſet neceſſaria. Verùm cum hac diſtinctione & acceſſione, quod magiſtratus per eam conuenti non debent habere beneficium diuiſionis, quod alioquin haberent exemplo fideiuſſorum. Nam cùm illud beneficium totum ſit ex æquitate, quis æquum putet vt iis qui dolum admiſerunt faueatur? *l. penult. in fin. ff. ad SC. Trebell.* Qui enim diuiſionis beneficium prætendit, is excipit periculi ſocietatem: *l. ſi plures 38. ff. de adm. & peric. tutor.* ſocietas porrò doli & delicti nulla eſt, nec eſſe poteſt: *l. 1. §. nunc tractemus, verſic. planè ſi ex dolo, ff. de tutel. & rat. diſtr.*

l pen. in fin. ad SC. Trebell.

ILLATIO L.

De vno ex pluribus curatoribus interdum etiam in ſolidum conueniendo.

QVinquageſimò ex eodem Principio fit, quod ſcribit Modeſtinus in *l. magiſtratus 8. eod. tit. De magiſtr. conuen* ſi magiſtratus à curatoribus adulti cautionem exegerint Rem pupilli ſaluam fore; & ex his alter ſine hærede deceſſerit, indemnitatem ei à collega in ſolidum præſtandam eſſe. Ne alioqui pupillus in damno moretur, cùm actionem in magiſtratum hoc caſu nullam habere poſſit. Ponimus ſiquidem magiſtratũ exacta cautione idonea officio ſuo functum eſſe. Poſſet tamen adultus agere contra fideiuſſores illius, qui ſine hærede deceſſit, ſecundum Papiniani ſententiam in *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. 1. in fin. ff de ſolut.* vbi ſcriptum eſt; Quoties debitor ſine hærede deceſſit, licèt hoc ipſo ſublata principalis obligatio videatur, quæ ſine perſona conſiſtere non poteſt: *l. 1. C. de oblig. & act.* fideiuſſores tamen ab eo datos vtili actione ex ſtipulatu teneri. Sed ea res non poteſt collegæ prodeſſe ne in ſolidum teneatur, quia is demum contutor beneficium diuiſionis habet qui contutorem habeat fideiuſſores. Nam inter eos demum diuiditur obligatio, qui & ex eadem cauſa obligati ſunt, & omnes ſunt ſoluendo tempore litis conteſtatæ: *l. inter eos 51. ff. de fideiuſſor.* Fideiuſſores autem ab eo dati qui ſoluendo non eſt, licèt indemnitatem creditori præſtare poſſint, non faciunt tamen vt eo minùs verum ſit tutorem ſoluendo non eſſe, Ergo nec facient vt collega qui in ſolidum conuenitur poſſit habere beneficium diuiſionis, Non magis quàm ſi fideiuſſores nullos haberet.

Dubitandi tamen ratio apud Modeſtinum erat, quod cùm regulare ſit, vt non priùs ad contutorem veniri poſſit quàm excuſſi ſint magiſtratus, eorúmque fideiuſſores, vt *ſuprà* diximus ex *leg. 1. §. vſque adeò ff. de tutel. & rat. diſtr.* Scilicet cùm idonei contutoris aliqua culpa argui poteſt, quod contutorem ſuſpectum non fecerit,

fecerit,

Digitized by Google

fecerit, *l. Lucius 46. §. pen. ff. de adm. tutor. l. vlt. ff. rem pupill ſalu. for.* conſequens videbatur, vt quo caſu magiſtratus conueniri non poterat qui prior conueniendus eſſet, multò minùs conueniri poſſet collega, qui non niſi poſterior conueniri poteſt.

Sed ratio deciſionis eſt, quia quod magiſtratus conueniri non poteſt, quippe qui fecerit omne id quod ex officio facere debuit, cautionem idoneam exigendo, tantò magis obligat collegam vt ex contutoris quoque perſona & in ſolidum teneatur. Alterutrum enim euenire neceſſarium eſt vt pupillus actionem habeat, vel in magiſtratum pro parte illius contutoris qui non eſt ſoluendo, vel in collegam qui eſt ſoluendo, licèt poſſit etiam habere aduerſus fideiuſſores eius qui deceſſit non ſoluendo & ſine hærede. Poteſt etiam dici, fideiuſſores eius qui ſine hærede deceſſerit, deſinere teneri ipſo iure, cum fideiuſſoria obligatio quæ acceſſoria eſt, non poſſit ſubſiſtere ſine principali: *l. ſi fideiuſſor 19. ff. de dolo, l. poſtquam 5. in pr. ff. vt leg. nom. caueat.* Ideóque actionem, quæ contra eos datur, vtilem appellari à Papin. in *d. l. Seichum* § 1. Atqui vtilis illa actio, cùm non ſit niſi ſubſidiaria, & ex æquitate, non poteſt impedire aut excludere actionem directam quæ competit in contutorem, nec inducere beneficium diuiſionis, cùm non poſſit diuidi actio, niſi quæ eadem contra plures in ſolidum competit ſtricto iure. Non autem eſt eadem quæ contra vnum eſt directa, contra alium verò vtilis: ſiquidem toto genere differunt actiones vtiles à directis, tùm quoque cùm ex eodem negotio proficiſcuntur. Neque rurſum poſſet ea vtilis actio impedire actionem ſubſidiariam, quæ ex Senatuſconſulto & Principum conſtitutionibus datur aduerſus magiſtratum: niſi pro magiſtratu illud faceret quod nulla ipſius culpa eſt cùm ab initio ſatis idoneè exegit, nec debet pupillo præſtare caſum illum fortuitum, quòd vnus ex tutoribus ſine hærede deceſſerit, etiamſi ex ea cauſa fideiuſſores quoque omnimodo liberarentur, *d. l. 1. §. ſi magiſtratus eo.* Hæc enim etſi ſubſidiaria, actio tamen ordinaria eſt, cùm competat ex Senatuſconſulto, *l. 2. ff. de magiſtr. conuen.* licèt vtiris tantùm ſit non directa; *l. 1. & pen. C eo.* Vtilis autem quæ & ipſa ſubſidiaria eſt, & inducta per ſolam Prudentum interpretationem non poteſt impedire, aut excludere ordinariam qualis illa eſt quæ ex Senatuſconſulto datur. At neque ſubſidiariam, quia quoties plures actiones eiuſdem iuris & poteſtatis competere poſſunt, numquam alia aliam tollit, vt de obligationibus ſcriptum eſt, in *l. ſi reus 13. ff. de duob. reis. l. ſi duo 93 ff de ſolut.* Potentiorem enim & maiorem neceſſe eſt eam eſſe, quæ aliam tollat; minorem verò & infirmiorem eam quæ tollatur.

ILLATIO LI.

De actione quæ in Magiſtratum competit, etiam ad vſuras danda.

l. vltim. ff. de magiſtr. conuen.

QVinquageſimoptimò ex eodem Principio fit, quod idem Modeſtinus reſpondit in *l. vlt. cod. tit. De magiſtr. conuen.* actionem illam ſubſidiariam, quæ in magiſtratum datur, non tantùm ad ſortem exigendam dari, ſed etiam ad vſuras. Etſi enim conſtitutum ſæpius eſt pœnarum vſuras peti non poſſe, hæc autem actio comparata eſt in pœnam Magiſtratus, qui officio ſuo benè functus non eſt; Tamen non idcirco pœnalis actio eſt, ſed rei perſecutoria, cùm per eam pupillus rem non pœnam perſequatur, nec aliam cauſam habeat quàm ne quid pupillo abſit ex iis omnibus, quæ poſſet ille exigere à tutore actione tutelæ. Atqui actio tutelæ non ad ſortem duntaxat competit, ſed etiam ad vſuras. Perinde igitur competere debet aduerſus magiſtratus. Idque eſt quod Modeſtinus ait eandem actionem in magiſtratus dari quæ competit in tutores: Eandem ſcilicet non genere, aut ſpecie, vt Bart. interpretatur; ſed effectu & poteſtate. Nemo enim actionem hanc in magiſtratus competentem dixerit eſſe actionem ipſam tutelæ, quæ contra tutores datur, licèt eaſdem habeat præſtationes, quo reſpectu, quamuis minùs propriè, poteſt dici eadem actio: *arg. l. actio 47. ff de neg geſt.*

ILLATIO LII.

De actione pupillo danda etiam in eos qui magiſtratui indemnitatem promiſerunt.

QVinquageſimoſecundò ex eodem Principio fit, vt ſi magiſtratus à tutoribus ſeu curatoribus quos dederunt ſeu nominauerunt, ſtipulati ſint ſe eo nomine indemnes futuros, & ſi quid præſtitiſſent repetituros, in eámque rem fideiuſſores acceperint, ex alia cauſa quàm ſatiſdationis, Rem pupilli ſaluam fore, poſſit pupillus, vel adultus non ſolùm vtilem actionem inſtituere contra magiſtratus poſt excuſſa bona vniuerſa tutoris, reuocatáque ea quæ in ipſius pupilli fraudem alienata eſſe conſtiterit, ſed etiam conſequi eadẽ actione vt mãdentur ſibi actiones à magiſtratib. aduerſus fideiuſſores quos pro ſua indemnitate à tutoribus acceperunt: Imò verò etiam ſine ceſſione vtilem actionem contra eoſdẽ fideiuſſores exercere; vt ſcriptum eſt in *l. 1. C. de magiſtr. conuen.* Nimirum vt tantò tutior ſit res pupilli, nec ei quicquam abſit, neque enim quicquam intereſt magiſtratuum, qui à pupillo vel adulto conueniuntur, an de ſuo ſatisfaciant, an potiùs mandatis actionibus quas habent contra fideiuſſores. Quinimò intereſt eorum vt mandent actiones potiùs quàm vt ſoluant, cùm quod eiuſmodi actionum poteſtate exactum erit, ceſſurum ſit in exonerationem debiti, ad cuius ſolutionem magiſtratus tenentur. *l. 1. C de magiſt. conuen.*

Non tamen hoc ita accipiendum eſt, vt liberentur magiſtratus, ſi actiones illas præſtare ſint parati: Tunc enim delegatio actionum pro iuſta præſtatione eſt, cùm quis conuenitur non aliam ob cauſam, quàm quòd eas habeat actiones, *l. quod debetur, 51. in fin. ff. de pec. l. quod ſi in diem 16. §. vltim. l. item veniunt 20. §. ait Senatus, ff. de petit. hæred.* At in propoſito magiſtratus tenentur, non quòd fideiuſſores pro indemnitate ſua acceperint; ſed quòd non acceperint ſatis idoneos pro indemnitate pupilli, ideóque tenentur etiamſi nullam habent actionem, cùm tantò magis imputari poſſit magiſtratibus, qui neque pupillo, neque ſibi proſpexeront. Habet verò pupillus etiam ſine ceſſione vtilem actionem contra iſtos fideiuſſores, quia licèt nec ſtipulatus ſit, nec illi ad vtilitatem

pupilli quicquam promiſerint,pupilli tamen fauor efficit,vt quod ipſius occaſione in ſtipulationem deductum eſt, perinde ipſi pupillo prodeſſe debeat,ac ſi eſſet ipſe ſtipulatus;Niſi quod ſi ſtipulatus eſſet,haberet directam actionem,pro qua non habet niſi vtilem ex alterius ſtipulatione, vt & in *l. 2. ff. quand. ex fact. tutor. l. 2. & 4 ff. rem pupill. ſal. for.* Neque in eo fit vlla iniuria vel magiſtratibus, quibus exonerandis proficiet quod à fideiuſſoribus exactum erit, aut ipſis etiam fideiuſſoribus, quorum nihil intereſt an magiſtratibus ſoluant quibus promiſerunt,an pupillo cui nihil promiſerunt, quandoquidem licet magiſtratibus promiſerint, non pupillo, perinde tamen liberabuntur à magiſtratibus ac ſi ipſis ſoluiſſent, cùm ex eorum perſona & propter ipſorum debitum ſoluere compellantur:Non quidem vt ipſo iure deſinant teneri, quomodo deſinerent ſi vel magiſtratibus ſoluiſſent, vel pupillo ex eorum mandato, ſed vt Prætor magiſtratib. denegaturus ſit actiones contra eos,quos pro magiſtratibus iuſſerit ſoluere, vt & in *l. ſi conuenerit* 18 *ff. de pign. act.* Eum enim quem Prætor cogat alteri ſoluere, impunè non ſoluere valde iniquum eſſet: *l. quod autem 6. 9. apud Labeonem, ff. quæ in frau. cred. l. ait prætor 7. §. 1. ver. puto autem, ff de minor.*

Abutuntur verò valde ſupradicto Antonini reſcripto, quod extat in *d. l. 1. C. de magiſt. conuen.* qui ex eo colligunt,Non intelligi iudicem corrupiſſe eum,qui iudicem immunem & indemnem conſeruauit; Propterea quòd poſſit iudex indemnitatem ſibi ſtipulari. Aliud enim eſt tractare de iudice,de quo illi loquuntur; Aliud verò de magiſtratibus municipalibus tutorem dantibus, aut à tutore exigentibus ſatiſdationẽ. Magiſtratus enim municipalis cùm tutorem dat non idoneum, vel ſatis ab eo non exigit, ex eàque cauſa ſe obligat pupillo, non tam quaſi magiſtratus teneri videtur, quàm velut priuatus & quaſi fideiuſſor tutoris non idonei, à quo non ſatis idoneam exigit ſatiſdationem, vt ſcriptum eſt in *l. quod ad hæred. 6. ff. eod.* De quo ſcripſimus *ad finem illationis* 45. At iudex ſi in officio delinquat, nũquã poteſt haberi pro priuato, aut pro fideiuſſore, ideóque vix vllus caſus excogitari poteſt in quo poſſit ille honeſtè, ac citra corruptionis infamiã indemnitatẽ ſibi ab aliquo ſtipulari.

l. quod ad hæredem 6. ff eod.

ILLATIO LIII.

De actione danda pupillo, in ſcribam qui errauit in æſtimanda ſubſtantia inuentarij.

QVinquageſimotertiò ex eodem Princip. fit vt ſi ſcriba qui inuentarium bonorum pupilli vel adulti compoſuit, in æſtimanda ſubſtantia errauerit, & fideiuſſorem acceperit à tutore, vel curatore, quaſi non amplius ducentis libris auri patrimonium valeret quod longè pluris erat, ex eóque læſio aliqua rebus pupilli vel adulti aduerſus legum ordinem illata comprobetur, danda ſit actio ex hac cauſa in ſcribam vt damnum omne ſarciat, *l. vlt. C. de magiſt. conuen.* vbi additur, non ideò tamen vitiari dationem curatoris, vel tutoris, quàm è contrario valere potiùs intereſt pupilli aut adulti. Adeò vt nec aliud ſit etiamſi curator hic autoritatem præſtiterit adultæ, vt dotem marito daret ampliorem quam eſſet ea quantitas, pro qua curator dederat fideiuſſorem: Valet enim dotis datio tanquam ritè & ex autoritate curatoris facta: vt diſertè ſcriptum eſt in *l. mulier* 18. *C. de iur. dot.* quæ cùm ſit pars quædam *d. l vlt.* vt ex vtriuſque inſcriptione & ſubſcriptione apparet, ſic coniũgendæ ambæ ſunt, vt vna recipiat ex alia interpretationem: quod & ante nos feliciter obſeruauit Iacob. Cuiac. *lib. 16. obſer. cap. 14.*

l. mulier 18. C de iur. dot.

ILLATIO LIV.

De prædiis minorum vel ruſticis, vel ſuburbanis non diſtrahendis.

QVinquageſimoquartò referri ad hoc Principium poteſt oratio Imperatoris Seueri de prædiis minorum ruſticis, vel ſuburbanis ſine decreto non diſtrahendis; de qua in *l. 1. & tot. ti. D. de reb. eor. qui ſub tute. & C. de præ. min.* Quæ enim alia melior orationis ratio adferri poteſt, quàm quòd non aliter viſum ſit poſſe minoribus bene proſpici, ne quid eis abeſſet, cùm ei quoque qui rei venditæ pretium habeat, non eo minùs verum ſit rem abeſſe? Non enim ſicut in re ipſa continetur rei æſtimatio eminenter, quamuis non formaliter; Ita poſſis viciſſim dicere, in æſtimatione rem quoque ipſam aut eminenter, aut etiam æquipollenter contineri: *l. ſi alij 42. §. 1. D. de vſur. §. ſi res aliena 6. Inſtit. de legat.* Abeſt igitur aliquid minori, cuius res vendita eſt; Et ob eam nimirum cauſam, cùm oratio Diui Seueri de prædiis tantum, iiſque vel ruſticis, vel ſuburbanis locuta eſſet; non etiam de prædiis vrbanis, nec de mobilibus, quorum venditio ſi non vtilis pupillo, certè minùs damnoſa videbatur, quod eorum vel nullus, vel perexiguus fructus eſſe ſoleat; Viſum eſt Conſtantino in *l. lex quæ tutores 22. C. de admin. tutor.* idem ius conſtituendum eſſe in rebus omnibus minorum, vt nullas poſſit tutor, vel curator ſine Prætoria decreto alienare: Exceptis duntaxat iis veſtibus, quæ detritæ vſu, ſeu corruptæ, ſeruando ſeruari non potuerint: itémque animalibus ſuperuacuis: *l. vlt. C. de præd. minor.* De quo videnda ſunt quæ ſcripſimus *ad Princip. præcedens illat.* 84.

Quia tamen verendum erat ne minorum vtilitates læderentur, ſi eorum bona præcisè & abſolutè prohiberentur alienari; optimè conſtitutum eſt à Seuero primum, deinde à Conſtatino, vt eiuſmodi prohibitio exceptionem illam habeat, *niſi decreto Prætoris interueniente.* Permittenda enim fuit alienatio iis caſibus, quibus Prætor videret fore id è re minoris, putà ſi vrgeret æs alienum. At rurſum ne paſſim liceret Prætori pro arbitrio hanc alienationem permittere, Placuit, non aliam poſſe iuſtam eſſe cauſam permittendæ alienationis, quàm æris alieni exſoluendi gratia, *l. magis puto 5. §. non paſſim, & §. ſi æs alienum, D. de reb. eor.* Niſi pater ipſe minoris eam alienationem teſtamento, aut in quauis alia vltima voluntate permiſiſſet: *d. l. 1. §. 1. l. vlt. eod.* Non enim ſufficeret quod aliquando pater dum viueret aliquas res ſuas venales habuiſſet, nec eò minùs abſtinendum erit venditione, ſi non expreſſim teſtamento cauerit, vt diſtraherentur: *d. l. 1. §. ſi defunctus.* Vbi ratio redditur, quod non vtique qui voluerit ipſe vendere, idem etiam poſtea diſtrahenda putauit. Nec rurſus alienatio ſolùm rerũ minoris

prohibita

prohibita eſt, ſed etiam obligatio, *d.l.1.§.5.* quia ſcilicet per obligationem, cùm non poſſit debitor venditionem pignoris impedire, *tot.tit.C.de bis.vendit.pignor imped.non poſſ.* & *tot.tit. De diſtr. pignor. D & C.* iunct *d.l.magis puto 5.§.ſi pupillus, De reb eor.* Ideóque videtur iam aliquid abeſſe ei. cuius res obligata eſt, cùm non poſſit impediri creditor quominùs ſuum ius exequatur, & rem euincat, niſi debito ſoluto: *l. ſi mancipium 34.§.vlt.*cum *l.ſeq. D.de euict.*

ILLATIO LV.

De minore qui emit prædia hac lege, vt quoad pretium ſolueret eſſent pignori obligata.

QVinquageſimoquintò ex eodem Principio fit, vt ſi minor vigintiquinque annis emerit prædia hac lege, vt quoad pretium ſolueret, eſſent pignori obligata venditori, non poſſit pignus valere: *d.l.1.§.vlt. D.de reb.eor.* vbi rationem Vlpianus reddit, quod ſtatim atque dominium quæſitum eſt minori, cœpit non poſſe obligari. Atqui dominium quæſitum fuit minori per emptionem ſecuta traditione, & quæſitum fuiſſe neceſſe eſt priuſquàm pignori res dari potuerit, cùm ad conſtitutionem pignoris vtiliter faciendam, neceſſe ſit rei dominium ad oppignorantem pertinere: *l & quæ nondum 15.§. quod dicitur, D de pignor.* & *tot.tit. C.ſi alien res pignor. dat.ſit* Hoc ipſo igitur quod res minori acquiſita cœpit poſſe obligari tanquam acquiſita, cœpit etiam eodem inſtanti non poſſe obligari propter perſonam acquirentis, id eſt quaſi acquiſita minori, cui inciperet quodammodo abeſſe ſtatim atque inciperet eſſe obligata.

l.2.eod.tit. Paulus tamen contrà ſenſiſſe videtur. Is namque in *l.2. eod. tit.* in contrarium argumentatur ex eo, quod in propoſita ſpecie, pignus vnà cum dominio quæſitum eſt, & ab initio obligatio inhæſit. Addit *quod ſi à fiſco emerit minor, nec dubitationem eſſe quin ius pignoris ſaluum ſit.*

Sed ad priorem rationem facilè eſt pro Vlpiano reſpondere, negando quod Paulus pro vero aſſumit, pignus ſimul cum dominio quæſitum eſſe. Nam imò verò neceſſe eſt, vt dominium acquiſitum fuerit minori, priùs quàm potuerit à minore obligari, vt diximus. Quod verò ſubiungit de venditione facta per fiſcum; aliam & propriam habet rationem: Illam nimirum, quod fiſcus in bonis omnium cum quibus contrahit, habeat ius tacitæ hypothecæ: *l.2.C.in quib cauſ. pign.vel hypoth. tacit.contr. l. aufertur 46.§ fiſcus, D.de iur.fiſc.l.penult.C.de priuil.fiſc.* Inde namque fit, vt in hoc caſu quo minor à fiſco emit, vera ſit prior illa ratio Pauli, quàm cæteris vendentibus falſam eſſe diximus, quod pignus ſimul cum dominio quæſitum fuerit, & ab initio pignoris obligatio inhæſerit, quia eo ipſo inſtanti quo dominium incipit eſſe minoris, id eſt in vltimo inſtanti acquiſitionis obligatio pignoris contrahitur ſola legis poteſtate, ex qua etiam fit, vt dominium acquiratur: Nec duo inſtantia ſeparata interuenire oportet, Vnum quo dominium acquiratur; Alterum quo iam ſit acquiſitum, ad pignus vtiliter conſtituendum: quod euenit in expreſſo pignore conuentionali: Lex enim operatur in inſtanti, non etiam homo, vt nec vnquam natura.

Anton.Fabr.Iuriſp.Papin. Scient.

Sicque explicanda hæc ratio eſt, non quomodo explicat Bart.poſt Dynum ponens venditam eſſe rem à fiſco eo pacto vt eſſet ſibi obligata donec pecunia ſolueretur. Nam imò ponendum eſt, venditam fuiſſe ſine vllo pacto de hypotheca. Non enim magis vtile poſſet eſſe hoc pactum in venditione facta per fiſcum, quàm in facta per priuatum. Nec rurſus illa etiam ratio vera eſt quam Bart. affert, quod ex obligatione legali minor obligetur. Non enim hic agitur de obligando minore, ſed de obliganda re minoris, quæ tamen obligari non poſſet ne quidem per legem, ſi ante contractam pignoris obligationem dominium plenè fuiſſet minori acquiſitum, ac non potiùs in vltimo inſtanti acquiſitionis; Alioqui ſecum lex pugnaret, ſi obligaret rem minoris, quam eadem ipſa obligari prohibet: quæ ratio eſt *l vlt.C.de legit.tutel.*

Illud ſanè verum eſt, quod idem Bart. notat ad *d.l 2.num 3.* obligatione conſuetudinaria, vel ſtatutaria, ſicut & legali etiam minorem obligari, *l.ſine herede 32.§ Lucius, D.de admin.tutor.*

Itaque & Paulus ipſe tandem concedit in ſententiam Vlpiani, cum ſubiungit, *ſi igitur talis ſpecies in priuato venditore inciderit, Imperiali beneficio opus eſt, vt ex reſcripto pignus confirmetur.* Cur enim aut Imperiali beneficio, aut aliqua confirmatione opus eſſet ſi pignus ipſo iure valeret? At cur Imperiali beneficio? An non poſſet ſufficere decretum Prætoris vel Præſidis? Minimè, quia nec Prætori, vel Præſidi conceſſum eſt, vt permittat obligationem bonorum pupillarium, niſi ex cauſa æris alieni, vt iam dictum eſt: Abſurdum autem eſſet eodem decreto permitti pupillo, vt & alienum æs contrahat, & ad illud diſſoluendum quicquam ex bonis ſuis obliget. Imperialis beneficij alia ratio eſt, quia neque certis illis legibus obſtringitur, & poteſt ſequi pignoris conſtitutionem ad eam confirmandam, cùm è contrario decretum Prætoris, vel Præſidis debeat præcedere: *dicta leg.magis puto, § non paſſim,* & *§ ne tamen,* iunct. *l.2.C.quand.decret.opus non eſt.*

At illa hîc adhuc dubitatio incurrit, quod etiam cum à priuato, id eſt ab alio quàm à fiſco venditio fit, videtur tacitè pignus contrahi in re vendita, vt eam velut iure pignoris retinere poſſit venditor, quoúſque pretium ſoluatur, *l. Iulianus 13.§. offerri, D. de action. empt.* Quid ergo poteſt intereſſe an priuatus, an fiſcus vendiderit? Verùm reſpondendum eſt, Vlpianum in *dicto §.offerri*, non loqui de vero pignore quod contractum ſit, ſiue per expreſſam, ſiue per tacitam conuentionem, ſed de quaſi pignore, vt verba ſonant; & apparet ex eo quod ait venditorem poſſe rem retinere quoadúſque pretium integrum ſit ſolutum. Quomodo namque retineret rem, quam iam tradidiſſet? Atqui ſine traditione certum eſt non poſſe dominium rei venditæ transferri in emptorem *§ vendita, Inſt de rer diui.* nec rurſus vllum pignus, ſiue expreſſum, ſiue tacitum conſtitui ab eo qui nunquam factus ſit dominus. Non igitur verum eſſe poteſt, rem venditam needum traditam tacito pignoris iure intelligi eſſe obligatam venditori Traditione verò ſecuta, multò minùs; cùm eo caſu non ſit amplius tractandum de retentione quaſi iure pignoris, aut potiùs vice pignoris venditori danda, Neque verò caſus hic numeratur inter eos, de quibus in *titu D.& C.in quib cauſ. pign. vel hypoth. tacit.contr.* Sed etſi tacitũ pignus aliquod hoc caſu

Digitized by Google

contrahi intelligeretur, non ideò tamen poſſet videri par cauſa fiſci & priuati venditoris.

Diſtinguendum enim eſt tacitum pignus quod ex tacita conuentione proficiſcitur, ab eo quod ex tacita legis poteſtate. Nam quod ex tacita conuentione proficiſcitur, non alterius rationis, aut maioris poteſtatis eſſe poteſt, quàm ſi expreſſa conuentione niteretur, quia nec poteſt fingi tacita illa conuentio interueniſſe, niſi eo prorſus modo & tempore quo expreſſa interuenire potuiſſet. Ergo non in inſtanti, nec niſi poſt acquiſitum rei oppignoratæ dominium. At quod à tacita legis vi ac poteſtate proficiſcitur, nihil ſimile, aut commune habet cum conuentionali, nec quicquam impedit, quominùs & in inſtanti conſtituatur, & ſimul cum ipſa acquiſitione dominij, hoc eſt vltimo acquiſitionis inſtanti, non expectato alio inſtanti quo dominium iam acquiſitum reperiatur: Vnde etiam petenda eſt conciliatio Vlpiani & Papiniani in *l. ſi qui mihi* 18. *D. de iur. fiſc.* cum Scæuola in *l. vlt. D. qui pot ior. in pign. hab.* ſecundum ea quæ docuimus *li. 2. Coniect. cap.* 12. Indè etiam petenda reſponſio eſt ad quæſtionem, quam proponit Batt. ad *d. l.* 2. *num.* 2. An minor intrando monaſterium, ſtatim dominium rerum ſuarum transferat in monaſterium abſque decreto. Licèt enim tranſlatio illa fiat ſola legis poteſtate, fit tamen quaſi ex tacita conuentione, cui ſupplemento locus nullus relinquitur in perſona minoris, qui ipſe conuentione expreſſa rerum ſuarum dominium in monaſteriũ transferre non poſſet, ſiue pupillus eſſet, ſiue adultus, ne maior ſit vis taciti quàm expreſſi: Nec alienatio iſta, ſi qua fieret per ingreſſum monaſterij, cauſam haberet neceſſariam, ſed voluntariã, manantémque ex facto & voluntate minoris, cui voluntati lex occurrit, non vt impediat ingreſſũ monaſterij, ſed vt impediat alienationem bonorum, ſine qua nec quicquam vètat minorem ingredi poſſe monaſterium. Ergo quod ad alienationem hanc attinet omnimodo neceſſarium erit decretum. Reiecta illa diſtinctione quam Batt. probare videtur, An de pupillo agamus, an de adulto.

Et hanc diſtinctionem noſtram expreſſi & taciti pignoris, non cuiuſlibet, ſed quod cum ipſa dominij acquiſitione contrahatur, mirificè illud confirmat, quod ſequitur ex Vlpiano in *l. 3. in princip. eod. tit. De reb. eor. qui ſub tutel.* Si pecunia alterius pupilli alteri pupillo fundus ſit comparatus, iſque pupillo vel minori traditus, magis eſſe vt quemadmodum fiſco, ita & huic pupillo, cuius pecunia fundos comparatus eſt, ſaluum ſit ius pignoris, ſecundum conſtitutionem Imperatorum Seueri & Antonini. Ponit Vlpianus fundum traditum: quia ſi traditus non eſſet, nullo pignoris iure indigeret vènditor ad eum retinendum, cùm non priùs eſſet audiendus emptor, ſi ex empto ageret ad tradendum, quàm omne pretium exſoluiſſet: *d. §. offerri.* Item quia non poteſt quæri de vllo iure pignoris in ea re acquiſiti venditori, quandiu res non eſt tradita, ſiquidem interim remanet venditoris, cui proinde non poteſt eſſe obligata; *l. neque pignus* 45. *De reg. iu.* Et tamen pupillo qui vendidit, vult Vlpianus ſaluum eſſe ius pignoris, quia pignus illud tacitum eſt, quod ſola legis poteſtate conſtituitur in fauorem pupilli, ex cuius nummis res comparata eſt. Nec tantùm pignus tacitum, ſed etiam cum iure prælationis, *l. idémque 7. D. qui potior. in pign. habeant.* Itaque bona eſt comparatio fiſci, & huius pupilli, non ſimiliter alterius cuiuſlibet priuati venditoris, nullum taciti pignoris priuilegium habentis.

l. 3. in princ. D. de reb. eor.

ILLATIO LVI.

De iure minoris emphyteutico citra decretum non alienando.

QVinquageſimoſextò ex eodem Principio fit, vt ſi ius ἐμφυτευτικὸν, vel ἐμβατευτικὸν habeat pupillus in prædiis, ſcilicet ſibi non ad modicum tempus locatis fruendíſque datis; nec à tutoribus diſtrahi hoc poſſit: *d. l. 3. §. ſi ius, eod. tit. De reb. eor. l. etiam vectigale* 13. *C. de præd. minor.* quia licèt ius prædij hoc ſit potiùs quàm ipſum prædium, oratio autem Seueri non niſi de prædiis & quidem ſuburbanis, vel ruſticis locuta ſit, videretur tamen pupillo ſuum prædiũ abeſſe quodammodo ſi huius iuris diſtractio permitteretur. Cùm quiſquis tale ius habet, poſſit fundum in perpetuum retinere inuito etiam domino, ſi modò vectigal annuum in perpetuum ſoluat: *l. 1. 2. & 3. D. ſi ager vectig. vel emphyt. eſſe dicat.* vbi ob hanc cauſam ſcriptum eſt, emphyteutis actionem in rem competere aduerſus quẽuis poſſeſſorem, etiamſi domini non ſint. Cur non ergo poſſint dominis hac parte æquiparari, cùm & aduerſus dominum ipſum non ſolùm exceptionem habeant, ſed etiam in rem actionem, vt ſcriptum eſt in *dict. l. 1. §. vlt. & in l. 1. §. is autem, & §. quia autem, D. de ſuperfic.* Vnde illa fluxit differentia duplicis dominij directi & vtilis à nobis alibi confutata, & quæ refellitur euidentiſſimè ex hoc ipſo Vlpiani loco. Si quo enim alio vnquam caſu potuiſſet Vlpianus dominium hoc vtile in emphyteutæ perſona agnoſcere, agnouiſſet ſanè in perſona pupilli ius hoc emphyteuticum alienare volentis, cùm nihil eſſet quod alienationem hanc impedire magis poſſet, quàm quod pupillare dominium alienari non poſſit. E contrario autem nihil tam faceret pro alienatione iſta permittenda, quàm quòd ſola prædiorum alienatio prohibita eſſet; alienatio autem dici non poteſt per quam dominium prædij nullum transferretur: *l. 1. C. de fun. dot.* Quam rationem dubitandi eleganter exprimit Vlp. iis verbis, *quamuis ius prædij potiùs ſit.* Dominium enim ius perſonæ eſt in prædio, non ius prædij, Neque tamen hic ſibi temperant Interpretes quin adſcribant eam Vlpiani eſſe ſententiam, vt dominium vtile pupillare non magis alienari poſſit, quàm directum.

De diſtinctione dominii directi & vtilis.

ILLATIO LVII.

De venditione lapidicinarum, vel cretifodinarum, vel argentifodinarum pupillarium.

QVinquageſimoſeptimò ex eodem Principio fit, vt ſi lapidicinas, vel quæ alia metalla pupillus habeat ſtypteriæ & aluminis, vel cuiuſuis alterius materiæ, vel ſi cretifodinas, vel argentifodinas, vel quid aliud ſimile, quod tamen priuatis liceat poſſidere, aut etiam ſalinas, impediatur alienatio, non quidem ex verbis orationis (nec enim iſta ſunt prædia ruſtica, vel ſuburbana) ſed tamen ex ſententia orationis, quia id egit oratio ne quid abeſſet minori

minori ex iis omnibus quæ fructum ei aliquem adferre poſſent, in quo numero iſta omnia eſſe nemo negauerit: *d. l. 5. § vlt. D. de reb. eor. qui ſub tutel.*

ILLATIO LVIII.

De legato fundi pupillaris hærede inſtituto pupillo.

QVinquageſimooctauò ex eodem Principio fit, vt quamuis teſtator hæredis ſui rem poſſit legare, ac per fideicommiſſum relinquere perinde ac ſuam, adeóque ſiue hæredis eſſe ſciuerit, ſiue ignorauerit. *l. vnum ex familia 67. §. ſi rem, De leg. 2.* Si tamen fundus legatus fuerit vel per fideicommiſſum relictus Seio à pupillo hærede inſtituto eodémque domino illius fundi, locus ſit orationi & impediatur hoc legatũm aut fideicommiſſum, ne inconſulto Prætore res pupillaris alienetur. *l. magis puto 5. §. ſi fundus eod. tit. De reb. eor. qui ſub. tutel.* Prætoris autem erit inſpicere vtrum expediat pupillo hæreditatem adire, ſéque ad legatum illud aut fideicommiſſum præſtandum obſtringere, an potiùs hæreditatem omittere ne rem ſuam alienare cogatur. Nam ſi opulenta ſit hæreditas, non erit prohibenda hæc alienatio ne maiore damno afficiatur popillus ſi omittat hæreditatem. Semper enim cauendum eſt ne dum nimia ſubtilitate vtimur circa res pupillares, conuertamus in eorũ perniciem quod ipſorum fauore conſtitutum fuit: *l. pen. C. ad SC. Trebell.*

l. magis puto 5. §. ſi fundus eo. tit.

Illa tamen in propoſito emergit dubitatio quantum ad fideicommiſſum attinet, quod nihil videatur alienare pupillus cùm rem ſuam ex fideicommiſſo præſtat. Siquidem alienatio dicitur ille demum actus, per quem dominum transfertur: *l. 1. C. de fund. dotal.* Hæres autem qui rem aliquam, ſiue ſuam, ſiue hæreditariam tradit ex cauſa fideicommiſſi, non transfert dominium, ſed poſſeſſionem duntaxat, vt diſertis verbis ſcriptum eſt in *l. qui vſumfructum 3. D. ſi vſusfr. pet.* Poſſeſſionis verò translatio, vel omiſſio, alienatio non eſt, *l. non alienat. 119. De reg. iur.*

Verùm reſpondendum eſt, Per traditionem factam ex cauſa fideicommiſſi non quidem transferri dominium quiritiarium, quoniam traditio illa nuda eſt, cùm non habeat iuſtam cauſam, *l. nunquam nuda 30. D. de acquir. rer. dom.* id eſt iuri & legibus cognitam, ſiquidem fideicommiſſa iuris vinculum nullum habent, *tit. Inſt. de codicill.* Sed tamen transferri dominium bonitarium, cùm fideicommiſſarius in bonis ſuis habeat rem ſibi ex cauſa fideicommiſſi traditam: *l. Herennius 42. D. de v'ur. l. facta 63. D. ad SC. Trebell.* Hoc verò ſufficere ad impediendum, ne pupillus, ſine decreto Prætoris poſſit rem ſuam ex cauſa fideicommiſſi dare; quandoquidem dominium bonitarium illud eſt, quod omnes dominij vtilitates & cõmoditates continet, ſiue agendum ſit, ſiue excipiendum: *l. rem in bonis 52. D de acq. rer. dom.* Semper enim dominus bonitarius ſi concurrat cum Quiritiario, ei præfertur, vt ſcribit Vlp. *tit. 19. De acquiſit. rer.* & conſtat ex *l. dece 6. C. de rei vind.* iunct. *l. quamuis 75. C. de iur. dot.* vt non immeritò dominium iſtud iuris Quiritium dicatur à Iuſtiniano nudum, & antiquæ ſubtilitatis ludibrium, in *l. vnic. C. de nud. iur. Quirit tollend.*

Illud non eſt prætermittendum, quod additur in *d. §. ſi fundus*, Si pupillus hæres oneratus ſit legato, vel fideicommiſſo præſtandæ rei, quæ fuerit ipſius teſtatoris, ceſſare orationem. Quidni enim licuit teſtatori ſaltem ſuis rebus quam voluit legem dicere? Sed tamen in legato id expeditius eſt, quam in fideicommiſſo: Legatum enim ſi per vindicationem relictum ſit tranſit recta via in legatarium numquam factum hæredit, *l. legatum 80. De leg. 2.* iunct. *l. a Titio 64. in fin. D. de furt.* Sed ſi res per fideicommiſſum relicta ſit, non ſimiliter poteſt dici, non fieri eam interim hæredis. Quomodo enim per fideicommiſſum præſtare poſſet id cuius ipſe dominus non eſſet, Idémque iuris eſt, ſi legatum per damnationem relictum proponatur. Dare enim damnatus hæres, non poteſt implere teſtatoris ſui voluntatem ſi non transferat dominium, cùm dare nihil aliud ſit, quam dominium tranferre: *l. vbi autem 75. § vlt. D. de verb. obligat.* dominium porrò transferre non poteſt, qui non habet. Atqui ex quo res facta eſt pupilli, deſinit alienari poſſe inconſulto Prætore, ſicut nec inuito eo diſcedere dominium ab eo poſſet: *l. ſi ego 9. § ſi res. D. de iur. dot.* Nihil ergo videtur intereſſe an pupillus rem ſuam, an hæreditariam per legatum damnationis dare iuſſus, aut per fideicommiſſum præſtare rogatus ſit. Ideóque poſſit quis fortaſſe credere Vlpianum in *dicto § ſi fundus*, ita ſcripſiſſe, *& putem, ſiquidem rem ſuam legauit, ceſſare orationem*: nec quicquam adieciſſe de fideicommiſſo. Nam & cùm de legato ſimpliciter loquuntur Iureconſulti, vt plurimum de legato vindicationis intelligunt, quoniam & legatum omne quod fit per verbum *lego*, vindicationis legatum eſt.

Verum non puto eam Vlpiani ſententiam eſſe, ſed illam potiùs vt diſtinguendum ſit, an hæres pupillus oneratus ſit de præſtanda re ſua, quæ numquam fuerit teſtatoris; an verò de re teſtatoris quæ numquam fuerit pupilli, niſi ex cauſa hæreditaria. Ratio eſt, quia quod per legatum damnationis, aut per fideicommiſſum relinquitur, licèt fiat hæredis, & conſequenter alienetur cùm præſtatur, cauſam tamen alienationis habet neceſſariam: Quoniam ab initio acquiſitionis habuit onus illud admixtum, vt alteri deberet præſtari, nec potuit acquiri hæredi niſi cum ſuo onere. Quemadmodum diximus *illat. 55.* de fundo quem pupillus emit à fiſco, accepitque per traditionem, nec tamen pretium eius ſoluit, non eo minùs obligatum illum eſſe fiſco, quod factus ſit pupillaris, & eodem proceſſus iure quo ſi ab alio quolibet emptus eſſet, ex *l. 2. eod. tit. D. de reb. eor.* Quod non ſimiliter dici poteſt grauato pupillo præſtare eam rem, quæ ipſius fuit antequam hæres eſſet.

l. 2. eod. tit.

ILLATIO LIX.

De non repudiando legato fundi citra decretum Prætoris.

QVinquageſimononò ex eodem Principio fit, vt pupillus fundum ſibi legatum repudiare ſine Prætoris autoritate non poſſit, *d. l. magis puto 5. §. fundum, D. de reb. eor.* vbi ratio redditur, quòd nemo dubitet eſſe hanc alienationem, cùm ſit res pupilli. Quæ ratio oſtendit loqui Vlpianum hoc loco de legato per vindica-

Digitized by Google

tionem, cuius proprium illud eſt, vt recta via tranſeat in legatarium: vt *proxima illatione* diximus. Ergo ſi pupillo legatum ſit per damnationem, aliud erit; ac multò magis ſi fideicommiſſum pupillo relictum proponatur, quia his caſibus pupillus legatum, vel fideicommiſſum repudians, non tam dici poteſt alienare cùm dominus nunquam fuerit, quàm acquirendi occaſionem amittere: vt in *l. quod autem 9. in princ. D. quæ in fraud. credit.* Oratio autem alienationes ſolas prohibet, eáſque non omnes, ſed prædiorum duntaxat pupillarium ruſticorum, vel ſuburbanorum.

Apparet autem clariſſimè ex hoc loco, quàm falſum ſit quod nonnulli tradunt, dominium legati non acquiri recta via lagatario niſi ad effectum tranſmiſſionis. Si enim nullum aliud ius haberet legatarius in legato, nihil cauſæ eſſet cur pupillus illud repudiando alienare quicquam videretur, vt certè non alienat, qui repudiat legatum per damnationem aut fideicommiſſum, quoniam iſta non acquiruntur ipſo iure, ſi iuris veteris ratio ſpectetur. Hoc enim addendum eſt, quoniam hodie exæquatis per Iuſtinianum legatis & fideicommiſſis in omnibus & per omnia, hoc quoque ab eo factum videtur, vt quæ olim erat natura propria legatorum per vindicationem, eadem hodie facta ſit communis legatorum omnium & fideicommiſſorum, quantum ad hoc, vt eorum dominium etiam quiritiarium, ſi quod amplius eſt, (quomodo certè ſupereſt, non nudum quidem, ſed plenum, vt vel titulus ipſe oſtendit, *De nud. iur. Quirit. tollend. C.*) in legatarium quemlibet ac fideicommiſſarium transferatur: Poſtquàm ſcilicet placuit Iuſtiniano, vt pro fideicommiſſis quoque ac legatis omnibus competat vindicatio, quæ olim non niſi pro legatis per vindicationem competebat, & quæ ſoli domino competere poteſt: *l. 1. C. commun. de legat.* iunct. *l. in rem 23. D. de rei vindicat.* Itaque nec legatum, nec fideicommiſſum quodlibet repudiare pupillus hodie poterit, ne quidem tutore autore niſi interueniente decreto & autoritate Prætoris.

Dominium Quiritiarium.

Ad illud mirum adhuc videri poteſt, Cur pupillo permittatur legatum repudiare, autore ſaltem Prætore, poſteaquam ipſo iure acquiſitum fuit; cùm dici ſoleat, quod & verum eſt, Ea quæ iam ſunt acquiſita, repudiari amplius non poſſe: *l. 1. §. decretalis, D. de ſucceſſ. edict. l. Titia 34. §. Lucia Titia, De leg. 2.* Idémque de alio quolibet legatario, cui per vindicationem legatum ſit, tractari poteſt. Nam & hunc conſtat poſſe legatum repudiare, dum ne pro parte, ſed in totum repudiet, *l. legatarius 38. de legat. 1. l. ſi tibi homo 86. §. cùm ſeruus, eod.*

Verùm reſpondendum eſt, duplicem eſſe acquiſitionem legati; Vnam quæ fit ſola legis poteſtate, de qua nunc agimus; Alteram, quæ ex ipſius legatarij voluntate: de qua demum accipi debet quod dicitur, Legatum acquiſitum repudiari amplius non poſſe: Acquiſitio enim quæ fit ex acquirentis voluntate ea eſt, quæ nullam admittit repudiationem; non illa etiam quæ fit per legem: Lex enim defert quidem omnia, id eſt etiam hæreditates, & ignorantibus, & inuitis; acquirit verò legatum ignorantibus: *l. cùm pater 77 §. ſurdo, de legat. 2.* ſed nihil vnquam acquirit inuitis nobis, ne beneficium conferre in inuitos videatur, contra regulam iuris. Et de hac poſteriore nimirum acquiſitione intelligi debet, quod Iulianus ſcribit in *l. ei qui ita 13. D. de condit. inſtit.* Et qui ita legatum accepit, ſi decem dederit non aliter acquiri legatum poſſe, quàm ſi poſt impleram conditionem id egerit legatarius per quod legatum acquiri ſolet, nempe irreuocabiliter, voluntaria ſc. acquiſitione quæ per legati agnitionem fiat. Alioqui certum eſt impleta conditione legati per vindicationem relicti acquiri legatum ipſo iure legatario, eiúſque dominium recta via in legatarium tranſire quaſi nunquam factum hæredis, *l. is cui via 11. §. 1. D. quemadm. ſeruit. amit.* ſed non eo minùs habet ſaluum ius repudiandi, quandiu legatum ipſe non agnouit.

Illud etiam *ex hoc §.* intelligimus, falſiſſimum eſſe quod Iacobus Cuiac. docuit ad *l. filiusfam. 16. D qui teſtam. facer. poſſ.* perſonalem duntaxat actionem acquiri legatario ignoranti, non etiam dominium legati. Nam præter idquod pugnat ea ſententia cum ſupradictis penè omnibus aliíſque innumeris iuris locis, non prohiberetur pupillus relictum ſibi legatum repudiare ſine decreto Prætoris, ſi dominium non haberet. Neque enim videretur repudiando alienare eam rem cuius nondum haberet dominium; nec oratio Seueri prohibet minoribus ne actiones ſuas perſonales alienent, ſed ne dominium quod iam habent prædiorum ſuburbanorum, vel ruſticorum. Et de re ipſa legata, non de actione perſonali, quæ ad eam conſequendam competit apertè loquitur Vlp. *in hoc §.* ijs verbis, *cùm res ſit pupilli.* Idque tam aperti iuris eſſe ait, vt dicat neminem de eo dubitare. Nec pro viro doctiſſimo quicquam facit Pomponius in *d. l. filiusfamilias.* Et enim alia longè illius loci & lectio & ſententia, quam nos docuimus, *libris Coniect.*

Lſi q… nam … de aſ…

ILLATIO LX.

De datione in ſolutum facta per pupillum ſine Prætoris autoritate.

SExageſimò ex eodem Principio fit, vt ſi pupillus ſtipulanti ſpoponderit pecuniam, non ideò poſſit fundus ſoluere, id eſt in ſolutum dare ſine Prætoris autoritate, *d. l. magis puto 5. §. ſi pupillus ſtipulanti, D. eod. tit. De reb. eor. qui ſub. tutel.* vbi ratio redditur, *alioquin inuenta erit alienandi ratio.* Senſus eſt facilè futurum, vt fraus fiat orationi Seueri, ſi permittatur minoribus in ſolutum dare fundos pro pecunia quam, ſtipulanti ſpoponderint. Ita enim eueniet, vt qui prædia eorum ſibi volet acquirere, incipiat à ſtipulatione pecuniæ, mox pro ea pecunia accipiat fundum in ſolutum. Atqui perpetuum illud eſt, vt quod vna via prohibitum eſt, non debeat alia vlla eſſe permiſſum *l. ſcire oportet 21. §. 1. D. de tutor. & curat. dat.* Nec quidquam eſt quod magis cauere bonus Legiſlator, aut Magiſtratus debeat, quàm ne qua via aperiatur fraudis vllius aduerſus leges comminiſcendæ. Aliud ergo eſt, ſi fundum ipſum debeat, *l. ſi minor. 15.* in illis verbis, *cùm aliud deberes C. de præd. minor.*

l. ſi minor 15. C. de præd. minor.

Dubitationem tamen hic faciebat, quod nihil videatur abeſſe minori qui fundum in ſolutum dedit, cùm ab obligatione pecuniæ ſit liberatus, Nam imò fit locupletior, qui à ſuo creditore liberatur, *l. pupilli 66. D. de ſolut.* Sed tamen verum eſt ei abeſſe fundum qui in ſolutum datus fuit, nec quidquam vetat allo ratione

tione explicati pecuniam ad dimittendum creditorem : in eóque nimirum verſatur cauſæ cognitio, quam Prætor adhibere debet in decreto interponendo : *l. ſi prædia 11. D. de reb. eor.*

Planè ſi pupilli pater fundum ſtipulanti ſpoponderit, ſucceſſeritque pupillus in ſtipulatum, tanquam patris hæres; fortiùs dicetur, inquit Vlpianus, ſine Prætoris autoritate poſſe illum reddere. Idémque eſſe etſi hæreditario iure ſucceſſerit alij, qui erat obligatus ad eum fundum præſtandum. Quoniam licèt hæc ſit alienatio, tamen neceſſaria eſt, cùm non poſſit aliud pro alio ſolui inuito creditori: *l. 2. D. de reb. cred. l. eum à quo 16. C. de ſolut.* Nec quidquam videtur fieri hoc caſu in fraudem Orationis, cùm exſoluendi huius fundi obligatio ſit hæreditaria & à defuncto proficiſcatur. Nam quemadmodum defunctus ſi viueret, recuſare non poſſet quominus hunc ipſum fundum præſtare teneretur, ita neque ipſius hæres: *arg. l. poſtulante 44. verſ. cur enim, C. ad SC. Treb.* & fruſtra Prætor cauſæ cognitionem adhiberet in ea re, cuius aliter expediendæ rationem nullam inuenire poſſet. Eadem igitur ratione etſi parens fundum vendidit, vel quis alius cui pupillus ſucceſſerit, poteſt dici pupillum cætera venditionis inconſulto Prætore poſſe peragere, vt ſequitur apud Vlp. puta rem tradere ex natura venditionis, *l. 1. l. ex empto 11. D. de act. empt.* Etſi traditio non venditio illa eſt, quæ dominium transfert, *§. vendita, Inſt. de rer. diuiſ.* Dominium enim ex cauſa venditionis transferre nihil aliud eſt quàm implere venditionem: *l. ſi quis alienam 46. De actio. empt.* Cùm igitur venditio à patre facta ſit, dominium quod à filio per traditionem transfertur ex cauſa eiuſmodi venditionis, & in ipſius conſequentiam ab ipſo patre translatum intelligitur, initio nimirum inſpecto, vt in *l. 3. §. ſuo, l. Æmilius 38. D. de min.* Periniquum enim eſſet eum qui cum pupillo non contraxiſſet, expectare pupilli pubertatem, *l. apud Iulianum 3. D. quib. ex cauſ. in poſſ. eat.*

l. ſi quis alienam 46. D. de act. empt.

Similiter dicimus rem quam pater, aut alius, in cuius iura minor ſucceſſerit, obligatus fuit retrouendere, per minorem ipſum eiuſve tutores aut curatores ſine decreti autoritate retrouendi poſſe : *l. 1. C. quand. decret. opus non eſt.* Nam neque minoribus, neque tutoribus aut curatoribus imputari quicquam poteſt, ſi voluntati defuncti paruerint, vt ea lex ait: Nec intereſt an defunctus ille parens fuerit, an alius ex cuius bonis ad minorem peruenerit fundus, ſuper quo alienando aliquid mandaſſe deprehendatur, *l. 3. eod. tit.* Non enim fit contra Orationem, quod fit ſecundum defuncti voluntatem, cùm hoc ipſum Oratio excepetit, licet de parentibus tantum fuerit Oratio locuta, vt conſtat ex *l. 1. D de reb. eor.* Sicut è contrario ad impediendam Senatuſconſulti autoritatem, nihil prodeſt quod tutor vel curator idem ſit & pater : *lege tertia Codice de præd. minor.*

***

ILLATIO LXI.

De minore prouocante ſocium ad diuiſionem.

SExageſimoprimò ex eodem Principio fit, vt ſi res aliqua communis ſit inter minorem & maiorem, non poſſit minor ſocium ad diuiſionem prouocare, ſi modò ea res ſit, cuius alienatio ſit prohibita, quia diuiſio alienatio eſt; ideóque venditionis inſtar habere dicitur in *l. 1. Cod. commun. vtriuſque iudic.* Proinde abeſt minori aliquid, cùm deſinit habere in communi rem quæ antea erat communis. Poteſt enim quiſque rem ſuam dicere, quàm communem habet; nec quidquam eſt in re communi pro indiuiſo, in quo non ſuam habeat partem: *l. illud 46. D. de rit. nupt. l. 5. §. 1. De leg. 1. l. pupillus a 39. §. vlt. De verb. ſign.* Sed ſi ſocius maior ſociũ minorem prouocet ad diuiſionem, Oratio non impediet quominùs fiat diuiſio, & per diuiſionem alienatio. Nam & hunc caſum nominatim excepit Oratio *dict. l. 1. §. 1. verſ. ſi communis* : idque optima ratione, quoniam huiuſmodi alienatio neceſſaria eſt, cùm nemo cogatur inuitus manere in commuoione, *l. vlt. C. commun. diuid. l. 1. D. famil. erciſc.* vt nec inuitus quiſquam compellitur ad communionem, *l. ſi non ſortem 26. § ſi centum, D. de condict. indeb.* propter diſcordias quas materia communionis excitare ſolet: *l. cùm pater 77. §. dulciſſimis, De legat. 2.* Alioqui cogendus eſſet maior ſocius expectare pupilli pubertatem, adeóque vt ad ſuam & perfectam ætatem id eſt ad annum quintum & viceſimum perueniſſet, quod nos *proxima illatione* diximus iniquum eſſe, quandoquidem non contraxit cum pupillo, ſed incidit in pupillum: *d. l. 3. D. ex quib. cauſ. in poſſ. eat.* Sicut & pupillus ipſe fauorabilior eſt, ſi quando ei res eſt cum illo in quem incidit, & cum quo non contraxit, puta cum tutore: *l. vlt. D. rem pupill. ſalu. for.*

Inde fit vt ſi pupillorum communia ſint prædia, impediatur diuiſio, quoniam prouocatio neceſſaria eſt, neuter verò ad diuiſionem prouocare poteſt, nec ſolùm ſi ambo eoſdem tutores habeant, quæ res tantò difficiliorem facit prouocationem, cùm nemo poſſit ſeipſum prouocare, nec mutuas pati condemnationes & adiudicationes: *l. licèt 42. §. pen. D. de procurat.* ſed etiamſi diuerſos tutores, *l. ſi pupillorum 7. de reb. eor. l. pen. C. eod.*

l. ſi pupillorum 7. D. de reb. eor. l. pen. C. eo.

Solent tamen Interpretes noſtri caſum illum excipere, ſi euidens ſit vtriuſque pupilli vtilitas vt à communione diſcedatur, *arg. l. ſi conuenerit 14. in fin. D. pro ſocio, l. vlt. D. de iur. dot. l. inter pupillos 20. D. de autor. tut.* Sed vereor ne non ſatis rectè, at potiùs nimis audenter; cùm Orationis verba nullum caſum excipiant, niſi vnum illum, quo ſocius ſcilicet maior prouocet ad diuiſionem: Adeò vt nec liberum arbitrium Prætori ſit datum permittendæ alienationis prædiorum minoris, ſiue per venditionem ſiue per diuiſionem; ſed ex ea ſola cauſa, ſi vrgeat æs alienum quod aliter exſolui non poſſit: *dict. l. 1. & dict. l. 5. §. ſi æs alienum, eod. titul. De reb. eor. l. ob æs alienum 12. Codic. eod.* Quod igitur Prætori ipſi non permittitur, quomodo tutori vel curatori Prætore inconſulto permittetur? Itaque ſi quando contingat neceſſariam aut vtilem eſſe diuiſionem ob æs alienum, cuius diſſoluendi gratia partem,

partem, quam pupillus in re communi habet, vendi oporreat, & ob eam cauſam diuidi, quò facilius inueniat emptorem, Prætor aditus diuiſionem permittere debebit, nec quicquam inconſulto eo facere tutor aut curator poterit. Si verò non vrgeat æs alienum, ſed alia quæuis vtilitas pupilli allegetur quæ diuiſionem permitti ſuadeat, neque tutor inconſulto Prætore quicquam facere poterit, neque Prætor aditus quicquam decernere debebit, quia nec poteſt etiamſi maximè velit.

l. inter pupillos 20. D. de auto. tutor.

Non nego poſſe fieri etiam inter pupillos tutore præſente hæreditatis paternæ aut maternæ diuiſionem, vt in *dict. leg. inter pupillos 20. D. de autor. tutor.* Sed debet id intelligi ſuppoſitis terminis habilibus, id eſt de illo caſu, quo ea diuiſio licitè facta ſit, fieríque potuerit, permittente ſcilicet teſtatore, vel Prætore, vel etiam iure, ſi fortè hæreditas tota conſiſteret in bonis mobilibus, aut in pecunia, aut in actionibus, aut denique in prædiis vrbanis, quorum diuiſionem, Scæuolæ temporibus, cuius ea lex eſt, nihil impediebat. Nam nec *in tota ea lege* quicquam eſt ex quo poſſit coniici Scæuolam loqui de diuiſione prædiorum ſuburbanorum, vel ruſticorum.

Quare nec illud poſſum probare quod vulgò Noſtris placere video poſt Bartol. ad *dict. §. ſi æs alienum*, poſſe minorem etiam ſine decreto rem ſuam cum alio permutare, ſi euidenter appareat ex eiuſmodi permutatione meliorem fieri ipſius conditionem. Pugnat enim cum *dict. §. ſi æs alienum*, & cum *l. non ſolum 4. Cod. eod.* vbi dicitur neque permutatione, neque tranſactione, quæ eſt omnium fauorabiliſſima, neque alio vllo contractu poſſe ſine decreto alienari rem minoris. Plus dico, Nec ſolam minoris vtilitatem poſſe facere, vt Prætor permittere debeat permutationem, niſi ex cauſa æris alieni, puta ſi æs alienum vrgeat, & maiorem quantitatem redacturus ſit minor ex pretio rei, quam acquiret titulo permutationis, *dict. §. ſi æs alienum.*

Ex quo loco apparet, ad rem non facere, quod permutatione poteſt fieri melior conditio minoris, *l. iubemus, Cod. de ſacroſanct. Eccleſ. cap. nec ſuper, De reb. Eccleſ. non alien.* Nam & ſimiliter poſſet quis contendere, permittendam eſſe venditionem etiam ſine decreto, ſi minor rem dignam centum aureis poſſit trecentis vendere, cùm hoc caſu fiat ſine dubio melior conditio minoris. Et tamen nemo hoc verè dixerit, Nam neque cauſa hæc ſufficiens eſt ad extorquendum Prætoris decretum, *dict. §. ſi æs alienum.* Nec ſi Princeps ipſe adeatur, *leg. ſi fundus 13. eod. titul.* vbi extat reſcriptum Imperatorum Seueri & Antonini prohibens alienationem fundi, etiam qui ſterilis & ſaxoſus, & peſtilens dicebatur, quia nec veriſimile erat fundum illum inuenturum pretium, niſi pro fructuum modo; cum id maximè in conſtituendo cuiuſque rei pretio inſpici ſoleat quis fructus ſit, & quis reditus fundi: *l. ſi fundum per fideicommiſſum 92. De legat. 1.*

Sed & illud obſeruandum eſt, in ea ſpecie aditos fuiſſe Imperatores, nō Prætorem, ad permittendam fundi alioquin ſterilis & infructuoſi diſtractionem: Non alia de cauſa, quàm quod diſtrahendi facultas peteretur prætextu ſolius vtilitatis pupilli, non vrgente ære alieno; ita vt proinde non eſſet in arbitrio & poteſtate Prætoris eam permiſſionem dare. Neceſſarium igitur erat reſcriptum Imperatorum, non ſufficiente Prætoris autoritate, vt & in *l. 2. D. eod. tit. de reb. eor. & l. 2. Cod. quand. decr. opus non eſt.* Ergo & in propoſito, ſi minoris vtilitas quantumcunque euidens ſuadeat, permitti aut venditionem, aut permutationem, adeundus eſt Princeps. Et quamuis durum id videatur, quia quod minorum fauore conſtitutum eſt, in eorum odium & perniciem retorqueri videatur, contra *l. quod fauore 6. Cod. de leg.* id tamen ferendum eſt, quoniam lex & oratio Seueri ita ſcripta eſt, *l. proſpexit 6. D. qui & à quib. manum.* Poteſtque hinc peti elegans exemplum ad *l. 1. C. de legib.*

Cùm autem de prædiis communibus Oratio locuta eſt, de iis ſolis intellexit quæ pro indiuiſo communia ſunt, ſi quid enim pro diuiſo commune ſit, id nec commune eſſe videtur, cùm quælibet pars fundi ſeparata & diuiſa fundum ſeparatum conſtituat, *l. planè 34. §. vltim. De legat. 1.* Ideóque ceſſante ſecunda parte orationis, quæ maiore ſocio prouocante, permittit diuiſionem prædiorum communium, locus erit priori parti Orationis, quæ nullam alienationem prædiorum ſuburbanorum vel ruſticorum minoris permittit fieri ſine decreto, *dict. l. magis puto 5. §. vltim.*

Quid ergo ſi fortè alius proprietatem fundi habeat, alius vſumfructum? Magis eſt vt ceſſet ea pars Orationis quæ de diuiſione loquitur. Nulla enim communio eſt, cùm vſusfructus in iure non in parte conſiſtat, quamuis emolumentum rei contineat, *l. ſed ſi fortè 6. eod. tit.* iunct. *l. Maximus 66 § fi[illegible]do, de leg. 2.* Vbi autem communio nulla eſt nec diuiſio locum habere poteſt; licèt interdum etiam ſublata communione ſuperſit iudicium vtile communi diuidundo ob perſonales præſtationes, *l. ſi quis putans 6. D. commun. diuid.* An igitur permittendum erit minori vt ſine decreto obliget prædia communia? Minimè. Nam quod excepit Oratio, vt ſi prædium ſit cōmune nihil innouetur, id eſt ius antiquum ſeruetur, ad hoc tantum pertinet vt perimatur communio per diuiſionem, non vt augeatur difficultas communionis, quod contingeret per communis prædii obligationem, *l. qui neque 8. §. vlt. eod. tit. D. reb. eor.* Quare nec Oratio ſimpliciter excepit eum caſum, quo res minoris ſit communis, ſed adiecit, *& ſocius ad diuiſionem prouocet*, vt appareret non ſenſiſſe Orationem de permittenda oppigneratione prædii communis, atneque de permittenda eius alienatione quæ fieret citra diuiſionem, ſed tantum de permittenda diuiſione, Ea namque adiectio quàm Oratio pro conditione ponit, *& ſocius ad diuiſionem prouocet*, non ad aliam contractus ſpeciem, quàm ad diuiſionem aptari poteſt. Quomodo enim ſocius ſocium prouocaret ad venditionem, aut ad oppignerationem.

ILLATIO LXII.

De fundo pupillari per tutorem citra decretum obligato ad vtilitatem pupilli.

l. ſi ad r[…] fundum […] eod. tit.

Sexageſimoſecundò ex eodem Principio fit, vt ſi tutor rem pupilli obligauerit ſine decreto, quamuis non valeat obligatio, ſit tamen exceptioni doli locus, ſi tutor acceptam pecuniam ei ſoluerit qui ſub pignore erat creditor, *d. l. ſi pupillorum*

pupillorum 7.§.penult. D.de reb.eor. Nempe quia nihil videtur hoc caſu abeſſe pupillo, qui iam erat debitor ſub pignore: Imò verò lucrum captat ex alieno damno, ſi velit fruſtrati iure pignoris ooeum creditorem, ex cuius pecunia priorem creditorem dimiſit, pignúſque quod ei dederat, recuperauit. Atqui Principium noſtrum habet, hactenus ſubueniendum eſſe pupillo vt ei nihil abſit, nō etiam vt ex aliena iactura locupletetur: *l.ſi minoris 15. D.de adm tut.* Æquum igitur eſt, doli exceptionem in propoſito caſu accommodari contra pupillum, qui per occaſionem iuris ciuilis & orationis Sceueri, captat lucrum ex damno alieno: *l.1. D.de doli mal.except.*

ILLATIO LXIII.

De reſtitutione minoris contra alienationem ſine decreto factam.

Sexageſimotertiò ex eodem Principio fit, vt minori, cuius prædium contra leges ſine decreto alienatum eſt, nulla ſit opus in integrum reſtitutione ad eam auocandam: *l.2. C.de præd. min.* Abeſſet enim ei aliquid, ſi reſtitutionem impetrare cogeretur, propter incertum euentum litis, cùm reſtitutio omnis cauſæ cognitionem requirat: *l.omnes 3. D de in integr.reſtit.* Adeò vt nec aliud ſit, ſi Prætoris decretū intereeſſetit, ſi modò probetur obreptū Prætori: *d.l magis puto 5.§.pen. l.quamuis 9. D eod.l.etſi præſes 5. C. eod* Vtroque enim caſu illibata manet minori perſecutio rei ſuæ, vt loquitur *l 3 C.de præd.minor* ac ſi contractus nullus interueniſſet. Nihil enim refert an contractus nullus interuenerit, an verò perperam interuenerit, & contra leges: *l.2. D de autor.tutor. l.non dubium 5.C.de legib.* Vnde eſt quod Paulus ait in *l.tutor. 16. D. de pign. act.* tuendum eſſe à Prætore pignus quod tutor dedit, ſi modo dederit lege non refragante. Nec enim conuentiones vllas tueri Prætor poteſt, niſi quatenus per leges licet: *l.iuris gentium 7.§.ait prætor, D. de pact.l.pacta quæ contra 6.C.eo.l.nec non 18.§.quoad eius, D. quib. ex cauſ. maior* Non igitur ſufficit allegari per libellum apud Prætorem, vel Præſidem prouinciæ cauſas, propter quas debeat permitti venditio, ſed eas apud acta probari oportet, & quidem tales quæ venditionis neceſſitatem præciſam inferant, vt decretum ſolenniter interponatur: *l.minorum 6.C.de præd. minor.* Qui locus etiam inſignis eſt ad probandum quod diximus *ill.61.* non ſufficere probatam eſſe vtilitatem minoris, ſed probandam eſſe præciſè neceſſitatem. Interpoſito autem decreto, adhuc tamen ſuccurri poteſt minoris per in integrum reſtitutionem, ſi ſit læſus, ſcilicet oc quid ei abſit: *d.l.2. & l.ſi quidem 11.C.eod.*

ILLATIO LXIV.

De cautione contra SC. emiſſa.

l. ſi ad reſoluendam 7. eod.tit. Sexageſimoquartò ex eodem Principio fit, quod ſcriptum eſt in *l.ſi ad reſoluendam 7. eod. tit.* Si ad donationem reſoluendam, quam in emancipatum filium eundémque minorem pater contulerat, idem filius cautionem patri emiſerit, id eſt cauerit ſe donatione non vſurum, huiuſmodi ſcripturam tanquam quæ data ſit contra Senatuſconſulti autoritatem iuri filij non obeſſe. Quid enim refert an mioor donatarius rem ſibi donatam alienauerit, an verò cauerit ſe donatione non vſurum? Siquidem vtroque caſu abeſt minori donatio, & res donata quæ fuerat ei acquiſita: Non quòd ſola cautio poſſit alienationis nomine aut iure cenſeri; Sed quia inuenta erit alienandi ratio, ſi huiuſmodi cautio permittatur. *arg.d.l.magis puto 5.§.ſi pupillus, D.de reb.eor.* Nam quod nonnulli putant, probantque ex *d. l. ſi ad reſoluendam*, cautionem prædii donati cenſeri rem immobilem; rei verò mobilis, rem mobilem; Et ita actionem, cautionem, obligationem, & inſtrumentnm poſſe dici rem mobilem, vel immobilem, reſpectu rei quæ in obligationem deducitur: Hoc, inquam, mihi non probatur. Certum enim eſt actiones neque mobilia bona eſſe, neque immobilia, ſed tertiam bonorum ſpeciem conſtituere: *l.à Diuo Pio 15.§ in venditione, D.de re iudic.l.quam Tuberonis 7.§. in peculio, D. de pecul.* adeò vt venditis, vel donatis, vel obligatis bonis omnibus tam mobilibus quàm immobilibus, iura tamen & actiones non comprehendantur: eóque paſſim iure vtimur.

Cur ergo dicimus cautionem hanc & ſcripturam, de qua in *d.l.ſi ad reſoluendam*, contra Senatuſconſultum datam eſſe, cùm Senatuſconſultum non niſi prædiorum ſuburbonorum & ruſticorum alienationem prohibuerit? Nempe quia contra Senatuſcoſultum fit, aut ſaltem in fraudem Senatuſconſulti quicquid tale eſt, per quod fiat vt abſit minori aliquid ex iis bonis quorum alienatio tam diſtrictè prohibita eſt. Quæcumque enim in alicuius legis vel Senatuſconſulti fraudem excogitata videri poſſunt, rata haberi non debent: *l.quidam 29.§.vlt. D. ad SC. Velleian.* Alioqui certum eſt, quantumuis cautionem de re immobili habeas pro immobili cùm Interpretibus, fieri tamen numquam poſſe vt per ſolam cautionem & ſcripturam dominium transferatur; quod vnum tamen oratione Seueri diſtrictè prohibitum eſt. Nihil enim aliud egit Oratio, niſi vt proprietas quæ minoris eſſet, in alium tranſire propter iuris interdictum non poſſet, vt loquitur *l.prædia 8.C.de præd.minor.* vbi dicitur nec fauore nuptiarum, quæ tamen boni publici cauſam admixtam habent, permitti debere huiuſmodi alienationem, puta ſi minor prædia quædam ruſtica vxori futuræ ſponſalitium nomine ante nuptias donauerit, Senatuſconſulti enim autoritas retento dominio viam omnem alienandi obſtruxit: *l.ſi quidem 11.eod.tit.* *l. ſi quidem 11.eod.*

ILLATIO LXV.

De minore vindicante fundum, cuius æſtimationem accepit iudicio tutelæ.

Sexageſimoquintò ex eodem Principio fit, vt quamuis illicitè poſt Senatuſconſultum, pupilli vel adoleſcentis prædium venundatum ſit, ſi tamen eo nomine apud iudicem tutelæ vel vtilis actionis æſtimatio facta eſt, eáque ſoluta, vindicatio prædij ex æquitate inhibeatur, *l. illicitè 10. D.de reb.eor.qui ſub tutel.* Nulla enim ratio eſt ſubueniendi pupillo vel adoleſcenti qui iam indemnitatem conſecutus eſt à ſuo quondam tutore vel curatore, qui que non certat amplius de damno vitando, ſed de lucro captando

&

& de præda:*d.l.ſi minoris 25.D.de adminiſtr.tutor.* Ea namque damni æſtimatio quæ in actione tutelæ vel vtili facta eſt, noua quodammodo venditio eaque iuſta & apud iudicem celebrata eſſe intelligitur. Maximè verò debet hoc obtinere, ſi, quod plerumque fit, tutor vel curator in facienda contra Senatuſconſultum venditione rerum minoris, res ſuas proprias ob euictionis periculum propriò nomine obligauerit, vt in *l. etſi is 9.C.de præd.minor.* Subſcribens ſcilicet venditioni non ſolùm quaſi curator, ſed etiam quaſi fideiuſſor venditionis: vt in *l.ſi non ſubſcripſiſti 15.C.de adminiſtr tutor.* Nam cum hoc caſu tutor vel curator obligatus ſit emptori, ſi res euincatur per minorem, valente nimirum hoc caſu fideiuſſione & obligatione ipſius, licèt principalis venditio non valeat, quia priuilegium quod perſonæ minoris tribuitur ne quid ei abſit, ad fideiuſſorem eius porrigi non poteſt: *l.exceptiones quæ perſonæ 7.D.de except.* iunct. *l.ex pluribus 42.D.de adminiſtr.tutor.* ſequeretur vt miſer hic tutor, vel curator, duplex damnum pro eodem debito incurreret, ſi permitteretur minori qui iam eſſet ab eo indemnitatem conſecutus, rem præterea ſuam vindicare ab emptore.

Non poſſum tamen videre vnde colligat Bartolus ad *dict.l.illicitè*, exceptionem, quæ incipit competere venditori poſt contractum tranſire ad emptorem. Nam in ſpecie *dict.l.illicitè*, tutor quidem vel curator ille fuit qui vendidit, cum alioquin tutelæ actione ex ea cauſa teneri non poſſet, ſed tamen nullam poteſt habere exceptionem, quia nec vlla in eum actio competit poſtcaquàm litis æſtimationem à iudice factam exſoluit, cùm per eam ſolutionem ſit omnino & ipſo iure liberatus. Omnis enim exceptio præſupponit actionem. Nulla igitur exceptio eſt, quæ à tutore vel curatore poſſit tranſire in emptorem. Habet ſanè emptor exceptionem ſi inquietetur per vindicationem à minore, ſed exceptionem doli, quod dolo faciat minor qui rei ſuæ æſtimationem conſecutus adhoc velit rem ipſam conſequi. Eam verò exceptionem non habet à tutore vel curatore, qui ſicut nullã habuit exceptionem quominus æſtimationem præſtare teneretur, ita nec vlla exceptione indiget, aut vti poteſt ab impediendam vindicationem, cùm non ab eo vindicetur res quam non poſſidet, ſed ab emptore eodémque poſſeſſore. Igitur habet eam exceptionem à ſola natura & qualitate negotij. Perinde enim habiturus eſſet etiamſi non à tutore vel curatore, ſed ab alio quolibet ſolutionem æſtimationis percepiſſet: quia in toto iure noſtro quiſquis habet litis æſtimationem rem ipſam vendidiſſe intelligitur; idque eſt quod dici ſolet, litis æſtimationem ſimilem eſſe emptioni: *l.1.l.3.D.pro emptor.* Vnde fit, vt ſi is qui litis æſtimationem præſtat ſit poſſeſſor, hoc ipſo dominus fiat, ſi modò illud etiam concurrat vt res ſit præſens, quæ poſſit videri tradita: *l.eius rei 46.*

l.1.l.3.D.pro emptor.

cum ſeq.D.de rei vindicat. Aliud enim eſt, ſi quis ad præſtandam litis æſtimationem ob hoc ſolùm ſit condemnatus, quòd dolo malo vel culpa deſiit poſſidere; Ne alioqui ſine poſſeſſione dominium transferri videatur: *l.ſi culpa 63.l.is qui dolo 69.eod.titul.* Facit *l.ſed etſi 7.§.1.D.de public.l.ſi vt certo 5.§.1.D.commod.l.ſi ſeruus 21.§.& ideò, D.de euiction.l.1.§.vltim.D.de æſtimat.action.l.ſi propter 22.D.rer.amot.* At in propoſita ſpecie, cùm tutor præſtat litis æſtimationem minori, cuius prædium contra Senatuſconſultum vendidit & tradidit, non eſt ipſe poſſeſſor, ſed is qui ab ipſo emit. Nec igitur dominus fieri poteſt: nec proinde ex ipſius perſona ius vllum acquiri emptori; Adeò vt non prohibeatur minor rem ſuam vindicare tanquam dominus, ſi ſummum ius ſpectetur. Sed vindicatio prædij ex æquitate inhibebitur, vt ſcriptum eſt in *d.l.illicitè*, Oppoſita nimirum, vt explicauimus, doli exceptione.

ILLATIO LXVI.

De minore vindicante rem male alienatam, cuius pretium verſum eſt in rem minoris.

SExageſimoſextò ex eodem Principio fit, vt ſi res minoris illicitè quidem vendita ſit, & ſine decreto contra Senatuſconſultum, ſed ita tamen vt pretium conuerſum ſit in vtilitatem minoris, competat quidem minori ipſo iure vindicatio tanquam domino, ſed tamen ſummoueatur per exceptionem doli, ſi pergat rem petere cum fructibus, niſi offerat reſtitutionem pretij quod accepit cum vſuris quæ percipi potuerunt: *l.ſi fundus 13.§.quamquam. D.de reb.eor.* vbi ratio redditur, quam Principium noſtrum ſuppeditat, quòd hoc caſu minor lucrum captet ex damno alieno, contra naturalem æquitatem, per occaſionem iuris ciuilis, quæ res ſolet parere doli exceptionem: *l.1.D.de dol.except.* Eáque primum Papiniani ſententia fuit, cuius reſponſum refert Paulus in *d.§.quamquam*, & probant Imperatores in *l.vtere 14* & in *l.ſi prædium 16.in fin.C.de præd.minor.* Et inde eſt, quod quamuis huiuſmodi venditiones ipſo iure non valeant, obidque nec reſcindi poſſint, quia quod ipſo iure nullum eſt, reſcindi non poteſt: *l.in cauſa 13.§.1.l.in cauſa 16.§.1.D.de minor.l.3.C.ſi aduerſ.libert.* dicuntur tamen reſcindi per ſententiam Prætoris, aut Præſidis, in *d.l.etſi is 9.C.de præd.minor.* Nempe quia plerumque accidit vt vindicatio inhibeatur, & ſubmoueatur, per doli exceptionem; quod cum euenit, venditio confirmari effectu ipſo intelligitur, & conſequenter è contrario reſcindi, cùm iudex pronunciat nihil cauſæ eſſe cur non debeat minori res ſua reddi, ac ſi venditio nulla interueniſſet.

l.etſi 9.C.eod tit.

AD

AD TITVLVM XIV.

Qui teſtamento tutores dari poſſunt.

PRINCIPIVM I.

De præcipuo fauore tutelæ teſtamentariæ.

TESTAMENTARIA tutela omnium fauorabiliſſima eſt. Cæteræ namque tutelę ideò tantùm fauorabiles ſũt, quòd ſunt tutelę: Hæc verò præter communem fauorem tutelæ, habet etiam ſingularem fauorẽ teſtamenti, nec tantùm voluntate teſtatoris nititur, ſed etiam legis 12. tab. quæ parentibus nominatim permiſit vt ſuis liberis ſiue maſculini ſiue fœmini ſexus, ſi modò in poteſtate ſint, tutorem dare poſſint, *l.* 1. *D. hoc tit. De teſtam. tutel.* Illis nimirum verbis quibus & teſtamenti factionem permiſit: *Paterfamilias vti ſuper pecunia, tutelave ſuæ legaſſit, ita ius eſto: l. ſæpe* 53. *verſ. at cùm dicitur, l. verbis legis* 110. *De verb. ſignific.* aut vt apud Vlp. legitur *tit.* 11. *ſuper pecunia tutelâve rei ſuæ.*

ILLATIO I.

De latiore poteſtate tutelæ teſtamentariæ quàm legitimæ.

EX hoc Principio illud primùm fit, vt teſtamentariæ tutelæ latiùs pateant quàm legitimæ. Dari enim tutor teſtamento poteſt non ſolùm paterfamilias, ſed etiam filiusfamilias, vt Iuſtinianus *in principio huius tit.* ſcribit: quamuis filiusfamilias legitimus tutor eſſe nunquam poſſit, quia nec vnquam proximus agnatus eſt cùm ſemper à patre anteuertatur, per quem & agnatus eſt, vt ſcripſimus ad *tit. præced. Pr.* 2. *illat.* 3. Teſtamento enim tutores dari poſſunt ij omnes cum quibus teſtamenti factio eſt, *l. teſtamento tutores* 21. *D. hoc tit.* Inde eſt, quòd cùm ſeruus proprius à domino hæres inſtitui poſſit; ita & teſtamento tutor rectè dari poteſt, adeóque & ſine libertate, quaſi hoc ipſo quod tutor ſcriptus eſt, liber quoque ſcriptus videatur; & quidem directò, non per fideicommiſſum, vt probauimus *ad Princip.* 1. *tit. præced. illat* 45. Cùm tamen ſi inſtituebatur olim hæres ſine libertate, inſtitutio non valebat ante Iuſtiniani conſtitutionem, quæ hoc emendauit in *l. quidam* 5. *C. de neceſſ. hæred. inſt.* Nempe quia in inſtitutione ſolus teſtamenti & libertatis fauor verſabatur; in tutela verò teſtamentaria triplex fauor, teſtamẽti, libertatis, & tutelę, id eſt pupilli, vt ea lex ait. Quòd ſi ſeruus ſit alienus, quẽ teſtator tutorem dare vult, adhuc eum dare poteſt, ſed ita, *cùm liber erit*; quomodo tamen non niſi inutiliter ſeruus proprius tutor ſcribi poſſet, vt ſequitur apud Iuſtinianum *in hoc tit.* Atqui legitima tutela, neque proprio, neque alieno ſeruo deferri vnquam poteſt, quia nunquam eſt ille agnatus, quippe qui omnino incognitus eſt iuri ciuili.

l. quidam 5. C. de neceſſ. hæred. inſt.

ILLATIO II.

De adiuuandis per interpretationem tutelis teſtamentariis.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt tutelæ teſtamentariæ, ſi qua de cauſa minùs ritè, minúſve apertè datæ videantur, adiuuandæ ſint interpretatione, vt valeant & habeant effectum. Sic enim adiuuari ſolent, debentque omnia, quę in iure fauorabilia exiſtimantur, *l. cùm quidam* 19. *D. de liber. & poſth. l. hoc modo* 64. *in fi. D. de cond. & dem.* Inde eſt quod Iuſtinianus ſcribit in *§. furioſus, hoc tit.* poſt Paulum *in l. furioſus* 11. *D. de tutel.* & Vlpianum in *l. ſi hæreditas* 10. *§. ſi furioſus, D. hoc tit.* reprobata Proculi ſententia, furioſum, vel minorem viginti quinque annis ſi tutor teſtamẽto datus ſit; tunc tutorẽ fore eùm compos mentis, aut maior annis 25. factus fuerit; quod & de minore ſcriptum eſt in *l. quæro* 32. *§. vlt. eo.* Quaſi tacitè ſubintellecta huiuſmodi conditione quæ tamen nullo modo expreſſa fuit. Sic & is cui fideicommiſſaria libertas relicta eſt, ſi purè tutor datus ſit, hic tamen tutor erit cùm fuerit manumiſſus, *l. qui tutelam* 28. *§.* 1. *D. hoc tit.* Item quod addit idem Iuſtinianus in *§. vlt.* Siquis filijs ſuis, vel filiabus tutores dederit, etiam poſthumo, vel poſthumæ, dediſſe illum videri, quia filij, vel filiæ appellatione & poſthumus & poſthuma contineri poſſunt, *l. nomen filiarum* 164. *De verb. ſignific. l.* 5. *D. hoc tit.* Quamuis qui filiabus legauit, non aliter videatur in eo legato de poſthuma ſenſiſſe quàm ſi qua alia teſtamenti parte fecerit poſthumæ mentionem, *l. qui filiabus* 17. *De legat.* 1.

Quòd ſi quis tutores liberis dederit, nepotibus quoque tutores dediſſe videbitur, non tamen ſimiliter, ſi filios dixerit, Aliter enim filij, aliter nepotes appellantur. Planè ſi poſteris dederit, liberi omnes etiam poſthumi continebuntur, vt *in huius tit. fine* Iuſtinianus ſcribit. Ex quo apparet benè Haloandrum in *l. quid ſi nepotes* 6. *D. de teſtam. tut.* vnde hic Inſtitutionum locus deſumptus eſt, vulgatam lectionem emendaſſe, & monuiſſe pro *poſthumis*, legendum *poſteris*. Nam certum eſt poſthumorum appellationem non poſſe cadere in eos liberos, qui iam ſunt in rebus humanis: *d. l. nomen filiarum.* Multò magis dicendum eſt, ſi quis ita tutorem dederit, *filiis meis Sempronium tutorem do*: in ea conditione eſſe, vt tam filijs quàm filiabus dediſſe videatur. Filiorum enim appellatione & filiæ continentur, *l. ſi quis ita* 16. *D. hoc tit. l. quiſquis* 116. *De verb. ſignific.* licèt non è conuerſo filiarum appellatione filij contineri poſſint, quia exemplo peſſimo eſſet, fœminino vocabulo maſculos contineri: *l. ſi ita ſit ſcriptum* 45. *De legat.* 2.

l. quid ſi nepotes 6. D. eod.

At quid ſi plures habens filios tutorem dederit filio? Et quamuis de hoc Pomponius dubitauerit, Vlpianus tamen in *dicta leg. ſi quis ita*, §. 1. magis eſſe putat vt filiis omnibus dediſſe videatur, *l. Seruius* 122. *De verb. ſignific.* vbi quod erat multò difficilius idem reſpondet Pomponius contra Seruium, eo quoque caſu, quo teſtator ita ſcripſerit, *filio filiiſque meis hoſce tutores do*, quo caſu putabat Seruius maſculis duntaxat tutores datos, quoniam ſingulari numero hoc *filio*, ad pluralem videtur teſtator tranſiiſſe, continentem eundem ſexum quem prior ſingularis numeri habuiſſet: Etſi concludit Pomponius, hoc facti magis quàm iuris habere quæſtionem; cùm poſſit fieri, inquit Pomponius, vt in ſingulari caſu de filio pater, ſenſerit, deinde plenius libertis omnibus proſpicere in tutore dando voluerit. Quibus verbis inſinuat nec ferè ſe dubitare, quin ſi teſtator *filio* tantùm tutorem dediſſet, nec adiecisſet *filiiſque meis*, non omnibus proſpexiſſe videretur, quæ tamen ipſius non tam ſententia, quàm dubitatio fuiſſe videtur ab Vlpiano relata & improbata, in *dicta leg. ſi quis ita*.

Difficilius illud videtur, nec minùs tamen verum eſt, quod ſequitur apud Vlpianum in *d. l. ſi quis ita*. Eum qui libertis, vel filiis tutores dedit ſi quos habuit apud hoſtes, etiam iis dediſſe videri, ſi non aliud apertè probetur teſtatorem ſenſiſſe. Quamuis verum ſit, eum eo qui apud hoſtes eſt, teſtamenti factionem non eſſe, cùm interim re vera ſeruus ſit hoſtium, non obſtante ſpe & fictione poſtliminij, quæ nec poteſt reddere filium patri, ſi quo tempore filius redit ab hoſtibus, pater iam tum defunctus reperiatur. Verum enim fuit dicere, eo inſtanti quo pater defunctus eſt, nec habuiſſe illum in poteſtate filium, nec habere in futurum vnquam potuiſſe: *arg. l. Gallus* 29. §. *videndum*, *D. de liber. & poſt.* Si quis tamen eùm ignoraret ſe filium Titium habere, filiis tutorem dederit, non videbitur ei dediſſe quem ignorauerit ſe habere in poteſtate, ſed in iis tantùm quos ſciuit ſe habere, Non quòd & hunc ipſum non admittat nomen filiorum, ſed quia de ipſo non ſenſiſſet pater. Quæ autem ex teſtamento pendent; non aliunde vim habere poſſunt, quàm ex voluntate teſtatoris. Proinde & ſi certus fuit pater, id eſt certò credidit, quamuis falsò vnum ex filij deceſſiſſe, qui tamen re vera ſuperſtes erat, idem erit dicendum, vt non videatur huic dediſſe tutorem, quem obiiciſſe credebat: *d. l. ſi quis ita*, §. *pen.* Sed ſi quis dederit poſthumis tutores, hique viuo eo naſcantur, magis eſt vt valeat datio, & vtilis ſit: *dict. l. ſi quis* §. *vltim.* quamuis non videantur in hunc caſum tutores dati, cùm poſthumi magis propriè ij dicantur, qui poſt parentis mortem naſcuntur, *l.* 3. §. 1. *D. de iniuſt. rupt.*

ILLATIO III.

De Prætore vel Conſule dato tutore in teſtamento.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt teſtamento etiam Prætor, Conſúlve tutor dari poſſit: *l. tutor* 10. §. 1. *D. hoc tit.* quia licèt tutela non niſi verbis imperatiuis dari poſſit, Inciuile autem & abſurdum videatur priuatum hominem imperare Prætori, vel Conſuli, aut alij cuilibet in dignitate & Reipublicæ adminiſtratione conſtituto, tamen lex 12. Tabularum eam voluntatem confirmat, vt Paulus ait *in d.* §. 1. ita vt non tam priuatus quiſpiam, quàm lex ipſa tutelam mandaſſe & imperaſſe videatur. Sed non facit ea res quin Prætor, Conſúlve, aut alius quilibet Magiſtratus iuſtam habeat excuſationem, ſi tutelam nolit ſuſcipere: §. *& qui poteſtatem*, *infr. De excuſ. tut.* Facit tamen vt ei neceſſaria ſit excuſatio, itémque vt ſi tutelam ſemel ſuſceperit, eam poſtea deſerere non poſſit, tanquam à lege ipſa & iure publico mandatam. §. *& qui poteſtatem infr. De excuſ. tut.*

ILLATIO IV.

De tutore dato ex tempore, & ad tempus, & ſub conditione.

QVartò ex eodem Principio fit, vt ex certo tempore, & ad certum tempus, & ſub conditione, & ante hæredis inſtitutionem tutor dari teſtamento poſſit: §. *ad certum tempus*, *hoc tit. l. tutor.* 8. §. 1. *l. ſi quis ſub condit.* 11. *De eo.* Eſt enim tam fauorabilis voluntas teſtatoris, vt eam lex ſemper confirmet ac ſubſequatur, dum ne quid teſtator ſanxerit contra leges. Planè ſi certæ rei vel cauſæ pater tutorem dederit, non valebit datio, quia perſonæ, non cauſæ, vel rei tutor datur, vt Iuſtinianus hic ſcribit ex Vlpiano in *l. certarum* 12. *cum duab. ſeqq. D. eod.* Præterquàm ſi tutor rei Syriacæ, vel Africanæ datus proponatur. Hoc enim iure vtimur propter vtilitatem pupillorum vt valeat huiuſmodi datio, vt ſubiungit ex Vlp. in *l. ſi tamen.* 15. *eod.* De quo plura ſcripſimus *ad Pr. 1. tit. præced. illat.* 3.

ILLATIO V.

De tutela data in codicillis teſtamento confirmatis.

QVintò ex eodem Principio fit, vt quamuis lex 12. tabularum non aliter videatur permiſiſſe teſtatori dationem tutoris, quam ſi ſimul hæredem inſtitueret, ita vt tutor ſeparatim ſine pecunia dari non poſſit, vt Paulus ſcribit in *l. ſæpe* 54. *verſ. at cum dicitur*, *De verb. ſignif.* inſtitutio autem conferri in codicillos nequeat, quia hæreditas codicillis neque dari, neque adimi poteſt: *l. quod per manus* 10. *D. de iur. codic. l. quidam* 27. §. 1. *De cond. inſtit.* tutela tamen codicilis data valeat, ſi modò codicilli teſtamento fuerint confirmati: *l.* 3. *D. hoc ti.* nempe quia non eo minùs teſtamentum eſt, vt codicillos confirmare poſſit quod tutelæ dationem nullam contineat. Nullum autem eſſet, ſi inſtitutionem hæredis nullam contineret: *d. l. quod per manus*, §. *ante hæredis*, *infr. De legat.*

ILLATIO VI.

De ſupplendo defectu tutoris teſtamentarij ex die vel ſub conditione dati.

SExtò ex eodem Principio fit, vt ſi quis ſub conditione, vel ex die tutorem dederit, medio tempore alius tutor dandus ſit, idémque ſi hæreditas

Digitized by Google

ditas ex cuius aditione tutor ſperatur, nondum adita fuerit, ab extraneo ſcil. inſtituto, filio exhæredato, quamuis habeat pupillus agnatum, qui legitimus tutor eſſe poſſet ſi legitima tutela locum haberet: Quandiu enim teſtamentaria tutela ſperatur, quæ fauorabilior eſt, ceſſat legitima quę eſt minùs fauorabilis: *l. ſi hæreditas 10. in princip. dicta leg. ſi quis ſub conditione 11. D hoc titul.* vbi addit Vlpianus, Etſi ſemel ad teſtamentarium tutela deuoluta fuerit; deinde excuſatus ſit tutor teſtamentarius, adhuc dicendum eſſe in locum excuſati alium dandum, non ad legitimum tutorem redire tutelam; Quaſi fauorabilior ſit, qui datur in locum teſtamentarij excuſati, tanquam propiùs accedens ad teſtamentarium, quàm qui legitimus eſt; Licèt tutela legitima præferatur datiuæ, vbi teſtamentaria nulla eſt, vel ſi tutor teſtamentarius deceſſerit: *l. 1. l. inteſtato 6. & paſſ. D. de legit. tutor.* Idem dicemus etſi tutor teſtamentarius remotus ſit; nam & hic idcirco abit vt alius detur in eius locum, non vt legitimus admittatur. Tunc tantùm ergo ad legitimum tutela redit, cùm teſtamento datus tutor deceſſit, quia hîc ceſſat Senatuſconſultum quod de ſubſtituendis tutoribus factum eſt, *d. l. ſi quis §. quòd ſi tutor.* Planè ſi duo plurésve fuerint tutores teſtamentarij, in locum eius qui deceſſit, vel in ciuitate eſſe deſiit, adhuc dicendum erit alium dandum eſſe, ita vt non aliter legitima tutela ſuccedat, quam ſi nullus ſuperſit, vel in ciuitate ſit: *§. vlt. eiuſd. leg.* Eſſet enim perabſurdum, quandiu aliquis ex teſtamentariis ſupereſt, admitti legitimum ſimul cum teſtamentario; Quamuis in hæreditatibus non ſit abſurdum, vt ex poſtfacto hæres legitimus cum teſtamentario concurrat: *l. circa 24. D. de inoff. teſt.* Nempe quia in locum hæredis teſtamentarij qui in lite de inofficioſo ſuccubuit, alius nemo ſubſtitui poteſt à magiſtratu; quomodo poteſt ſubſtitui tutor à magiſtratu non modò in locum excuſati, ſed etiam in locum demortui tutoris, ſi quis adhuc teſtamentarius alius ſuperſit.

ILLATIO VII.

De non exigenda ſatiſdatione à tutoribus teſtamentariis.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt tutores teſtamentarij ſatiſdare non cogantur, *l. teſtamento 17. l. ſi nemo 59 §. 1. D. hoc tit.* Viſus enim eſt hic honor præſtandus teſtamentariis tutoribus tanquam fauorabilioribus, cùm habeant pro ſe iudicium defuncti.

ILLATIO VIII.

De ſeruo tutore dato per teſtatorem, quem liberum eſſe putabat.

OCtauò ex eodem Principio fit, vt ſi quis tutorem filio ſuo dederit ſeruum, quem putabat liberum eſſe cùm eſſet ſeruus, is neque liber neque tutor ſit, *l. ſi quis tutorem 12. D. hoc tit.* quia licèt teſtamentariæ tutelæ pupillique fauor contrariam ſententiam elicere videretur, nullo tamen fauore dignus eſſe poteſt, qui pro ſe non habet teſtatoris voluntatem, quæ ſcil. errantis hominis nulla eſſe poteſt: *vulg. l. ſi per errorem 15. D. de iuriſdict.* Cùm teſtamentariæ tutelæ fauor, vt initio præfati ſumus, ex iudicio & voluntate teſtatoris potiſſimùm deſcendat. Ideóque nec tutoris datio valet, ſi non conſtet vtri ex filiis, aut vtrum tutorem dare pater voluerit: *l. tutor 23. l. duo 30. D. hoc tit.*

ILLATIO IX.

De tutore qui ab vna tutelarum ſe excuſat.

NOnò ex eodem Principio fit, vt duobus pupillis tutor datus, etſi alterius tutela ſe excuſat, alterius tamen tutor maneat, ſi res ſint ſeparatæ: *l. duobus 25. D. hoc tit.* quod in legatis aliiſque rebus coniunctim relictis diuerſum eſſet, Nec enim facilè auditur qui vult inducere diuiſionem voluntatis: *l. eum qui 18. §. vlt. D. de his quæ vt indign. l. legatarius 38. De legat. 1. l. 4. De legat. 2.* quamuis placeat duobus legatis relictis, ſcil. ſeparatim (alioqui vnicum legatum eſſe videtur, ac proinde æquè indiuiduum, etiamſi res legatæ ſint inuicem ſeparatæ, putà ſi teſtator dixerit, *Titio fundos Cornelianum & Sempronianum do lego*) poſſe legatarium vnum repudiare, alterum verò amplecti: Dum ne vnus ex iis onus habeat, & ille ſit, qui repellatur, vt ſcriptum eſt in *l. ſed duobus 4. eod.* Sed in tutela teſtamentaria duorũ pupillorũ coniunctim vni eidémque tutori relicta diuerſum eſt, quia non tutoris fauor aliquis in eo verſatur, vt legatarij in legato, ſed ſolius pupilli & reipublicæ Illud tamen omnimodo requiritur, vt huiuſmodi pupillorum patrimonia ſint ſeparata. Alioqui ſi vnius adminiſtratio ſine alterius adminiſtratione expediri non poſſit, neque fieri poterit, vt qui ab vnius tutela ſe excuſauit, alterius ſuſcipiat. Ergo hoc caſu excuſatio non admittetur; quod & Bar. ſentit, & probant verba illa legis *alterius tutela ſe excuſare poteſt, cùm res ſeparatæ ſunt.* Ergo non poteſt ſi ſeparatæ non ſunt. Facit *l. ſi communem 10. D. quemadm. ſeruit. amitt.*

ILLATIO X.

De pupillo agente cum vno ex tutoribus quos plures habet.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt ſi plures tutores teſtamento dati ſint, & cum vno ex iis agendum pupillus habeat, non ideò tamen litis cauſa curatorem à Prætore poſci oportet: Id enim ſuperuacuum eſſet, ſiquidem altero tutore autore cum altero agi poſſet: *l. ſi plures 24. eod.* Cùm enim teſtamentaria tutela ſit omnium fauorabiliſſima, cur volumus requirere datiuam vbi teſtamentaria ſufficit? Aut cur curatorem ad litem, cùm adeſt tutor multò dignior, tanquam qui non ſolùm teſtamento, ſed etiam in omnem cauſam datus ſit? Quamquam non nego & in pluribus tutoribus legitimis idem tractari poſſe: *l. ſi tutor 9. §. & generaliter, D. de tutel. & ration. diſtr. l. 1. C. de in lit. dand. tutor.* Curatoris ergo datio hoc caſu non tantùm ſuperuacua, ſed etiam inutilis eſt: *l. curator pupillo 11. D. de tutor. & cur. dat.*

ILLATIO XI.

De tutore dato filio exhæredato in teſtamento, quod ille velit inofficioſum dicere.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt ſi pater filio ſuo exhæredato tutorem dederit in eo teſtamento, quod filius ipſe velit inofficioſum dicere, eundem tutorem interim à Prætore confirmari oporteat: *l.iure noſtro 26.§ vltim.D. hoc tit.* ne tutor datiuus inducatur quandiu teſtamentarius aliquis eſſe poteſt. Etſi enim futurum eſt in eum caſum, quo per querelam teſtamentum reſcindatur, vt appareat tutoris dationem non valuiſſe, vt nec cætera eodem teſtamento relicta: quia tamen fieri poteſt vt pro teſtamento contra filium iudicetur, quod & in dubio præſumendum eſt, *arg. l. ſi pars* 10. *D. de inoff. teſtam.* euentus rei iudicatæ expectandus eſt, non vt confirmetur tutor, ſed vt ſciatur, an ex teſtamento patris, an ex decreto Prætoris autoritatem ille acceperit. Idémque erit, ſi teſtamentum falſum dicatur, & patrem inteſtatum deceſſiſſe. Nam in dubio præſumimus pro ſcriptura teſtamenti: *l.idem fiet* 27.*D.hoc tit.* At cur tutoris huius confirmatio neceſſaria eſt, cùm teſtamentum interim valeat quandiu per querelam non eſt reſciſſum? Nempe quia cùm filius, cui pater tutorem dedit, querelam velit proponere, non eſt cogendus quicquam facere vel pati, per quod iudicium patris adprobare videatur, quoniam ea res ſummoueret ipſum à querela: *l. pen. §. pen. & vlt. & l. vlt. D. de inoff. teſtam.* Adprobaret autem iudicium patris, ſi eum tutorem quem pater eo teſtamento dedit, haberet pro bene dato. Ergo aliud erit hodie poſtquàm Iuſtiniano placuit, *Nouell.* 115. *Vt cùm de appellat. cognoſc. §. aliud quoque capitulum*, vnde ſumpta eſt *Auth. ex cauſa, C. de liber. præter.* vt rupto per querelam teſtamento ex cauſa exhæredationis, tutelæ tamen conſeruentur, vt & cætera omnia eodem teſtamento data præter hæredum inſtitutiones, quamuis non poſſint tutelæ dari niſi in teſtamento, & quidem iure facto, aut ſaltem in codicillis teſtamento confirmatis, *l.3. D.hoc tit.*

Quamquam mirum ſanè videtur, vt quod ipſi filio teſtamentum rumpenti datum eſt, conſeruetur: Nam ſi quid ei legatum eſſet, amitteret; nec ad hunc caſum pertineret quod dicimus legata eo teſtamento data per Iuſtiniani legem conſeruari: *l. poſt legatum* 5. §. 1. *De his quæ vt indign.l.filium* 5. § *omnibus*, vbi Bar. *D. de leg præſt l.Papinianus* 8.§.*meminiſſe, D.de inoff.teſt. l.quæſitum* 40. *D.de acquir.hæred.* Ea namque ſola conſeruantur, quorum amittendorum non alia ratio eſt, quàm quia teſtamentum ruptum fuerit, non etiam ea quæ amitterentur, etiamſi pronunciatum eſſet pro teſtamento quod inofficioſum dictum fuit.

Sed alia tutelæ ratio eſt, quæ ſc. non conſiſtit in commodo aliquo pecuniario vt legatum & fideicommiſſum, ſed in eo quod publicæ quoque vtilitatis fauorem admixtum habeat. Nam & ſi rupto teſtamento per querelam teſtamentaria tutela infirmaretur, alius tamen tutor pupillo dandus eſſet, quem porrò meliorem dare Magiſtratus non poſſet, quàm qui à patre ipſo electus fuit. Deinde legata quæ amittuntur ob indignitatem eius qui teſtamentum inofficioſum dixit, ideò amittuntur, non quod deſinant valere (ſic enim fieret, vt remanerent penes hæredem) ſed quia pertinent ad fiſcum: Quod non ſimiliter dici poteſt de tutela, quæ onus eſt, non lucrum. Fiſcus enim lucra ſola inuadit, onera verò nemini inuidet. Denique licèt tutor pupillo detur, tutela tamen non ipſi datur, ſed ei qui teſtamento tutor ſcriptus fuit. Cùm ergo diximus conſeruari tutelam tametſi is qui tutorem accepit teſtamentum dixerit inofficioſum, non conſeruamus, id quod rumpenti ipſi datum & relictum eſt, ſed quod alij, nimirum tutori, qui licèt tanquam tutor inofficioſum teſtamentum dicat pupilli ſui nomine, ea tamen quæ ſibi ex propria perſona relicta ſunt, in quorum numero tutela eſt, non amittit; quippe quem officij neceſſitas excuſat: *l.tutorem* 12. *D. de his quæ vt indig.* Neque verò ſi tutelam eum amittere quis diceret, damnum tamen ei vllum infligeret, at lucro potius eum afficeret, quem ab onere iniuncto liberaret. Quod ab Accurſio, Bartolo, aliiſque Interpretibus non ſatis benè videtur obſeruatum.

l tutorem 22.D.de his quæ vt indign.

ILLATIO XII.

De confirmando tutore teſtamentario minùs ritè dato.

DVodecimò ex eodem Principio fit, vt quamuis eos demum tutores teſtamento datos accipere nos oporteat, qui iure dati ſunt, *d.l.3. in fi. D. hoc ti.* Siquis tamen minus ritè tutorem dederit, cui non potuit, aut vbi non potuit, aut quando non potuit, adhuc tamen confirmandus ſit tutor, & quidem omnimodo & ſine inquiſitione, ſi pater ſit qui dedit; aut cum inquiſitione, ſi mater, aut patronus: *l.1. 2. 3. & paſſ. D.de confirman.tutor.l.qui tutelam* 28.*§.vl.hoc ti.* ita vt legitimo tutori præferatur: Non quòd verè ſit teſtamentarius, cùm potiùs ſit datiuus (is enim dat qui confirmat, *d.l. iure noſtro §. vlt. hoc tit.l.*1.*C.de confirm.tut.l. lege obuenire* 130. *De verb ſignific.l qui negotiationem* 58.*§.teſtamento, D. de adminiſtr.tutor.l.pen. in princip. D.de curat.furioſ.* ſed quia teſtamentario ſimilis eſt in eo quod habet pro ſe voluntatem teſtatoris, ideóque nec ſatiſdat, perinde ac ſi tutor teſtamentarius eſſet: *d.l.3. De confirmat.tutor.* ſapítque naturam teſtamentarij vt poſt Dyn. loquitur Bart. ad *dict.leg.*1.*num.*5.*& 6.eod.tit.*

Sed hæc tamen ita ſunt accipienda, ſi perſona, cui pater tutelam dedit, capax ſit tutelæ. Nam ſi pater tutelam communium liberorum teſtamento ſuo matri mandauerit, non erit tutor à Prætore confirmandus, inſpecta iuris veteris ratione quæ non patiebatur, vt mulier tutrix eſſe poſſet, niſi id à Principe ſpecialiter impetraſſet: *l.vlt.D.de tutel.* Quare nec, ſi prouinciæ Præſes imperitia lapſus patris voluntatem ſequendam decreuerit, ſucceſſor eius ſententiam, quam leges noſtræ non admittunt, rectè ſequetur: *d.l.iure noſtro in princip.* Quod tamen hodie non obtinet, cùm iure nouo liceat matri, & auiæ, propriorum liberorum ſuſcipere tutelam ſi velint: *Nouell* 118. *De hæred ab inteſt. venient. cap.*5.*§.ex hic autem.* Vnde ſumpta eſt *Auth. matri & auiæ C. quand.mul.tutel.offic.fung.pot.*

ILLA

Digitized by Google

ILLATIO XIII.

De eo qui ſe teſtamento patris tutorem adſcripſit pupillo.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit, vt quamuis ex ſententia Senatuſconſulti Liboniani tutor eſſe non poſſit is, qui ſe teſtamento patris pupillo tutorē adſcripſit (verba enim quæ loquuntur de eo qui adſcribit ſibi commodum, non poſſunt ad hunc pertinere qui onus ſibi adſcribit,) ſi tamen patris voluntas hoc ipſum manu ſua declarantis ambigua non ſit, hunc quoque curatorem dare Prætor debeat, etiamſi alij tutores eſſent, *l. ex ſententia 29. D. hoc tit.* quia licèt neque tutor ſit ipſo iure, neque tanquam tutor confirmari poſſit à Prætore, vtrumque impediente autoritate & ſententia Senatoſconſulti Liboniani, tantus tamen eſt fauor tutelæ teſtamētariæ propter voluntatem teſtatoris, vt eo ſaltem modo cōfirmandus ſit, quo confirmari poteſt, id eſt tanquam curator. Nihil. n. fit contra ſententiam, non magis quàm contra verba Senatuſconſulti Liboniani, cum tanquam curator confirmatur is, qui non curatorem ſe ſcripſerat, ſed tutorem. Quinimò ſpecialia duo ſunt in hoc curatore, quæ in alio quolibet tutore non eſſent; Sc. vt neque admittenda ſit eius excuſatio, ſi quam iure publico habeat, quia promiſiſſe videatur ſe tutelam ſuſcepturum, cùm ſua manu tutorem ſe ſcripſit, neq; tanquam ſuſpectus remoueri, quamuis manu ſua ſe tutorē ſcripſerit, quia idem quoq; pater ipſe manu ſua ſcripſit; vt eleganter Papin. ratiocinatur in *d. l. ex ſententia.*

l. ex ſententia 29. D. hoc tit.

Neque tamen huic conſequens eſt quod poſt Accurſium Bart. tractat ad *d. l. ex ſententia n. 5.* ſi quis legata aliqua, vel fideicommiſſa ſibi manu ſua adſcribat, vel teſtamenti tempore præſens fuerit, & acceptans, non poſſe illum poſtea repudiare, quod ſibi relictum eſt. Nam imò repudiare poterit cum erit delatum: nec ei nocebit acceptatio facta viuo teſtatore, cùm eo tempore non eſſet in ea cauſa legatum, vt vel agnoſci poſſet, vel repudiari. Prius enim eſt, vt ſit delatum, *l. ſi ita ſit ſcriptum 45. §. 1. De legat. 2. l. 1. §. decretalis, D. de ſucceſſ. edict.* Delatio autem non fit priuſquàm dies cedat, id eſt ante mortē teſtatoris, *tot. titu. quand. dies legat. ced.* Tutelæ alia ratio eſt, Nam cùm ſit munus publicum recuſari numquam poteſt niſi ab iis qui iure quoque publico iuſtam habent excuſationem, vt loquitur Papin. in *d. l. ex ſententia.* Excuſatio autem quocunque voluntatis indicio facile remittitur, nec minùs viuo teſtatore ſi tutor ſe tutelam ſuſcepturum ei promiſerit, quàm ſi poſt mortem teſtatoris ea promiſſio facta eſſet, ne alioqui decipiatur pater, qui alium tutorem dediſſet, ſi hic nihil promiſiſſet. At non decipitur teſtator, legatario, vel fideicommiſſario liberalitatem repudiante, quam agniturum ſe promiſerat; cùm è contrario faciat ea repudiatio, vt tantò ſit opulentior hæreditas quæ legatis illis & fideicommiſſis, agnita forent, fuiſſet delibata.

Nec illud quòque verum eſt quod addit Bar. Si ſcribam me tibi debere centum ex aliqua cauſa, putà mutui; licèt non adiecerim, quòd iſta promittam; videri tamen me promittere. Si enim tacitè promiſſio iſta induceretur, ſtipulatio quoque interceſſiſſe crederetur acta te inter præſentes: *l. 1. C. de contr. & commit. ſtipul.*

l. ſciendum 36. D. de verb. obligat. Atqui ſtipulatio cùm ſit verborum obligatio numquam inducitur ſine verbis, niſi cùm legis poteſtate id fit, vt in ſpecie *l. vnic. C. de rei vxor. action.* Neque verò ex neceſſitate ſcripturæ huius poteſt inferri factam eſſe vllam promiſſionem, cùm poſſit ea ſcriptura prodeſſe ad probandam veritatem & cauſam debiti, quod ſatis eſt, vt non inutilis videatur. Deinde, quid ſi quis ſcripſerit centum ſe debere ex cauſa pacti nudi; Cur obſecro credendus ſit promiſiſſe per ſtipulationem, quod non niſi ex pacto nudo debeat? Aliud ergo eſt ſcribere ſe debere, Aliud promittere. At non aliud eſt ſcribere ſe tutorem dictante teſtatore, aliud promittere teſtatori ſe tutelam ſuſcepturum, quoniam alioqui deciperetur teſtator qui alium tutorem ſcriberet, aut dictaret, ſi hic ſeipſum ſcribere recuſaret.

ILLATIO XIV.

De tutore dato filiæ exhæredata in teſtamento poſtea reſciſſo per querelam.

DEcimoquartò ex eodem Principio fit, vt ſi pater exhæredatæ filiæ tutores dederit, & teſtamentum eius poſtea ruptum ſit, nato poſthumo, commodiſſimum ſit eoſdem tutores pupillæ dari ad petendam inteſtati patris hæreditatem, *l. ſi pater 31. hoc tit.* Vt ſcilicet quantum fieri poteſt voluntas defuncti retineatur, qua nihil fauorabilius eſt, tametſi teſtamentum ruptum ſit agnatione poſthumi; cùm ſuprà diximus eam voluntatem ſequendam eſſe, etiam reſciſſo per querelam teſtamento, *d. l. iure noſtro, §. vltim.* qui tamen caſus multò dubitabilior eſt, cùm per querelam reſcindantur iudicia defuncti tanquam dementis & inſani, *l. 2. 4. & 5. l. Titia 13. D. de inoff. teſtam.* vbi dicitur ob hanc cauſam nec vllius momenti eſſe clauſulam codicillarem in eiuſmodi teſtamento adiectam.

l. ſi pater 31. hoc tit.

ILLATIO XV.

De tutore teſtamentario dato per eum qui non ſit eiuſdem ciuitatis.

DEcimoquintò ex eodem Principio fit, vt quamuis magiſtratus municipalis non poſſit dare tutorem, niſi illum qui ab eodem municipio, vel ab agro eiuſdem municipij eſt, *l. 3. D. de tutor. & curat. dat.* quia ſc. non habeat ius dandi tutorem niſi his veluti finibus coarctatum, teſtator tamen tutores teſtamento dare poteſt etiam eos qui non ſint eiuſdem ciuitatis ciues, *l. quæro 32. D. hoc tit.* Nempe quia teſtamentariæ tutelæ latiùs patent, tanquam fauorabiliores, cùm eas lex duodecim tabularum confirmet: *l. tutor incertus 20 §. 1. D. eo.*

ILLATIO XVI.

De ſpectandis potiſsimum verbis quibus data eſt tutela teſtamentaria.

DEcimoſextò ex eodem Principio fit, vt in decidendis quæſtionibus quæ circa tutelam teſtamentariam emergunt, verba teſtamenti

potiſſimùm ſpectanda ſint, vt voluntas teſtatoris ſeruetur, ne alioqui facilè accidat vt contra voluntatem fiat quod ex voluntate proficiſcitur; Vt in ſpecie *l. penult. D. hoc tit.* vbi Iauolenus refert, tutoribus ita datis, *Lucium Titium tutorem do: ſi is non viuit, tum Caium Plautium tutorem do*: cùm Titius vixiſſet, ac tutelam geſſiſſet, poſtea mortuus eſſet ſuperſtite Plautio, Trebatium negaſſe tutelam ad Plautium pertinere, Proculum verò & Labeonem contrà. Sed magis probat ſententiam Trebatij, quia illa verba, *ſi is non viuit*, ad tempus mortis præciſè referuntur propter articulum, *tum*, vel *tunc*, qui ſignificat temporis & quidem longinqui extremitatem, vt Bart. ait ex *l.4.§.1. De condit.& demonſtr.* Alioqui verbum, *viuit*, cùm ſit præſentis temporis refertur ad tempus teſtamenti, *l.cùm ad præſens 37.D.de reb.cred.l.ſi ita 8. de aur.leg.* ac proinde cùm defecerit conditio, ſub qua Plautius tutor datus fuit, non poteſt ad eum tutela pertinere: *l.tutor 8.§.1.eod.* Proculum tamen & Labeonem in contrarium præcipuè mouiſſe videtur fauor teſtamétariæ tutelę, quam ęquum eſt conſeruari & produci quantum fieri poteſt: Maximè cùm poſſit teſtamento tutor dari & ex tempore, & ad tempus, *d. l. tutor, §.tutorem.* Sed pro Trebatio & Iauoleno reſpondendum eſt fauorem teſtamentariæ tutelæ non aliunde quàm ex vltimæ voluntatis fauore deſcendere. Nihil igitur hoc prætextu audendum eſſe contra vim expreſſam verborum, ex quibus demùm voluntas colligi poteſt. Aliud igitur eſſet, ſi verba fuiſſent extenſiua, nec ad certum tempus reſtricta, vel fuiſſent ita concepta, *Lucium Titium tutorem do, Poſt Titium Plautius tutor eſto.*

ILLATIO XVII.

De tutoribus datis in locum eorum qui mortui credebantur.

l.vlt.eod. tit.

DEcimoſeptimò ex eodem Principio fit, quod Scęuola reſpondit in *l.vlt.D.eod.* Cùm teſtator quidam codicillis ſuis ideò alios tutores ſe dare ſignificaſſet, quoniam teſtamento datos quoſdam defunctos eſſe, aut excuſationem habere poſſe comperiſſet, nihilominùs eos qui ex ipſis viuerent, nec excuſati eſſent, tutores permanere, & quidem ita vt qui in codicillis dati ſunt, non ſint tutores; quomodo rectè Bartolus, Baldus, & alij ſentiunt poſt Dynum, Nempe quia ex verbis teſtamenti, apparet non eam fuiſſe mentem teſtatoris, vt omnes ſimul tutores eſſent, nec rurſum vt per poſteriorem dationem priores reuocarentur: Nam ex ratione, quam teſtator expreſſit ſuæ voluntatis, colligimus non obſcurè ipſius voluntatem: *l.vl. D.de hæred.inſtit.l.cùm pater 77.§.dulciſſimis, de legat.2.*

Quare ad rem non pertinet ſi quis obiiciat ex *l.2.C.eod.tit.* tutorem teſtamentarium non excludi per codicillarem, ſed ambos tutores eſſe. Tunc enim id obtinet cùm ambo ſimpliciter dati ſunt, vt benè reſpondet Bartolus; non autem cùm expreſſa ea cauſa quæ oſtendat, non fuiſſe teſtatorem venturum ad poſteriorem dationem, ſi priorem valere poſſe credidiſſet.

Minus obſtat ſi quis dicat, In tutelis teſtamentariis, vt in cæteris omnibus vltimis voluntatibus, ſcripturam & conditionem nouiſſimam ſpectandam eſſe, non vt in libertatibus leuiſſimam conditionem, *d. l. tutor 8 §. vlt. & l.ſi hæreditas 10.§.1. D.hoc tit.l.quod traditum eſt 87.cum duab.ſeqq. D.de condit. & demonſtr.* Nouiſſima enim ſcriptura ea accipienda eſt, non quæ poſtremo loco dictata aut ſcripta eſt, ſed quam teſtator nouiſſimam eſſe voluit, cùm voluntas ſola ſit illa quæ facit vt omnia valeant, quæ teſtamento data ſunt; vt de legatis ſcriptum eſt in *l.ſi mihi & tibi 12.§.vlt.de legat.1.l.ſi quis in principio 22. De legat.3.* Non fuit autem in propoſito vltima teſtatoris voluntas, quam ille expreſſit in codicillis, quamuis poſt teſtamentum factis, quia non eos tutores daturus fuiſſet, ſi putaſſet futurum vt quos priùs dederat, tutores eſſe poſſent, & vellent.

Quod autem obiici ſolet de procuratore, Per dationem vltimi, primum videri reuocatum, ex *l.ſi quis cùm procuratorio 31. D.de procurat.§.vltim.* longè diuerſam rationem habet, quam nec Bart. ignorauit ad *dict.l.ſi hæreditas §.1.* Nempe quia plures tutores, licèt diuerſis temporibus dati, eodem tamen tempore confirmantur, quod in pluribus procuratoribus non obtinet diuerſo tempore datis. Quòd ſi ſimul dati ſint omnes ſunt procuratores exemplo tutorum, ſed ita vt melior ſit conditio occupantis in ea re in qua occupat, ne mutuò ſe impediant: *l.pluribus 32.eod.*

ILLATIO XVIII.

De tutore dato liberis, etiam exhæredatis.

DEcimooctauò ex eodem Principio fit, vt etiam exhæredato filio tutorem dare pater poſſit, perindéque valeat datio ſi modò hæreditas ex eo teſtamento adeatur, *l.pater 4. D.h.t.* Eſt enim æquè fauorabilis hæc tutela cùm ſit teſtamentaria, atque ſi filio inſtituto facta eſſet, ſiue patris voluntatem vltimam ſpectes, ſiue filij vtilitatem, ad quam hoc maximè pertinet vt qui ex bonis patris nihil habet, ſaltem à prouidentia paterna id habeat quod ſine diſpendio & diminutione hæreditatis paternæ futurum ſit. Et quemadmodum filio exhæredato pupillariter ſubſtituere poteſt, fideicommiſſum autem vel ab eo, vel ab ipſius ſubſtituto aut legitimo hærede relinquere non poteſt, *l. ſi adrogator 22.§.1.D.de adopt.l.2.l.cohæredi 41.§.cùm filia, De vulg. & pupill.ſubſtit.* quia ſubſtitutio pupillaris honor pupilli, fideicommiſſum verò onus grauari eſſe creditur, ita & filio impuberi exhæredato tutorem dare pater poteſt, propterea quòd id honorificum & vtile futurum ſit filio, quamuis tutori onerosum. Et de huiuſmodi tutore teſtamentario, id eſt qui impuberi exhæredato datus ſit, accipi debet quod ſcribit Pomponius in *l. ſi nemo 9. D. hoc tit.* Si nemo hęreditatem adierit, nec tutelam valere, nec aliud quicquam ex iis quæ teſtamento ſcripta ſunt: ſi verò vnus ex pluribus adierit, tutelas ſtatim valere, nec expectandum eſſe vt omnes hæreditatem adeant. Itémque quod Vlpian. in *l.ſi hæreditas 10.eod.* Si hæreditas nondum adita ſit, ex qua, id eſt ex cuius aditione, aut ſi mauis, ex qua aditione tutor ſperatur, verius eſſe alium tutorem poſſe dari, quaſi nondum ſit, nec ſperetur. Nam ſi ponetes iis locis inſtitutum

l.pater 4. D.hoc tit.

fuiſſe

fuiſſe filium in poteſtate impuberem cui tutor datus fuit, fruſtra & perperam lex loqueretur de aditione, cùm ſui hæredes non dicantur adire, ſed ſe immiſcere: nec hæreditatem acquirere ſed retinere, *l. ſi patronus 12. §. vltim. De bon libert.* Fruſtra etiam lex requireret aditionem, quæ numquam in ſuis hæredibus neceſſaria eſt, *l. in ſuis 14. D. de ſuis & legit. l. in ſuis 11. D. de liber. & poſthum.* cùm ſint ipſo iure & ſtatim hæredes ex teſtamento, etiam poſt datum illis à Prætore beneficium abſtentionis, *leg. 1. §. qui ſunt in poteſtate, D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtamen.* imò etiam poſtquam ſe abſtinuerunt, *leg. cum quaſi 30. §. ſed eſſi ſuus, D. de fideicommiſſ. liber.* Nec tantùm quod ad iuris ciuilis vigorem attinet, verùm etiam quod ad Prætorem, *leg. ita tamen 27. §. ſi pater, D. ad SC. Trebellian.* licèt dici ſoleat, filium qui ſe abſtinuit non haberi à Prætore hæredis loco: *leg. ſi filius 12. D. de interrog. in iur. fac.* Nimirum quod ad hoc vt à creditoribus hæreditatis conueniri, vel debitores hæreditarios conuenire ipſe poſſit, *leg. neceſſariis 57. D. de acquir. hered.*

Itaque parum ſubtiliter facit Bartol. qui ad *dict. leg. ſi hereditas*, torquet ſe vt inquirat, Cur in ſpecie *illius legis* alius tutor dandus ſit iacente hæreditate: Cùm, inquit, teſtamentarius confirmatus ſit per exiſtentiam ſui hæredis quæ pupillares etiam tabulas confirmare ſolet: *leg. filius 41. D. de acquirend. heredit.* Adhuc vero inſubtilius, cùm reſpondet intelligendum eſſe Vlpianum de eo caſu quo exiſtentia ſui hæredis non operabatur: quod ſolet ille dicere duabus potiſſimum de cauſis euenire, Aut quia ſubſtitutum vulgarem habeat ſuus hæres, aut quia extraneum cohæredem. Sic enim ille ad *dict. leg. ſi nemo, & ad l. Iulianus 42. de acquir. hered.* & alibi ſæpe. Quæ tamen traditio, tanquam à Iureconſultorum traditionibus alieniſſima, à nobis confutata eſt *in ſecunda parte Chiliadis noſtræ, De error. pragmat.* Debuerat Bartol. dicere ſupradictis locis datum fuiſſe tutorem filio impuberi exhæredato; Quo caſu non poteſt ſui hæredis exiſtentia confirmare tutelam, quandiu poteſt confirmari exhæredatio per aditionem hæreditatis ab extraneo hærede faciendam? Multò minùs poſteaquàm adita eſt hæreditas, quamuis vno caſu poſſit adhuc ſuus hæres eſſe is qui exhæredatus fuit, nempe ſi teſtamentum deſtituatur nemine ex eo adeunte, ne alioqui teſtamentum per omnia irritum, ad ſolam exhæredationis notam profeciſſe videatur: *leg. filium 10. D. de honor. poſſeſſ. contr. tabul. & dict. leg. ſi patronus 12. §. ex teſtamento, D. de bon. libert.*

Proinde extra rem illud etiam eſt quod notat Bartol ad *dict. leg. ſi hereditas*, poſſe dari tutorem impuberi ad vnum articulum, puta ad hæreditatem adeundam, *leg. impuberi 9. D. de tutor. & curat. dat.* Non enim ait Vlpianus in *dicta leg. ſi hereditas*, dandum eſſe tutorem impuberi ad adeundum, ſed ad perſonam ipſius regendam, & patrimonium ſi quod ei obueniret aliunde quàm à patre, dum extranei aditio expectatur. Quare nec diſtinctio illa neceſſaria eſt, quam ponit Bartol. an certum ſit hæreditatem eſſe locupletem, an incertum & dubium. Supponit enim tractare Vlpianum de impubere hærede inſtituto, quod nos negamus. Ergo & quod idem Bart. ſubiungit tutorem datum ad certum articulum, non habere neceſſe facere inuentarium, vt neque curatorem datum ad litem ex nota. in *l. de creationibus, C. de Epiſcop. audient.* etſi verum eſt, æquè tamen ab Vlpiani ſententia & propoſito abhorret.

d. l. ſi hereditas.

ILLATIO XIX.

De tutore teſtamentario non dando niſi verbis imperatiuis & Latinis.

DEcimonond ex eodem Principio fit, vt tutor teſtamentarius olim dari non potuerit niſi verbis legitimis, id eſt non tantùm imperatiuis, ſed etiam Latinis: quia non alio iure permiſſum eſt teſtatori vt det tutorem, quàm quia permiſſum ei eſt legem facere iis verbis, *vti legaſſit*, lex autem à populo Romano non fit, niſi verbis Latinis. Sed hoc tamen ab Impp. Theodoſio & Valentiniano tandem immutatum eſt in *l. vlt. C. hoc tit.* vbi conſtituerunt vt tutores etiam Græcis verbis in teſtamento dari poſſint, ita vt benè ac iure dati videantur, ac ſi legitimis verbis eos teſtator dediſſet: Fauore nimirum tutelæ teſtamentariæ, quam æquum fuit hoc modo ampliari, vt tanto liberior eſſet licentia parentibus teſtamento tutores liberis dandi.

ILLATIO XX.

De tutoribus teſtamentariis quòd non ab hærede, ſed à teſtatore proficiſcantur.

VIceſimò ex eodem Principio fit, vt tutores teſtamentarij non ab hærede, ſed à teſtatore protinus proficiſcantur, ſimul atque aliquis hæres extitiſſet, vt Paulus ſcribit in *l. tutores 7. hoc tit.* Hoc enim eſt, quod huiuſmodi tutelas facit fauorabiliores, quæ ſc. non tantùm fauorem mererentur ſi ab hærede proficiſcerentur. Requiritur tamen vt ſit adita hæreditas; verum non quaſi tutela proficiſcatur ab hærede, ſed tanquam conditio ſine qua non; quia fieri nequit vt deſtituto teſtamento per non aditionem hæreditatis, non corruant tutelæ, ſicut & cætera in eodem teſtamento data: *l. ſi nemo 9. eod. l. ea quam 14. C. de fideicommiſſ.* Adeò vt nec hodie aliud ſit poſt *Auth. ex cauſa, C. de libert preter.* quoniam aliud eſt rumpi teſtamentum ex cauſa præteritionis, vel exhæredationis; de quibus caſibus loquitur Iuſtiniani conſtitutio: Aliud verò, deſtitui teſtamentum nemine ex eo adeunte: ad quem caſum certè non pertinet Iuſtinianea lex; niſi quòd ex alia eiuſdem Iuſtiniani conſtitutione, ſc. *Nouell. 1. De hered. & falcid.* permiſſum eſt legatariis quoque & fideicommiſſariis, iuxta eum tamen ordinem, quem ille præſcribit, vt adire poſſint hærede repudiante; ita vt eo caſu perinde omnia debeantur ac ſi hæres adiiſſet.

Auth ex cauſa C. de lib. preter.

Cæterum aditionem requirit ſemper Iuſtinianus vt valeant legata, & fideicommiſſa, & cætera omnia. Atque ita Bartol. quoque ſentit ad *dict. l. ſi nemo 9.* Amplius dico, quod magis mirum eſt, ſuo hærede inſtituto & ſe abſtinente, quamuis non eo minùs hæres maneat ipſo iure, etiam poſt abſtentionem, vt dictum eſt *illat. 18.* legata tamen & fideicommiſſa omnia intercidere, *l. 1. §. vltim. & l. 2. D. vt in poſſeſſ. legat.* Nempe, quia ſi

non intercederent, danda eſſet eorum nomine actio legatariis & fideicommiſſariis, & quidē in ſuum hæredē: quod tamen fieri non poteſt, quia Prætoris eſt actionem dare, vel denegare: qui porrò cùm non habeat hæredis loco eum qui ſe abſtinuit, quod ad hoc vt conueniri poſſit, numquam patietur conueniri eum à legatariis aut fideicommiſſariis, non magis quam à creditoribus hæreditariis, de quibus in *l. neceſſariis* 57. *D. de acq. hæred.* Creditorum enim numero ſunt etiam legatarij & fideicommiſſarij, ſtatim atque legati vel fideicommiſſi dies ceſſit: *l. item* 42. *D. de oblig. & action. l. ſi ſeruus plurium* 50. §. 1. *de legat.* 1. dummodo ſit adita hæreditas, *l.* 3. *D. de pignor.* Et hoc eſt quod dici ſolet, legatariis & fideicommiſſariis teſtamenta penè chirographa eſſe, *l. ſi quis teſtamentum* 41. *D. ad leg. Aquil.* In quo euidenter diuerſa eſt ratio tutelarum; Nulla enim contra filium impuberem actione opus eſt ad dandum ei tutorem, cùm protinus à teſtatore tutela in tutorem proficiſcatur.

Dices etiam legatorum per vindicationem relictorum dominium recta via & protinus tranſire à teſtatore in legatarium, numquam factum hæredis, *l. à Titio* 64. *D. de furt. l. legatum* 80. *de legat.* 1. Cur non ergo ſubſiſtunt etiam ſuo hærede ſe abſtinente? Nempe quoniam ea demum legata per vindicationem poſſunt dominium transferre in legatarium recta via & ſine vllo facto hæredis, quæ & ab hærede ipſo præſtari poſſent ſi per actionem perſonalem conueniretur. Lex enim cùm transfert dominium ipſo iure in legatarium nihil aliud agit niſi quod factum hæredis repræſentat, vt in ſimili ſcriptum eſt in *l. vltim. C. ſi mancip. ita fuer. alien.* Eſſetque abſurdum valere legatum ad transferendum dominium eo caſu, quo non poſſet valere ad inducendam actionem perſonalem contra hæredem. Quænam enim poteſt eſſe validitas legati, cuius nomine perſonalis actio competere in hæredem non poteſt? Aut quomodo transferri dominium ex legato inualido? Quare & cùm de legato Prudentes loquuntur, etiam per vindicationem relicto, ſemper dant legatario perſonalem quoque actionem aduerſus hæredem: *l. huiuſmodi* 84. §. *vltim.* cum *l. ſeq. De legat.* 1. quomodo & Iuſtinianus, quamuis det etiam pro legatis & fideicommiſſis omnibus vindicationem, in *l.* 1. *Cod. commun. de legat.* Licèt enim in formula legatorum per vindicationem teſtator non loquatur cum hærede, vt tamen valeat legatum, & ad illud præſtandum hæres obligetur, non tam inſpiciendum eſt cum quo teſtator locutus ſit, quàm in quem voluntatis ſuæ intentionem direxerit: *l. cùm pater* 77. §. *donationis*, iunct. *l. miles* 75. in iis verbis, *etſi defunctus cum eo loquatur quem precario remuneratur: ff. de legat.* 2. Atqui legata per vindicationem non poſſunt peti per legatarios à filio qui ſe abſtinuit: Ergo neque dominium eorum in legatarios transferri.

l. vlt. C. ſi mancip. ita fuer. alien.

Malè tamen Bartolus & poſt eum vulgo cæteri *ad dict. l. tutores & ad dict. l. ſi nemo*, §. 1. defendunt diem tutelæ non cedere niſi ab adita hæreditate. Cedit enim ſtatim ab inſtanti mortis; Alioqui non eſſet verum quod ait *dict. l. tutores*, protinus à teſtatore proficiſci tutelam, & tranſire poteſtatem patris in tutorem. Nam cum tutoris poteſtas nihil aliud ſit, quàm continuatio quædam patriæ poteſtatis, non poſſet ea continuatio fieri ſi interrumperetur per totum illud tempus, quod intercedit à morte teſtatoris ad ad diem vſque aditæ hæreditatis. Quemadmodum dicimus futurum, vt non poſſet continuari dominium, quod fuiſſet defuncti, in hæredem, ſi hæreditas quandocumque adita non retrofingeretur adita ex die mortis: *l. hæres quandocumque* 49. D. *de acquir. hæred. l. omnia* 131. *De regul. iur.*

Nec eſt contrarium quod tutela ex certo tempore dari poteſt, *l. tutor.* 8. §. *tutorem*, *De teſt. tut.* non etiam hæreditas, *l. hæreditas* 34. *De hæred. inſt.* Ratio enim diſſimilitudinis hac parte inter hæreditatem & tutelam illa eſt, quod medio tempore alius tutor dari, & quidem ſtatim poteſt, ad continuandam ſine interruptione poteſtatem, quæ fuit in defuncto, §. 1. *infr. de Attil. tutor.* At pendente die inſtitutionis non poſſet alius hæres interim conſtitui ad continuandum dominium quod fuit defuncti. Hæres enim ſi quis interim conſtitueretur, non poſſet eueniente poſtea die deſinere hæres eſſe, quomodo tutor interim datus poſtea tutor eſſe deſinit. Idque ita eſſe apparet manifeſtiùs ex eo, quod ſi hæreditas nondum adita ſit, ex cuius aditione teſtamentarius tutor ſperatur, verum quidem eſt, interim alium tutorem pupillo dari poſſe, ne indefenſus maneat, ſed non alio colore quàm quaſi necdum tutor quiſquam ſit, nec ſperetur, vt loquitur Vlp. in *d. l. ſi hæreditas* 10. *hoc tit.* quia nimirum ſi aliquis tutor ſperaretur, non magis poſſet fieri vt tutorem aliquando habituro teſtamentarium tutor dari poſſet, quàm vt iam tutorem habenti. Adeò verum eſt, quandiu teſtamentarius tutor ſperatur, nec legitimo locum eſſe, nec proinde datiuo quem legitimus præcedit: *l. ſi quis ſub conditione* 11. *eod.*

Hoc verò cur ita? Niſi quod tutor teſtamentarius quandocumque tutor factus, ex inſtanti mortis eam poteſtatem habuiſſe retrofingatur. Nam & inde eſt, quod etiamſi medio tempore, id eſt ante aditam hæreditatem, vel impletam conditionem, ſub qua tutor teſtamento datus fuerat, alius interim ex lege Attilia datus ſit, is tutor eſſe deſinit ſtatim atque vel hæreditas adita, vel conditio impleta reperitur: vt diſerte Iuſtinianus ſcribit in *d.* §. 1. *infr. de Attil. tutor.* quod vtique falſum eſſet, ſi tutor teſtamentarius non retrofingeretur fuiſſe tutor ex die mortis. Maneret namque tutor qui medio tempore datus fuiſſet, cùm à Magiſtratu non magis ad tempus, aut ex tempore, quàm ſub conditione tutor dari poſſit: *l. muto* 6. §. 1. *D. de tutel.* ei autem qui tutorem iam haberet non alius tutor dari poſſet, ſed potiùs tanquam curator adiungi is qui tutor amplius eſſe non poteſt, licet teſtator tutelam ei mandaſſet, non curam: vt & in ſpecie *l. ex ſententia* 29. *hoc tit. l.* 2. *C. in quib. cauſ. tut. habent.* At è contrario tutor ſolus ille eſt quem pater teſtamento dedit. Qui verò à Magiſtratu medio tempore datus fuit, is tutor omnino eſſe deſinit. Et quemadmodum non fuerat datus, neque potuerat dari niſi eo colore quaſi nullus tutor ſperaretur, *d. l. hæreditas*, *in pr.* ita nec teſtamentarius ex poſtfacto admittitur, aut admitti poteſt niſi eo colore, quaſi antea nullus alius fuerit qui tamen reuera fuit. Quibus coloribus, & fictionibus locus nullus relinqueretur, ſi tutelæ dies reuera non cederet, niſi ab adita hæreditate.

§. 1. infr. de Attil. tut.

l. ſi quis ... 11. D. de ... tut.

Nec pro Bartolo quicquam facit quod ſcriptum eſt in *d. l. ſi nemo*, hæreditatem adeunte nemine, tutelam non valere: itemque quo in *d. l. tutores* 7. Paulus ait, *ſimul atque aliquis hæres extitiſſet*, Et quod Vlp. in *d. l. ſi hæreditas*, quandiu hæreditas

hæreditas adita non eſt, tutorem eſſe non poſſe illum qui teſtamento datus fuit, & ideò alium interim dandum eſſe. Nam de legatis & fideicommiſſis omnibus quantumlibet pure relictis æquè ac de tutelis ſcribit & ſentit Pomponius, in *d.l.ſi nemo*, Et tamen nemo dubitat quin legatorum & fideicommiſſorom omnium purè datorum dies cedat à morte teſtatoris, Exceptis legatis libertatis & vſusfructus, in quibus iure ſpeciali receptom eſt, vt non cedant niſi ab adita hæreditate, *l.2.l.nam cùm libertas 9.D.quand. dies leg.ced.*

Rationes autem ſpeciales quæ ius hoc ſingulare in iis duobus legatorum generibus induxerunt, in tutela locum non habent. Nam in libertate quidem idcirco ita receptum eſt, quia tantus eius fauor eſt vt quæ ſemel competiit numquam poſſit reuocari. Proinde ſi exemplo cæterorum legatorum per vindicationem purè datorom admitteremus libertatem competere ex die mortis, quemadmodum illorum dominium tranſit rectà via in legatarium; ſequeretur, quòd etiamſi poſtea teſtamentum deſtitueretur, hærede repudiante, libertas tamen quæ ſemel competiſſet non deſineret competere, atque ita reperiretur quis liber factus ex teſtamento deſtituto, quod eſſet abſurdum: Cui abſurdo non ſimiliter locus ſit in cæteris legatis, quorum dominium etiam acquiſitum legatario ex legis poteſtate reuocatur facilè, & numquam acquiſitum retrofingitur, ſi hæreditas poſtea non adeatur, quemadmodũ ſi legatarius repudiaret legatũ: *l.ſi tibi homo 86.§.cùm ſeruus, de legat.1.l.ei qui 13.D. de cond.inſt.* quia nimirum acqoiſitio illa quæ ſit ſola legis poteſtate & ſine legatarij voluntate nõ eſt irreuocabilis. Itaq; ſolus libertatũ nimius fauor ille eſt, qui facit vt libertates hac parte minùs fauorabiles ſint quàm cætera legata: quibus tamen melius comparari tutela poteſt, quàm libertatibus; quia tutela quæ ſemel competiit, & reuocari & finiri poteſt certo tempore, certáque conditione, præſertim teſtamentaria: *d.l.tutor.8.§.1.& 2.D hoc tit.& d.§.1.infr. De Attil.tutor.*

Quod verò ad vſumfructum pertinet, ideò non cedit eius dies niſi ab adita hæreditate, quòd cùm conſiſtat ex vtendo fruendo, id eſt ex facto aliqoo eius qui vtitur & fruitur, non priùs poteſt conſtitui quàm aliquis ſit qui frui poſſit, quod non euenit ante aditam hæreditatem, quia nec ante eſt qui poſſit vſumfructum tradere, vel pati vt legatarius vtatur froatur: *l. 1. in princ. & §. dies autem, D.quand.dies vſusfr.legat. ced.* Tutela verò tota in iure conſiſtit, nec perſonam aut factum vllum hæredis requirit, niſi vt hæreditas adeatur. At neque factum vllum tutoris, niſi vt ſciat ſe tutorem datum, & ceſſet in adminiſtratione, cùm ipſo iure tutor ſit: *l. ſi is qui tres 31.verſic.nam ipſo iure, D.de excuſat. tutor.* Nihil ergo impedit ne tutelæ dies poſſit cedere à morte teſtatoris.

l.ſi is qui tres 31 D. de excuſ.tut.

Quod tamen non ita accipiendum eſt quaſi poſſit tutor ante aditam hæreditatem aliquid gerere. Non enim poteſt, ne ſiant irrita quæ geſſit, ſi poſtea contingat tutelam non valere, deſtituto teſtamento. Quis namque vellet ſub incerto illo euentu contrahere interim cum pupillo? Itaque ob eam cauſam ne pupilli vtilitates deſerantur, placuit tutorẽ interim pupillo dari, nec eum qui futurus ſperatur teſtamentarius, ſed alium, quia cùm non liceat alio colore tutorem interim dare, vt iam diximus, qoàm quaſi necquiſquam tutor ſit, nec fote ſperetur, implicatet contradictionem dari tutorem eum qui ſperaretur, & ob ea mrationem, quòd ſperaretur.

Minùs me mouet quod pro ſe Bartolus adducit ex *dict.l.ſi is qui tres 31.§.idem euenire, De excuſ.tutor.* vbi Paulus ſcribit ſi duobus teſtamentis, is qui iam tres tutelas habebat tutor datus ſit, & quæratur quæ prior tutela ſit delata non apertarum tabularum tempus inſpici debere, ſed aditæ hæreditatis, vel conditionis exiſtentis. Id enim rationem illam habet, Non quod tutela non deferatur niſi ex die aditæ hæreditatis, ſed quia hæreditate demum adita, certom eſſe incipit valere tutelam, & tutorem datum, ipſo iore tutorem eſſe; cùm aditione hæreditatis tota defuncti voluntas rata conſtituatur: *leg. ſi patroni 55.§.qui fideicommiſſum, D.ad SC.Trebellian.* etiam pro legatis & fideicommiſſis, quorum tamen dies non ideò poteſt dici cedere ab adita hæreditate. Et ſanè abſurdum eſſet captari à tutore occaſionem excuſationis ex ea tutela, quæ licèt iam delata fuerit, in ea tamen adhuc cauſa eſt vt poſſit non valere. Quinimò ex eo potius loco probari poteſt ipſo iure deferri tutelam, non ex die aditionis, ſed ex die apertarum tabularum, quod olim tempus erat ceſſionis legatorum ex lege Papia, & in coius locum hodie ſubſtitutum eſt tempus mortis, reſtituto iure vetere legis duodecim tabularum: *l. vnic. C. de caduc. tollend.* Quænam enim poterat eo loco eſſe ratio dubitandi, cur non videri deberet totela delata ex die aditæ hæreditatis, ſi nec priùs dies eius cedebat? Diem enim cedere nihil aliud eſt quàm delationem fieri: Diem verò ceſſiſſe, delationem factam eſſe. At quia verum eſt totelam deferri ſtatim, aut ſaltem ab apertura tabularum, ideò videbatur inſpiciendum tempos aperturæ tabularum non aditæ hæreditatis: quod tamen Paulus negat tractans ſcilicet de excuſatione quæ non poteſt admitti niſi habeat cauſam, quam conſtet & veram & iuſtam eſſe. Neſcitur autem an tutor teſtamento datus, tutor futurus ſit, etiamſi iam delata ei ſit tutela, quandiu hæreditas non eſt adita, cùm in eo ſit teſtamentum, vt deſtitui poſſit. Vnde etiam fit, quod ſi tutela delata fuerit ſub conditione, non erit inſpiciendum tempus aditæ hæreditatis ſi adita ſit ante conditionis euentum, ſed tempus exiſtentis conditionis, vt *ibidem* Paulus ait, quia licet conditio quandocumque exiſtens facilè retrotrahatur, numquam tamen fieri poteſt vt ante conditionis euentum fuerit verum dicere, tutelam fuiſſe certò acquiſitam, cùm potoerit irrita fieri ſi conditio defeciſſet.

d l. ſi is qui tres §. idem euenire.

Denique quod Bartolus pro magna ratione adfert, In his quæ ad hæredem non tranſeunt, diem non cedere niſi ab adita hæreditate, vt patet (inquit) in libertate & vſufructu, *l. vnic. §.in nouiſſime, Cod. de caduc. tollend.* tutelam verò non magis quàm vſumfructum aut libertatem ad hæredem tranſire: *l.tutela 16.in fin.D. de tutel.* planè ad rem non facit. Eodem enim argumento perinde probares non deferri hæreditatem purè relictam, niſi ex die aditæ hæreditatis, cùm mortuo ante aditionem hærede non tranſmittatur, *dict. §. in nouiſſimo*: quod tamen ſi quis diceret, ridiculus eſſet. Prius enim eſt vt delata ſit hæreditas, quàm vt poſſit quis adeundo eam conſequi: *l.delata 151.De verb.ſignif.* Et hoc eſt quod Noſtri ſolent dicere, Diem hæreditatis

hodie

hodie cedere ex die mortis, Vt ſignificent ex eo tempore & delatam eſſe, & acquiri poſſe.

Scio Vlpianum in *l. 3. D. quand. dies legat. ced.* ſic argumentari vt dicat fruſtra fore ſi quis vellet diem vſusfructus cedere ante aditam hæreditatem, cùm ad hæredem, inquit, non tranſmittatur. Sed ea argumentatio quamuis bona ſit in legato vſusfructus, tamen in cæteris non eſt bona, nec eſt perpetua, imò præpoſtera. Nec enim ideò legatorum vel fideicommiſſorum purè datorum dies cedit à die mortis quod tranſmittantur ad hæredem; ſed è contrario ideò tranſmittuntur ad hæredem, mortuo ante aditam hæhæreditatem legatario, vel fideicommiſſario, quod eorum dies ceſſerit à morte teſtatoris. Diem namque cedere non illud eſt, incipere tranſmitti poſſe; ſed incipere delatum quid eſſe, vt diximus, cùm agimus de vltimis voluntatibus; Debitum verò eſſe, cùm agimus de contractibus: *l. cedere diem 213. De verb. ſignific.* Tranſmiſſibilia verò non ſunt omnia quæ ſunt delata ex vltima voluntate, vt videre eſt in hæreditate; Vt è contrario, tranſmiſſibilia ſunt etiam ea quæ nondum ſunt debita ex contractu, puta quæ ſunt promiſſa ſub conditione, ante cuius euentum ſtipulator deceſſerit, *§. ex conditionali, Inſt. de verb. obligat.* Eſt igitur ratio

§. ex conditionali inſt. de verb. oblig.

illa Vlpiani in *d. l.* adiecta ex abundanti, vt ſignificet parum intereſſe fructuarij quod dicamus diem vſusfructus non cedere niſi ab adita hæreditate; quia etiamſi cederet à die mortis, non ideò tamen fructuarius eum tranſmitteret ad hæredem. Verùm poſſet reſponderi, imò futurum eo caſu vt tranſmitteret ad hæredem ius petendorum fructuum, qui à die mortis percepti eſſent, quemadmodum tranſmitteret is, cui non ius vſusfructus legatum eſſet, ſed fructus ipſi, qui ex fundo Corneliano primo anno perciperentur, aut frumenta, aut vina fundi Corneliani. Hæc enim legata quin tranſmittantur ad hæredem legatarij, etiamſi legatarius ante aditam hæreditatem deceſſerit, nemini dubium eſt; cùm longè aliud ſit legari corpora fructuum, aliud verò legari ius ipſum vſusfructus: *l. vacca emptor. 43. D. de euiction.* Quidni ergo idem eueniret legato vſusfructu, ſi vſusfructus legati dies cederet à morte teſtatoris; Niſi fortè replicabis quod verum eſt, illam adhuc rationem obſtaturam tranſmiſſioni, quod non alij fructus pertinent ad fructuarium, aut tranſmiſſionis iure ad ipſius hæredem, quàm quos fructuarius ipſe percepit: In quo minùs iuris habet fructuarius, quàm bonæ fidei poſſeſſor, ad quem fructus omnes pertinent qui à ſolo ſunt ſeparati, *l. fructuarius meſſem 13. D. quib. mod. vſusfr. amitt.* Nam etſi fructuarius deceſſerit poſt aditam hæreditatem, non ideò tamen tranſmittet ad hæredem fructus etiam à ſolo ſeparatos, quos non ipſe perceperit. Igitur neque tranſmittet fructus eius temporis, quod hæreditatis aditionem præceſſiſſet, etiamſi ius tale eſſet, vt dies vſusfructus legati cederet à morte teſtatoris. Ex eóque tantò clarius ſit, vſumfructum habere rationem ſpecialem, propter quam nec dies eius poſſit cedere ante aditam hæreditatem, nec vſusfructus ipſe tranſmitti, etiam cuius dies ceſſerit, adeóque qui fuerit acquiſitus: nempe quia morte finitur & cum perſona extinguitur. Alioqui ſi in ſupradicta Vlpiani ratione perſtare velis, æquè ex ea probabo diem vſusfructus legati non magis cedere ab adita hæreditate, quàm ex die mortis, quia nec poſt aditam hæreditatem tranſmittitur. Eadémque argumentatio aptari poterit ad quæſtionem noſtram de tutela. Nam nec tutela, quæ iam delata eſt, adeóque acquiſita, poteſt tranſmitti ad hæredem tutoris, quantumuis adita ſit hæreditas: *d. l. tutela.* Perinde igitur erit inferendum ex Bartolo contra Bartolum, Tutelæ diem nunquam cedere, id eſt ne quidem adita hæreditate.

Et ſanè vereor ne minus propriè loquamur, cùm dicimus tutelæ diem, ſiue cedere, ſiue non cedere, ſiue à morte teſtatoris, ſiue ab adita hæreditate: Sicut nec bene, meo iudicio, loquuntur Noſtri, cùm dicunt hæreditatis diem cedere ex die mortis, pro eo quod volunt dicere, hæreditatem ex eo tempore delatam eſſe, & adiri poſſe. Etſi enim omnia quorũ dies ceſſit, ea vel delata, vel debita eſſe poſſumus dicere? Non tamen ſimiliter quis dixerit eorum omnium quæ delata ſunt, diem ceſſiſſe. Nam eorum demũ cedit dies, quorum vel ſimul etiam venit dies, vel aliquando venire poteſt, Venire autem diem, nihil aliud eſt quam incipere poſſe peti id cuius dies venit, vt in *d. l. cedere diem*, aut iam ipſo iure acquiſitum eſſe, vt cùm dicimus cedere diem libertatis directæ ab adita hæreditate. Ipſo enim iure liber eſt is, cui directa libertas data fuit. Atqui hæreditas, neque deberi poteſt à quoquam, neque ipſo iure acquiri citra aditionem extra cauſam ſuorum hæredum. Non poteſt igitur dici hæreditatis diem ceſſiſſe, vel veniſſe. Idem de tutela dici poteſt. Nec enim quiſquam eſt à quo peti poſſit, nec rurſus cui acquiratur. Quippe cùm ſit onus & incommodum, ſuſcipi tantùm dicitur, non acquiri: In quo differt à libertate directa, licet vtrique commune illud ſit, quod ipſo iure comperat. Libertas enim commoda habet innumera, quorum effectus tranſit ad hæredem eius qui libertatem conſecutus eſt, vel ob hoc ipſum quod ſola libertas illa eſt, quæ facit vt ipſe & hæredem & bona relinquere potuerit. Quod non ſatis videtur ponderaſſe Bartol. cùm dixit legatæ libertatis diem ideò non cedere niſi ab adita hæreditate, quòd libertas non tranſmittatur ad hæredem.

Sed ſi quis impropriè loqui velit vt putet nihil intereſſe an dicamus tutelam deferri, an verò diẽ tutelæ cedere; Dico poſſe defendi tutelæ diẽ cedere ex tẽpore mortis patris, non ab adita hæreditate, quia verũ eſt ex die mortis tutelã deferri, licet expectãda ſit aditio, vt ſciatur an valeat tutela: Idque præter ea quæ ſupradicta ſunt, probo non obſcurè ex *l. penult. D. hoc. tit.* vbi ſcriptum eſt ita datis tutoribus, *Lucium Titium tutorem do, ſi is non vixit, iam Caium Plautium tutorem da.* ſi Titius vixerit, & tutelam geſſerit, quamuis poſtea viuo Plautio deceſſerit, Plautium tamen tutorem

l. pen. D. hoc tit.

eſſe non poſſe, quia illa verba ad mortis tempus referuntur. Quis enim horum verborum ſenſus eſſe poteſt, niſi idem qui eſſet, ſi ſcriptum eſſet referri ea verba ad id tempus quo tutela deferatur? Quid enim attineret fieri eam relationem ad tempus mortis, ſiue à teſtatore, ſiue à Iureconſulto, ſi non niſi ex die aditæ hæreditatis, ac non etiam ex die mortis tutela deferretur? Idem ergo tempus eſt & mortis & delationis tutelæ.

Denique vt argumenta omnia Bartoli contra ipſum retorqueamus, regula Catoniana locum habet etiam in tutela. Certum enim eſt tutores teſtamento dati poſſe eos ſolos cum quibus te-

ſtamenti

ſtamenti factio eſt, *l teſt.tutor.* 21. *D.hoc tit.* quo verbo *eſt*, cùm ſit præſentis tẽporis, vtrique tempus præsẽs ſignificatur quo fit teſtamentum, & quod tutor datur: Vt proinde ſi quis teſtamento totorẽ dederit peregrinõ cum quo nõ ſit factio teſtamenti, quamuis moriente patre ciuis ille reperiatur, nihilomagis tutela valere poſſit, quia nec valuiſſet ſi facti teſtamenti tempore pater deceſſiſſet: Atqui falſum hoc eſſet, ſi tutelæ dies non cederet niſi ab adita hæreditate; Nam ſi bona eſt comparatio tutelæ & legatorum (regula ſiquidem Catoniana de ſolis legatis locuta eſt, non de hæreditatibus, multominus de tutelis) certum eſt regulam Catonianam non pertinere ad legata, quorum dies cedit ab adita tantùm hæreditate, *l.* 3. *D.de reg.Caton.* Ergo cùm in capacitate tutoris inſpicienda tempus teſtamenti ſpectandum ſit præciſè, ex eo intelligimus tutelam ſtatim ex die mortis deferri, licèt requiratur & expectetur aditio hæreditatis, vt valeat tutela inexpugnabiliter, quomodo Baldus loqui ſolet, id eſt tanquàm conditio ſine qua non valeret. In ſumma quemadmodum teſtamentum per legem confirmatur ipſo mortis inſtanti, Ita omnia quæ teſtamento deferuntor, & quorum delationem nihil impedit, neceſſe eſt deferri ex die mortis: Niſi ſpecialis aliqua ſit ratio, propter quam delatio non poſſit fieri niſi ex die aditæ hæreditatis, qualem eſſe oſtendimus in legato libertatis & vſusfructus. Atqui tutela non eſt in eorum numero, quæ vel aliqua lex, vel legis ratio vlla exceperit à regula. Tutelas igitur ſtatim ex tempore mortis deferri fatendum eſt.

TIT. DECIMVSQVINTVS.

De legitima agnatorum tutela.

PRINCIPIVM I.

De legitimis tutoribus in defectum teſtamentariorum.

QVIBVS *teſtamento tutor datus non eſt, his ex lege duodecim tabularum agnati ſunt tutores*; vt Iuſtinianus *in Princip. huius tit.* ſcribit. Nam quemadmodum eadem lex duodecim tabularum defert agnato proximo hæreditatem legitimam, ita demum ſi ex teſtamento hæres nemo ſit, nec eſſe poſſit; Ita & in tutelis prouiſum voluit, vt ſi quidem teſtamentarius aliquis tutor eſſet, is omnimodo præferretur, ſi verò nullus eſſet, legitima agnato proximo tutela deferretur:
l. 1. *D de legit. tutor.* Snmma prouidentia, inquit Vlpianus in *l.* 1. *D. hoc. tit.* vt qui ſperarent pupilli ſucceſſionem, iidem tuerentur bona ne dilapidarentur. Tutelæ enim tam teſtamentariæ quàm legitimæ exemplo hæreditatum deferuntur, vt pluribus docuimus *ad Princip.* 1, *De tutel.* Vnde petenda ſunt quæ ad ſingulas huius tituli leges explicandas requiri poſſunt.

ILLAJIO I.

De legitima tutela, cur ſic dicta.

EX hoc Principio illud primum fit, vt hæc agnatorum tutela legitima dicatur, quia & agnati ipſi legitimi dicuntur. vt hic Iuſtinianus ſcribit; & conſtat ex *tot.tit. D. & C. vnd. legit.* & legitimos tutores nemo dat, ſed ſola lex duodecim tabularum facit eos tutores, vt ait Vlpianus in *leg. legitimos* 5. *D hoc titul.*

ILLATIO II.

De legitima tutela ibi quærenda, vbi eſt legitima hæreditas.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt plerumque tutela legitima ibi ſit, vbi eſt legitima hæreditas, niſi cùm fœminæ hæredes intercedunt: *l. quò tutela* 73. *De regul. iur.* Quidam tamen caſus alij ſunt, in quibus alibi hæreditas eſt, alibi tutela: Quos perſequitur Vlpianus in *d. l.* 1. *§.* 1. *& ſeqq. hoc. tit.* & nos explicauimus ad *dict. Princip.* 2.

ILLATIO III.

De legitimo tutore excludendo quandiù ſperatur teſtamentarius.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt non ſolùm ſi tutor teſtamentarius aliquis iam ſit, ſed & ſi nemo ſit, nec adhuc eſſe poſſit, aliquis tamen ſperetur, puta qui teſtamento datus fuerit ſub conditione quæ nondum extiterit, legitimæ tutelæ nullus interim ſit locus, *l. ſi quis ſub conditione* 11. *D.de teſt.tute.* Nam cùm legitima tute- *l. ſi quis ſub conditione* 11. *D.de teſt. tutel.*
la non alia ſit, quàm quæ defertur ex lege 12. tab. lex autem non referat eam agnatis, niſi ſub illa conditione, ſi teſtamento datus tutor nemo erit; Conſequeos eſt vt quandiu verum non eſt cõditionem extitiſſe, ſub qua lex facit tutorem; tamdiu verum quoque ſit, legitimum tutorem nullum eſſe. Atqui non poteſt dici verum eſſe, extitiſſe conditionem ſine qua non facit lex tutorem vllum legitimum, quandiu teſtamentarius aliquis ſperatur, quaſi quando teſtamentarius aliquis erit, apparebit defeciſſe conditionem. Quæ autem conditio poteſt aliquando deficere, ea non poteſt dici iam extitiſſe, ſiquidem neque conditio ſemel defecta poteſt vnquam exiſtere, neque conditio quæ ſemel extitit, vnquam

Digitized by Google

quàm deficere: *l. hac conditio* 10. *in fine principij, D. con. & demonſt. l. vxorem* 41. *§. Seium, de legat.* 3. Interim ergo legitimus tutor nullus eſſe poteſt. Eandémque rationem lex 12. tab. ſeruat etiam in legitimis hæreditatibus deſerendis. Nam cùm ſic locuta ſit, *ſi paterfamilias inteſtato moritur, nec ſuus hæres extabit, agnatus proximus familiam habeto*; apparet non aliter legitimo hæredi & agnato proximo locum fieri poſſe, quàm ſi teſtamentarius neque quiſquam ſit, neque ſperetur, *l. quandiu* 39. *D. de acq. hæred. l.* 1. *D. ſi tab. teſt. null. extab.* Niſi in ſingulari caſu, *l. ſi qui ita* 82. *D. de hæred. inſtit.*

ILLATIO IV.

De ſucceſſione agnatorum in legitima tutela.

QVartò ex eodem Principio fit, vt ſi agnatus proximus, qui tutor fuit legitimus, poſtea deceſſerit, vel qua alia ratione tutor eſſe deſierit, ſequentis gradus agnato tutela deferatur, *l.* 3. *§. pen. D. hoc tit. § placebat, Inſtit. de legit. agnat. ſucceſſ.* Non quòd etiam legitimæ hæreditates agnatis proximis delatæ poſſint ad ſequentes pertinere (nec enim in agnatorum hæreditatibus locus erat ſucceſſioni, *d. § placebat.*) ſed quia lex aliter defert tutelam agnatis, aliter hæreditatem. Agnatis tutelam ſimpliciter defert, hæreditatem verò non niſi proximis: *d. l.* 1. *& l. inteſtato* 6. *D. hoc tit.* iunct. *l.* 1. *§. poſt ſuos, l.* 2. *& paſſ. D. de ſuis & legit.* Proximis, inquam, eo tempore quo certum eſſe incipit patremfamilias inteſtatum deceſſiſſe, *d. l.* 2. *§. proximum.* Nihil ergo aliud lex requirit in deferenda tutela, niſi vt agnatus ſit ille cui defert. Perinde autem agnatus eſt qui in remotiore agnationis gradu, quàm qui in proximiore eſt. At in deferenda hæreditate requirit vt agnatus proximus ſit is, qui vult hæres eſſe. Proximus autem eſſe non poteſt, qui non fuit eo inſtanti quo cœpit eſſe certum patremfamilias inteſtatum deceſſiſſe; cùm ad illud præciſè inſtans, proximitas iſta agnationis referatur: *d. §. proximum.* Inde fit vt in agnatis fuerit olim ſucceſſio quantum ad tutelas, non fuerit autem quantum ad hæreditates: *d. §. placebat.*

l. 2. § proximum D. de ſuis & leg.

Cur lex 12. tab. aliter decepta ſit in hæreditatibus legitimis, aliter in tutelis.

Hoc ita variè, quia maior ratio fuit prouidendi ne pupillus ſine tutore eſſet, proximo agnato defuncto, vel capite diminuto, quàm ne quis eſſet ſine hærede, proximo agnato hæreditatem repudiante: propter admixtum fauorem pupilli & Reipublicæ. Item quia is qui ſemel hæres fuit, nunquam hæres eſſe deſinit, *l. ei qui ſol.* 88. *D. de hæred. inſtit.* qui autem tutor fuit, facilè ac pleriſque caſibus deſinit eſſe tutor, vt dicemus ad *Tit. quib. mod. tutel. fin.* Poſtremò, quoniam quæ ratio facit vt inter agnatos omnes, quibus lex tutelam defert, prior cogatur tutor eſſe is, qui proximior agnatus eſt; Nempe quòd ſi pupillus nunc decederet, futurum eſſet, vt eum hæredem haberet; Eadem agnato iſto proximo eodémque tutore, vel moriente, vel capite minuto, inuitat ſequentium graduum agnatos ex ordine, ac prout quiſque proximior eſt ad tutelam. Semper enim verum eſt, quandiu pupillus viuit, agnatum eſſe proximum quantum ad cauſam hæreditatis eum, qui nunc proximior agnatus eſt, licèt eo tempore quo primùm delata fuit, ab alio anteuerteretur.

Itaque ſi quæras, Cur lex 12. tabularum in deferenda tutela agnatis, non adiecerit *proximis*, quomodo adiecit in deferendis hæreditatibus, cùm dici ſoleat, quod & verum eſt, Legitimas tutelas deferri ad exemplum hæreditatum? Reſpondebo hanc ipſam rationem eſſe propter quam lex 12. tabularum induxit ſucceſſionem in tutelis legitimis, quia eas defert ad exemplum hæreditatum, licet illud quoque verum ſit, in legitimis hæreditatibus non eſſe ſucceſſionem, nempe quia quamdiu pupillus viuit, tandiu verum eſt, futurum vt ipſius hæreditas deferretur ei, qui tum proximus agnatus reperitur, ſi pupillus ipſe moreretur; Nec ei nocerent agnati anteriores, qui delatæ primũ tutelę tempore illũ præceſſiſſent. Non enim eodem tempore defertur tutela & hæreditas, ſed hæreditas eo tempore, quo tutela amplius nulla eſt, finita nimirum morte pupilli. Quod ſi lex 12. tabularum detuliſſet tutelam vt hæreditatem agnato proximo, facilè contigiſſet non ſolùm vt pupillus legitimo tutore deſtitueretur, ſed etiam vt ei tutela deferretur, qui hæreditatem nec haberet, nec habere vnquam poſſet, vt pota ſi agnatus ille proximus poſt ſuſceptam tutelam, viuo pupillo deceſſiſſet. Tamdiu ergo tutelæ ſucceſſionem inter agnatos conſeruari oportuit, quandiu in agnatione ſupereſt aliqua perſona, quæ poſſit ſperare pupilli hæreditatem, vt qui eam ſperarent, bona eiuſdem pupilli tuerentur: *d. l.* 1. *D. hoc tit.*

ILLATIO V.

De iure ſucceſſionis inducto in agnatis etiam quod ad hæreditates.

QVintò ex eodem Principio fit, vt ius illud vetus, de quo proximè diximus, Iuſtinianus correxerit, Non ex ea parte qua in agnatis erat ſucceſſio quantum ad tutelam, ſed ex alia parte qua non erat in agnatis ſucceſſio quantum ad legitimas hæreditates. Conſtituit enim Iuſtinianus in ea conſtitutione, quàm refert ipſe in *d. §. placebat, Inſt. de legit. agn. ſucceſſ.* & quæ tamen in Codice noſtro non extat, vt remotiores agnati poſſint proximioribus ſuccedere in cauſa legitimarum hæreditatum, quemadmodum ſuccedunt in onere tutelæ, vt eadem in iis ſit ratio commodi & incommodi, oneris & honoris. Hanc enim rationem nominatim adfert eo loco Iuſtinianus.

d. §. placebat Inſt. de leg. agn. ſucceſſ.

ILLATIO VI.

De legitima tutela etiam cognatis hodie deferenda.

SExtò ex eodem Principio fit, vt hodie ex alia eiuſdem Iuſtiniani conſtitutione proximi cognati ex ordine ad tutelam admittantur, poſtquàm placuit eidem Iuſtiniano vt poſſint admitti ad legitimam pupilli hæreditatem, nec ſolùm cum agnatis, ſed etiam quod magis eſt antè agnatos ſi in proximiore gradu reperiantur cognati.

cognati Suſtulit enim Iuſtinianus differentias omnes agnationis & cognationis quas tam religioſè lex 12.tab.induxerat ad familiarum conſeruationem, ſolúmque proximi tatis gradum in agnatis & cognatis omnibus attendi voluit, *Nouell.118. De hered.ab inteſt. venient.cap. 5. De legit.tutel.liber.§.ex his autem.*

ILLATIO VII.

De legitima tutela etiam pupillo deferenda

SEptimò ex eodem Princ. fiebat olim, vt legitima tutela pupilli etiam ad pupillum ſub tutore iam conſtitutum pertinere poſſet, ſi is fortè proximus agnatus reperiretur; Nimirum quoniam nec pupillaris ætas ei obſtabat quominus defuncti impuberis hæreditas ad eum peruentura fuiſſet; Soliúſque fiduciariæ tutelæ proprium illud erat, vt ad eam non alius admitti poſſet, quàm qui eſſet ætatis legitimæ, vt teſtatur Iuſtinianus ad *fin.tit. De fiduc.tutel.* Multóque magis deferebatur tutela legitima puberibus, quamuis minoribus annis vigintiquinque, tametſi poſſent illi ex cauſa ætatis iuſtam habere excuſationem, *§.item maior 13. infr. De excuſat.tutor.* vbi tamen addit ille hoc ius à ſe correctum fuiſſe, conſtitutúmque vt nemo vocetur ad tutelam, etiamſi legitimam, priuſquàm ætatis ſuæ annum quintum & vicesimum impleuerit. Quæ conſtitutio extat in *l.ul. C.de legit. tutor.* Cui enim ferendum eſt, inquit lex, eundem & tutorem eſſe & ſub tutela conſtitui? & iterum eundem eſſe curatorem & ſub cura agere? Hæc certè & nominum & rerum fœda confuſio eſt. Idémque repetit Iuſtinianus *d. Nouell. 118.c.5 §.ex his autem.* Poſt quas conſtitutiones non poteſt hodie vlla eſſe neceſſaria excuſatio minoribus, cùm etiamſi maximè velint ad tutelam aſpirare non poſſint, vt ait idem Iuſtin. in *d. §. item maior.* De quo nos plura ſcripſimus *ad Princip. 1 illat. 4. ſupr. De tutel.*

ILLATIO VIII.

De legitimo tutore dando etiamſi teſtamentum factum ſit.

OCtauò ex eodem Princ. fit, vt etiamſi paterfamilias fecerit teſtamentum, ſi tamen nullum in eo tutorem dederit, aut dederit quidem, ſed eum, qui poſtea viuo teſtatore deceſſerit, perinde locus ſit tutelæ legitimæ ac ſi nullum omnino teſtamentum factum eſſet, quia perinde verum eſt teſtamentarium tutorem nullum eſſe, & teſtatorem, quod ad tutelam attinet, inteſtati exitum feciſſe, *§.quod autem, hoc tit. l.inteſtato 6. D.eod* Quemadmodum & in hęreditatibus dicimus legitimam hæreditatem ex lege deferri ab inteſtato, tum quoque cùm teſtamentum ab initio factum eſt, ſi fortè aut minùs ritè minùſque ſolenniter factum ſit, aut poſtea deſtitutum fuerit hærede inſtituto non adeunte, ſiue quòd adire noluerit, ſiue quòd non potuerit: *l.1.in princip. & § ſciendum l.2 § penult. D.de ſuis & legit.: l.ſi qui filio 6. D.de iniuſt.rupt.l.ſcripta 7. D.vnd. liber.* Ea tamẽ differentia eſt hac parte inter tutelam & hęreditatem legitimam, quod ſi ſemel confirmatum fuerit teſtamentum, adita ex eo per hæredem ſcriptum hæreditate, numquam poteſt fieri locus legitimæ ſucceſſioni, quia ſemel factus ex teſtamento hæres numquam deſinit ex eo hæres eſſe. *l.ei qui ſoluendo 88. D. de hered.inſtit.* At quamuis aliquis fuerit tutor teſtamentarius, non eo minùs tamen fieri adhuc poteſt locus tutori legitimo, ſi fortè tutor ille teſtamẽtarius, tutor eſſe deſierit, vel morte, vel capitis deminutione, quia perinde ſunt omnia integra tam ex parte pupilli, quàm ex parte agnati ad legitima tutelam inducendam, ac ſi tutor teſtamentarius nemo vnquam fuiſſet. Ex parte quidem pupilli, quia nihil ei prodeſt quod habuerit aliquando tutorem qui iam eſſe deſierit manente tamen ſe pupillo: Ex parte verò agnati proximi quia cùm adhuc viuat pupillus & egeat tutore, ſpéſque adhuc duret ſuccedendi in ipſius hæreditate, non poteſt agnatus recuſare, quominùs ſuſcipiat onus qui ſperat commodum: *d.l. inteſtato 6. D.hoc tit.*

Differentia inter tutelam & hæreditatem legitimam.

ILLATIO IX.

De amittendis per capitis deminutionem legitimis tutelis.

NOnò ex eodem Principio fit, vt legitimæ tutelæ capitis deminutione qualibet amittantur, quia cum non deferantur niſi agnatis: agnati autem deſinant eſſe, ſiue familiam tantum amittant, ſiue etiam ciuitatem, ſiue denique libertatem, conſequens eſt vt non ſolùm deferendæ, ſed etiam delatæ tam & acquiſitæ tutelæ pereant qualibet capitis deminutione: *§.vlt.h.t.* Siue ea capitis deminutio contingat in perſona pupilli, *l. 2. D.eod.* ſiue in perſona agnati proximi eiuſdemque tutoris *l. 3.§.pen. eod.* Facit *l.tutelas 7.D.de capit.minut.* De cuius ſententia & emendatione ſcripſimus *ad Princ. 2.illat.3. ſupr. De tutel.* Non idem iuris eſt in iis quæ deferuntur, aut acquiruntur cognatis tanquam cognatis; quoniam agnatio quidem iuris ciuilis eſt & nomen ciuile; Cognatio verò nomen naturale eſt: Omnis autem capitis deminutio, eſt iuris ciuilis, vt dicemus ad *tit. ſeq.* Itaque ſuccedit iuris regula quæ habet, ciuilem rationem ciuilia quidem iura poſſe corrumpere, ſed naturalia non poſſe, vt *ad huius tituli finem* Iuſtinianus ſcribit.

ILLATIO X.

De ordine & gradibus legitimæ tutelæ.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt cùm ad agnatos tutela pertinet, nõ ſimul ad omnes pertineat, ſed ad eos tantùm qui proximiores gradu ſunt, vel ad omnes ita demum ſi ſint eiuſdem gradus: *§. vlt. infr. tit. ſeq. l. ſi plures 9. D. hoc tit.* Et ſi enim tutela non defertur agnatis proximis vt hæreditas, ſed agnatis ſimpliciter, defertur tamen iis ſolis ad quos hæreditas pertineret, ſi moreretur pupillus eo tempore quo de legitima tutela tractatur. Eo autem tempore ſolus hæreditatem haberet ille gradus agnatorum qui proximus reperiretur.

AD TITVLVM XVI.

De capit. deminut.

PRINCIPIVM I.

Diffinitio Diminutionis capitis.

C*APITIS deminutio nihil niſi ſtatus mutatio eſt.* Sic enim malo ſcribere cum Iuſtiniano *initio huius tituli*, quàm dicere cum Caio in *l. 1. D. eod.* eſſe ſtatus permutationem. Cùm eo nomine *permutationis*, magis propriè ſignificetur actus qui inter duos fiat, vt ſolemus dicere *rerum permutationem.* Neque tamen hæc definitio ſic accipienda eſt, vt conuertatur cum ſuo definito. Etſi enim omnis capitis deminutio ſtatus mutatio eſt, nō omnis tamen ſtatus mutatio capitis deminutio viciſſim eſt, ſed ea tantùm quæ fit in peius, & in deterius. Finge filiumfamilias fieri ſui iuris. Mutat proculdubio ſtatum. Fit enim paterfamilias perinde ac ſi emanciparetur, neque tamen capite minuitur, quia fit melioris conditionis quàm eſſet antea. Idémque erit ſi fiat ſui iuris per deportationem, aut ſeruitutem patris, *l. 3. §. vl. D. de SC. Macedon.* Sic & ſtatum mutat deportatus ſi in ciuitatem reſtituatur, quia fit ciuis Romanus, cùm ante eſſet peregrinus, nec tamen dicitur capite minui, ſed potiùs augeri, quia mutatio illa ſtatus fit in melius. Quod cùm ita ſit dubitari eleganter poteſt, Cur ergo filiusfamilias qui emancipatur capite minui dicatur, *d. l. 3. §. vlt.* Sed rationem Paulus reddit in *§. vlt. l. 3. D. h. t.* quia emancipari nemo poteſt niſi in imaginariam ſeruilem cauſam primùm deductus. Quod quale ſit, poſtea explicabimus. Ideò autem capite minui dicitur qui hanc mutationem patitur ſtatus melioris in deteriorem, quòd ciuilis Legiſlator in ciuibus ſuis ſiue recenſendis, ſiue æſtimandis, capur potiſſimũ intueatur, ſine quo nec ſubſiſtere quiſquam poteſt, ita vt nec pro homine eum habeat, qui qui nō habet caput in ciuitate, vt mox dicemus.

ILLATIO I.

De triplici ſpecie capitis deminutionis.

EX hoc Principio illud primùm fit, vt triplex ſit capitis deminutio, Maxima, media, & minima. Maxima, per quam familia, ciuitas, & libertas amittuntur; Media, per quam familia & ciuitas ſalua libertate; Minima denique, per quam ſola familia, non etiam libertas, at nequidem ciuitas. Tria enim hæc ſunt quæ habemus, & in quibus ſtatus cuiuſque hominis conſiſtit, libertatem, ciuitatem, & familiam, vt Paulus
l. vlt. eod. ſcribit in *l. vlt. h. t.* Si ergo amittamus quod minimum eſt, puta familiam, minima erit capitis deminutio. Si quod maximum eſt, id eſt libertatem, erit capitis deminutio maxima. Nec enim poteſt amitti libertas quin multò magis & familia & ciuitas amittantur. Si denique quod eſt medium, id eſt ciuitatem, quæ medium quiddam eſt inter familiam & libertatem, media capitis deminutio dicetur. Familia ad ſtatum cuiuſque ciuis & priuati hominis pertinet qua parte priuatus eſt, id eſt hic vel ille ciuis: Ciuitas verò, qua parte ciuis: Libertas denique, qua parte homo eſt, Nec quidquam poſſis fingere pertinens ad ſtatum ciuis Romani, quod non ad vnum ex his tribus referatur, Nam is cuius exiſtimatio minuitur, non mutat ſtatum, ideóque nec capite minui dicitur, vt ex ſequentibus apparebit.

ILLATIO II.

De modis quibus incurritur maxima capitis deminutio.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt ſiue quis ſeruus pœnæ effectus ſit atrocitate ſententię, cui iuſtam tamen cauſam dederit enormitas delicti ſuper quo pronunciatum eſt (res enim iudicata pro veritate habetur) ſiue quis cùm fuiſſet manumiſſus, reuocatus ſit in ſeruitutem ex cauſa ingratitudinis erga patronum admiſſæ, ſiue denique ex libero ſeruum ſeipſum fecerit; patiendo ſe venundari tanquam ſeruum dolo malo ad pretium participandum; non poſſit dubitari quin his omnibus caſibus maxima capitis deminutio incurratur, cùm libertas amittatur, & conſequenter vt *præcedente illatione* diximus, & ciuitas & familia: *§. 1. h. t. l. ſunt quidam 17. l. capitalium 28. D. de pœn. l. 2. C. de libert. & eor. liber.* etſi hodie deſierunt huiuſmodi pœnæ in vſu eſſe, partim ex *Nouella* Iuſtiniani *conſtitutione 22. De nupt. c. 8.* vbi prohibet Iuſtinianus ne quis benè natus id eſt ingenuus ex ſupplicio fiat ſeruus; Partim ex Leonis *Nouell.* 59. quæ induxit ne homini cuiquam libero ſe vendere permittatur. Quid ergo ſi liber homo & ciuis Romanus ab hoſtibus capiatur? Fit quidem reuera ſeruus hoſtium, vt docuimus ad *tit. Quib. mod. ius patr. poteſt. ſoluit.* ſed non idcirco capite minutus intelligitur, quia ſiue apud hoſtes morietur, in ciuitate defunctus intelligetur per fictionem legis Corneliæ, ſiue in ciuitatem redibit, ſemper in ciuitate fuiſſe retrofingetur poſtliminij poteſtate, *§. ſi ab hoſtibus, ſupr. ad tit. quib. mod. ius patr. poteſt. ſoluit. & tot. tit. D. & Cod. de captiu. & poſtlim.* ideóque & teſtamentum eius valet, *l. ſi quis 6. §. pen. de iniuſt. rupt.* ſcilicet tanquam alterutra fictione confirmatum, vt ea lex ait. Sunt enim ambæ illæ fictiones ex iure ciuili, ex quo etiam eſt quælibet capitis deminutio, quam ſanè nec naturale, nec gentium ius vllam agnoſcit, cùm iure naturali nulli ſint ſerui, iure verò gentium ſerui perinde ſint homines, & caput habere intelligantur, atque ij qui ſunt liberi.

ILLA

Digitized by Google

ILLATIO III.

De aqua & ignis interdictione, ac deportatione.

TErtiò ex eodem Princ. fit, vt ia cui aqua & igni interdicitur, mediam, quam & minorem vocant, capitis diminutionem patiatur, cùm ciuitatem amittat, libertatem quamuis retineat: *§. minor, hoc tit. l. amiſſione 5. in princip. D. eo.* Idémque eſt ſi quis in inſulam deportatus ſit, poſtquam deportatio ſucceſſit in locum veteris interdictionis aquæ & ignis, *l. 2. §. 1. l. ſunt quidam 17. §. 1. D. de pœn. l. inter pœnas 6. §. 1. D. de interd. & releg. l. 1. § hi quib. De legat. 3.* vbi ob hãc cauſam vocantur iſti ἀπόλιδες, id eſt extorres & ſine ciuitate. Quod tamen ita accipiendum eſt vt is demùm pro deportato in inſulam haberi debeat, cui Princeps inſulam adnotauit, vel de quo deportando ſcripſit. Nam licèt ſententia Præſidis de aliquo deportando interuenerit, ſi tamen priùs ille deceſſerit, quàm factum Præſidis Princeps comprobauerit, nondum is amiſiſſe ciuitatem videtur. Proinde ſi antè deceſſiſſet, ciuis deceſſiſſe videretur, & fideicommiſſum valeret, quod idem ille, ſiue ante, ſiue poſt ſententiam reliquiſſet, dummodo ante Principis comprobationem, quia certum ſtatum ciuis Romani nec immutatum vſque adhuc habuiſſe intelligitur, vt ſcribit Vlp. in *d. l. 1. §. deportatos, de leg. 3.*

Quò etiam pertinet quod idem Vlpianus ait in *l. ſi quis filio 6. §. eius qui, D. de iniuſt. rupt.* eius qui deportatur non ſtatim irritum fieri teſtamentum, ſed cùm Princeps comprobauerit. Tunc enim inquit, & capite minuitur. In quo differt minor iſta & media capitis diminutio, ab ea quæ eſt maxima, id eſt quæ adimit libertatem. Nam ſi quis fuerit capite damnatus, vel ad beſtias, vel ad gladium, vel alia pœna quæ vitam adimit, teſtamentum eius irritum fit, nec tunc tantùm cùm conſumptus eſt, ſed ex quo die ſententiam paſſus fuit: cùm ex illo tempore ſeruus pœnæ efficiatur: Niſi fortè fuit miles ex militari delicto damnatus: Cui ex D. Hadriani reſcripto permiſſum eſt teſtari iure militari, *d. l. ſi quis, §. ſed etſi quis.*

Quod tamen mirum videtur, Vt ſc. Præſes prouinciæ, qui merum in prouincia ſua imperium habet, ac ius gladij in facinoroſos homines ad vitam iis adimendam, inconſulto quoque Principe, deportare tamen non poſſit in inſulam, quod multò minus eſt, niſi Cæſare permittente; cùm dici ſoleat, cui licet quod plus eſt, multò magis debere quod minus eſt licere: *l. non debet cui 21. De regul. iur.* Præſertim cùm eã poteſtatem habeat Præfectus vrbi, *d. l. inter 6. § 1.* cuius tamen vt & ceterorum omnium magiſtratuũ, qui in vrbe ſunt, partes gerit Præſes in prouincia, *l. 4. l. ex omnib. 10 cũ ſeqq. D. de offic. præſid.*

Duplex tamen eius iuris ratio videtur adferri poſſe, Vna propter periculum quod ſibi & Reipublicæ poſſunt Principes timere à deportatis tanquam ab hoſtibus, in cuſtodia quidem, ſed libera conſtitutis, (qui enim deportati ſunt in certam inſulam nullo alio vinculo tenentur, quàm metu pœnæ capitis, in quam commutanda erit pœna deportationis, ſi quid illi facient contra ſententiam & interdictionem: *l. relegati 4. D de pœn.*) Altera quòd eum ciuitati honorem habere Imperatores voluerint, vt Præſidibus ſuis qui non populi Romani, ſed Cæſaris magiſtratus ſunt, noluerint datam adimendæ ciuitatis poteſtatem, quam tamen non ſolùm Præfectus vrbi in vrbe, ſed etiam Proconſules in prouinciis, quia populi Romani magiſtratus erant, ſine dubio habuerunt, vt ſcripſimus ad *Pr. 4. tit. quib. mod. ius patr. poteſt. ſoluit.*

At cum eo quod diximus eſſe hanc minorem & mediam capitis deminutionem, pugnare videtur quod ſcribit Calliſtratus in *l. pen. D. de var. & extraord. cognit. in §. vlt.* Conſumi exiſtimationem quoties magna capitis deminutio interuenit, id eſt inquit, cùm libertas adimitur, veluti cum aqua & igni interdicitur, quod in perſona deportatorũ euenit (lego enim *quod*, pro *quæ*; ſicuti contrario errore ſcriptum eſt *quod*, pro *quæ*, in *l. 3. D. de iuriſd.* vt docuimus *li. 3. Comect.*) vel cùm plebeius in opus metalli, vel in metallum datur. Quibus verbis apparet Calliſtratum nullam inter deportationem & alias pœnas, quę libertatem adimunt, conſtituere differentiam, nec dubitare quin per deportationem etiam libertas adimatur.

Emendatus Calliſtratus.

Qua de cauſa putarunt quidam corruptum eſſe locum, & pro *magna*, legendum, *media*, in illis verbis *quoties magna capitis deminutio interuenit.* Quam tamen emendationem non patitur quod ſtatim ſequitur, *id eſt cùm libertas adimitur*, quod exemplum non poteſt accommodari mediæ capitis deminutioni. Quænam enim erit magna, ſi media illa eſt per quam libertas adimitur? Sed iidem hoc quoque emendant, & pro *id eſt*, legunt *idem eſt*: Omnino inſulsè; niſi ad totam illam clauſulam *idem eſt cùm libertas adimitur*, parentheſi concludant, vt quod ſequitur *veluti cùm aqua & igni interdicitur*, poſſit referri ad illa præcedentia, in quibus volunt illi actum eſſe de media capitis deminutione. Subtilius eſt, ſed non verius, quo docuit Iacobus Cuiacius, duplicem eſſe libertatem, vnam iuris gentium, alteram iuris Quiritium. Priorem quidem non amitti per deportationẽ, ſed amitti poſteriorem: & de ea intelligendũ eſſe Calliſtratum, quia libertas iuris Quiritium non ſit quid differens ab ipſa ciuitate Romana: quæ cùm amittatur per deportationem, libertatem quoque iure Quiritium amitti neceſſe eſt, redacto ciue Romano ad peregrinitatem, atque ita effecto non minùs incapace omnium eorum quæ ſunt iuris ciuilis, quàm ſi libertatem iuris gentium amiſiſſet, cùm perinde verum ſit deſinere illum habere caput in ciuitate: Vnde eſt quod pleriſque iuris locis morti deportatio cõparatur, *l. Gallus 29. §. & quid ſi tantùm, De liber. & poſthum. l. 1. § pen. D. de bonor. poſſ. contr. tab. l. 4. §. ſi deportatus, D de bon. libert.* iunct. *l. ſi hac leg. 10. §. ſed ſi per pœnam, D. de in ius vocand. l. 2. C. de her. inſt.*

Etiam deportatio morti comparatur.

Verùm planè commentitia eſt diſtinctio iſta libertatis, nec vllo iuris loco probari poteſt. Probabilius erit meo iudicio, ſi dicamus Calliſtratũ in *d. l. pen.* qui locus has difficultates ſolus parit, non loqui de maxima capitis deminutione, ſed de magna: quo nomine tam media & quæ minor, quàm quæ maxima ſignificatur: Cum magnæ non aliam poſſis opponere quàm quæ parua ſit, Cuius appellatione conuenientius eſt vt minima, quàm vt media ſignificetur. Hòc verò admiſſo, quod negari non poteſt, apparet id agere Calliſtratum, vt adferat exempla magnæ capitis deminutionis, nec minus quatenus ea maxima, quàm quatenus media eſt. Ideò

incipit ab exemplo quod ad ſolam capitis deminutionem maximam pertinet, *id eſt*, inquit, *cùm libertas adimitur*. Quod ergo ſequitur, *velati cùm aqua & igni interdicitur*, non exemplum eſt eius capitis deminutionis per quam libertas adimatur, vt vulgo Noſtri ſentiunt, ſed aliud exemplum magnæ capitis deminutionis, per quam exiſtimatio conſumatur. Nam & quod ſubiicitur, *vel cùm plebeius in opus metalli, vel in metallum datur*, non ſecundum exemplum eſt eius capitis deminutionis, per quam libertas amittatur, ſed tertium magnæ capitis deminutionis quæ conſumat exiſtimationem. Perinde igitur eſt ac ſi ſcripſiſſet Calliſtratus in ſecundo exemplo, *vel cùm aqua & igni interdicitur*: quemadmodum in addendo tertio exemplo ſcribit, *vel cùm plebeius*. Quid enim referret ſcriptum ſit, *vel*, an *veluti* ad ponendum exemplum?

Interpretatio Calliſtrati.

Id ſolùm mirari quis poſſit, Cur maximam capitis deminutionem à media non ſeparet Calliſtratus, ſed vtramque iungat, cùm vtramque vocat magnam. Sed facilis reſponſio eſt ita factum à Calliſtrato, quoniam tractabat de conſumptione exiſtimationis; nihil autem intereſt ad conſumendam exiſtimationem, vtrum quis maximam capitis minutionem, an verò mediam patiatur: cùm nulla poſſit eſſe in ciuitate exiſtimatio illius, qui ne quidem caput in ciuitate habere intelligitur. Aliud igitur eſt ſi tractemus de amiſſione libertatis, aut ciuitatis, quoniam ſunt iſta longè differentia, nec confundi vnquam debent. Et ita mihi omnino videtur: Reliqua quæ de deportatione dici poſſent, petenda ſunt ex iis quæ ſcripſimus ad *Princ. &. 3. 4. & 5. ſupr. quib. mod. ius patr. poteſt. ſolu.*

ILLATIO IV.

De minima capitis deminutione quæ per familia mutationem contingit.

QVartò ex eodem Princ. fit, vt tum quoque cùm ſalua libertate & ciuitate familiam quis mutat, capite minui dicatur, quia hoc quoque caſu ſtatus hominis commutatur qui in familia etiam conſiſtit, *d. l. vl. D. h. t. §. minima eo.* vbi dicitur minimam eſſe hanc capitis deminutionem, quoniam ex tribus illis quæ ciues omnes habent, libertatem, ciuitatem, & familiam, poſtremum hoc minimum eſt, ſi cum cæteris conferatur. Contingit autem hæc minima capitis deminutio in his qui cùm ſui iuris fuerint, cæperunt alieno iuri ſubiecti eſſe, ſe per adrogationem; vel contrà ſi quis ex filiofamilias factus ſit ſui iuris per emancipationem. Qui enim adrogatur cùm antea eſſet ſui iuris, propriámque haberet familiam, amittit eam per adrogationem, tranſitque in nouam familiam eius à quo adrogatur: Qui verò emancipatur, amittit familiā paternam, licèt nouam ipſe conſtituat à paterna penitus diſtinctam, & in qua ideò patri extraneus eſſe intelligitur, *l. quin etiam 55. in fin. D. de rit. nupt.* Quid ergo ſi filiusfamilias in adoptionem datus ſit à patre: Nullam ille propriam familiam nanciſcitur, ſed non eo minùs amittit paternam, eámque commutat in familiam patris adoptiui, ob idque etiam capite minui dicitur, licèt familia patris adoptiui nobilior ſit & opulentior quàm fuiſſet familia patris naturalis. Nec enim familia mutari poteſt, quin perſona ipſa quę mutat familiam, alia facta eſſe videatur ſtatus mutatione.

In emancipato tamen manifeſtior eſt ratio quæ induceit capitis deminutionem: Illa nempe, quod emancipari nemo poſſit, niſi prius in imaginariam ſeruilem cauſam deductus, propter imaginarias illas tres venditiones quas fieri neceſſe erat, vt filius patria poteſtate liberaretur. Adeò potens erat vinculum ius patriæ poteſtatis & indiſſolubile, ita facientibus verbis legis duodecim tabularum, vt non aliter poſſet filiusfamilias liberari patria poteſtate viuo patre, quàm ſi ter à patre venundatus eſſet; Quaſi non alius pater eſſet indignus cui leges conſeruarent ius poteſtatis, quàm qui filium ſuum tam malè tractaſſet, vt eum ter vendidiſſet: *l. 3. §. vlt. D. hoc tit. l. vlt. C. de emancip. liber.* vbi has ſolennitates tollens Iuſtinianus, vocat hanc vanam obſeruationem, & venditiones iſtas figuratas, & circumductiones inextricabiles, & iniurioſa rhapiſmata, quorum nullus rationabilis exitus inuenitur. Eadémque ratio in filiofamilias adoptato locum habet, ſi iuris veteris ratio inſpiciatur, cùm non fierent olim adoptiones niſi per tres emancipationes, & duas manumiſſiones in filiis, aut per vnam emancipationem in cæteris liberis: *l. vlt. C. de adopt.*

Sed de adrogato non idem dici poteſt, cùm patriſfamilias adrogatio fieret ſolo imperio Magiſtratus, aut populi Romani, aut etiam Principis *l. 2. D. eod.* nec proinde emancipationes vllæ, aut manumiſſiones in eam rem interueniebant. An igitur nullam capitis deminutionem adrogatum pati dicendum erit? At Iuſtin. noſter repugnat *in hoc tit.* itémque Vlpian. in *l. 2. D. eod.* vbi poſtquàm præfatus eſt edictum illud *De capite minutis*, ad eas tantùm capitis deminutiones pertinere, quæ ſalua ciuitate contingunt, ſubinde tractat de eo qui ſit adrogatus, itámque de eo, qui debitorem ſuum adrogauit: Non alia vtique ratione, quàm quòd minima capitis deminutio interueniat in adrogatione. Alioqui dicendum eſſet nec per emancipationem, nec per adoptionem hodie vllam capitis deminutionem contingere, ſi quidem ſublatæ ſunt, vt diximus, imaginariæ omnes illę venditiones *d. l. vlt.* Et tamen non ita eſt. Æquè enim hodie ac olim capite minuitur quiſquis emancipatur, aut adrogatur; quia ſemper illud verum eſt mutari ab eo familiam, & conſequenter amitti eam quam habebat: qui autem in alia familia eſt, is alius homo eſſe videtur non minùs quàm ſi eſſet in alia ciuitate, priore amiſſa; quod vnum inſpiciendum eſt, ſcil. an familia mutata ſit nec ne, cùm quæritur de capitis minutione; vt ex eo appareat quod liberi quoque, qui adrogatum patrem ſequuntur, minui capite dicuntur, cùm & ipſi familiam mutent: *l. 2. D. hoc tit.* licèt ipſi tamen non emancipentur, immò nec adrogentur.

Nec aliud reſpondendum putarem etiam iure codicis de filiofamilias dato in adoptionem extraneo adoptatori. Etſi enim placuit idem Iuſtiniano, vt qui datur in adoptionem hodie non amittat iura familiæ patris ſui naturalis, ſed priſtina omnia quæ in ea ante adoptionem habuit, retineat; & prætereà ſibi acquirat iura ſuccedendi patri adoptiuo ab inteſtato, dum ne contra teſtamentum: in *l. pen. C. eod. tit. De adopt.* Nemo autem capite minutus dici poteſt ob id ſolùm quòd familiam acquiſierit nouam, ſed ob id vnum quòd veterem amiſerit: Negari tamen non poteſt

poteſt quin amittat ſuitatem, & exeat de poteſtate patris naturalis, fiátque filiusfamilias patris adoptiui: Quod ſufficit ad inducendam illam ſtatus mutationem, ex qua capitis diminutio minima æſtimatur. Vno ſanè caſu qui in adoptionem à patre datur, amittit omnino familiam paternam; nimirum ſi in adoptionem datus, ſit auo naturali, vt pluribus a nobis traditum & explicatum eſt ad *tit. De adopt. ex dict. l. penult.*

ILLATIO V.

De ſeruo manumiſſo.

§. ſeruus autem hoc tit.

QVintò ex eodem Principio fit, vt ſi ſeruus manumittatur, non ideò capite minui dicatur, quippe qui nullum antea caput in ciuitate habuit, *§. ſeruus autem, hoc tit. d. l. 3. §. vlt.* iunct. *l. ſeq. D. eod.* vbi additur, ſeruum hunc, qui manumittitur, incipere ſtatum habere eo ipſo die quo iam manumiſſus reperitur: nullum ergo ſtatum mutare potuit. Nam & prius eſt, vt incipiat quis ſtatum aliquem habere, quàm vt eum mutet: *l. ſi in diem 46. l. Titio vſusfructus 96. D. de condit. & demonſtr.* Pendet enim hoc ex Principio illo Philoſophorum à Prudentibus noſtris adprobato, Priuationem præſupponere habitum: *vulg. l. 4. D. de iuſt. & iur.* Et verò ſi ſtatus hominis cuiuſlibet in his tribus conſiſtit quæ *ſuprà* retulimus, libertate, ciuitate, & familia; quid certius eſt quàm ſeruum neque libertatem habere, neque ciuitatem, neque familiam? Habentur namque pro mortuis quod ad ius ciuile attinet, *l. quod attinet 32. De regul. iur.* aut ſi pro viuis habeantur, hactenus habentur vt quadrupedibus æquiparentur, *l. 5. D. ad leg. Aquil.* Imò nec iure prætorio computantur, adeóque nec extra ordinem, *l. nullomodo 7. D. ad leg. Cornel. de falſ.* Eadem ratione poſſim dicere deportatum, ſi quid faciat propter quod grauius condemnari debeat, & fieri ſeruus pœnæ, putà ſi locis interdictis non abſtinuerit, iuxta *l. relegati 4. De pœn.* non ideò minutum iri capite quod iam nullum habet in ciuitate, cùm ciuis eſſe deſierit. Etſi enim adhuc habet aliquid quod poſſit amittere, nullum tamen caput habet, quod poſſit minui, quandoquidem capitis deminutio quælibet eſt ex iure ciuili, cuius omnino incapaces ſunt & actiuè & paſſiuè, quotquot non ſunt ciues.

ILLATIO VI.

De mutatione dignitatis.

SExtò ex eodem Principio fit, vt quibus dignitas magis quàm ſtatus permutatur, ij capite non minuantur, adeò vt conſtet eum quoque, qui à Senatu motus eſt, capite minutum dici non poſſe, *§. quibus autem, hoc tit. l. 3. D. de Senator.* Nam neque familiam amittit, neque libertatem, at neque ciuitatem, cùm Romæ morari poſſit, *d. l. 3.* Minuit tamen ea res exiſtimationem; nam cùm exiſtimatio nihil aliud ſit, quàm dignitatis illæſæ ſtatus legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto noſtro, autoritate legum, aut minuitur, aut conſumitur; vt Calliſtratus definit in *l. pen. § 1. D. de var. & extr. cogn.* dubitari non poteſt quin minuatur exiſtimatio, quoties manente libertate adeóque ciuitate circa ſtatum dignitatis pœna plectimur; ſicuti cū relegatur quis, vel cū ordine mouetur, vel cum prohibetur muneribus publicis fungi & honoribus, vel cum plebeius fuſtibus cæditur, vel in opus publicum datur, vel cùm in eam cauſam quis incidit quæ edicto perpetuo inter infamiæ cauſas enumeratur, *d. l. pen. §. minuitur.* Ex quo loco apparet quidem eſſe ſtatum aliquem dignitatis; vnde poſſit fortaſſe quis inferre, ſi capitis minutio nihil niſi ſtatus mutatio eſt, eſſe hanc quoque capitis diminutionem: Sed cùm non ſit ſtatus capitis, non poteſt ea mutatio vllam inducere capitis deminutionem. Statum enim capitis, non dignitatis eſſe oportet eum qui mutatur, vt capitis deminutio inducatur. Alias non capitis, ſed dignitatis deminutio eſt.

ILLATIO VII.

De neceſſitate & ratione edicti prætorij, De capite minutis.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt neceſſarium fuerit Prætoris edictum, *De capite minutis*, inter cætera capita edicti, *De in integrum reſtitutionibus*; Nimirum ad reſtituendam creditori actionem in eum, qui capitis minutionem alius quidam factus eſſe intelligitur, cùm ea res perimat ipſo iure actionem & obligationem, qua minutus capite antea tenebatur. *Tit. D. de cap. minu.* Qui enim contraxit cum Q. Tullio Cicerone, ſi à patre M. Tullio filius detur in adoptionem Catoni, vel emancipetur, non poteſt amplius dicere obligatum ſe habere Q. Tullium Ciceronem, qui iam eſt Cato, aut paterfamilias propriam habens familiam à Ciceronum familia penitus diſtinctam. Idémque multò magis obtinet ſi is, qui erat ſui iuris, vltrò dederit ſe adrogandum. Alius enim homo eſt qui nunc filiusfamilias reperitur, cùm tempore contractus paterfamilias eſſet.

At quoniam ratio hæc ſola iuris ciuilis ſubtilitate nititur, cùm re vera eadem perſona poſt capitis deminutionem ſit, quæ ante fuerat obligata, æquiſſimè Prætor prouidit, vt ex eo edicto reſtituatur actio priſtina creditori, nec recuſare poſſit qui capite minutus eſt quominùs eam ſuſcipiat, ſiue ex patrefamilias filiusfamilias, ſiue ex filiofamilias paterfamilias factus reperiatur; ne alioqui deterior fiat conditio creditoris ex alieno facto: *l. 1. D. de alien. iud. mut. cauſ. fact.* Ideóque bene monet Vlp. in *l. 2. ill. tit.* pertinere hoc edictum ad eas capitis deminutiones, quæ ſalua ciuitate contingunt. Nam ſiue libertatis ſiue ciuitatis amiſſione contingat capitis deminutio, ceſſabit edictū, cùm neque poſſint hi penitus conueniri: id eſt non magis prætoria, quàm ciuili; nec magis noua, quàm vetere & priſtina actione, *l. tutelae 7. § pen. eod.* Neque enim cum ſeruo vlla actio eſſe poteſt, *l. cum ſeruo 107. De reg. iur.* nec rurſus cum deportato, cùm actiones omnes ſint iuris ciuilis, ac proinde tales quæ nec exerceri poſſunt, nec ſuſcipi ab eo qui incapax eſt omniū quæ ſunt iuris ciuilis. Quamuis placeat eum qui ciuitatem amiſit, ſi bona detineat, vtilibus actionibus teneri, *l. relegatus 14. §. vlt. D. de interd. & releg.* quæ vtiles actiones cùm deſcendant ex æquitate, non poſſunt habere locum aduerſus deportatū, ſi cum ciuitate bona amiſerit.

Quænam enim reſtitutionis æquitas eſſe poteſt aduerſus eum, qui amiſſis bonis & ciuitate relicta nudus exulat? *l.tutelas 7.§.vl.h.t.* De quo ſcripſimus ad *Princ.3.ill.4. tit. Quib. mod. ius patr.poteſt.ſoluit.*

An ergo debiti iacturam patientur, qui cum deportato ante ſuſpicionem, nedum irrogationem pœnæ, bona fide contraxerant? Minimè, ſed dabitur actio nempe vtilis in eos ad quos bona peruenerunt, *d.l. 2.in princ.h.t.* Scil. ex eiuſmodi confiſcatione, & publicatione, quæ regulariter ſequitur deportationem, aut eam potiùs concomitatur: *d.l.relegatus 14.§.magna.* Edicti autem verba bene concepta ſunt, vt appareat non aliam proponendi eius cauſam fuiſſe, quàm quæ à nobis allata fuit. Sic enim ſe habent. *Qui, quæve poſteaquàm quid cum his actum contractumve ſit, capite diminuti deminutæve eſſe dicentur, in eos, eáſve perinde ac ſi id factum non ſit, iudicium dabo. d.l.2.§.1* vbi addit Vlpianus, Eos, qui capite minuuntur, ex his cauſis quę capitis deminutionem præceſſerunt, manere obligatos naturaliter non ciuiliter. Si manerent obligati ciuiliter nullo eſſet opus edicto; ſi verò nec naturaliter obligati manerent, vix vlla eſſet cauſa iis ſuccurrendi, ſiquidem naturalis obligatio ſolius æquitatis naturalis vinculo ſuſtinetur, *l. Stichum aut Pamphilum 95.§.naturalis, De ſolut.* Prætoria verò æquitas, non aliud fundamentum habet, quàm æquitatem illam naturalem, temperamentum nimij nimíſque aſperi iuris, ideò autem remanet etiam poſt capitis deminutionem naturalis obligatio, quòd ea ex facto & rei naturæque veritate æſtimatur, magis quàm ex iure: *d.§.naturalis, & l. nec ſeruus 41. D. de pecul.* capitis autem deminutio, cùm ſit inuentum iuris ciuilis, non poteſt facere vt quandiu rerera viuit ea perſona quæ capitis minutionem paſſa eſt, non ſit eadem illa quæ fuit antea. Nam quod alius homo eſſe creditur qui ex alia familia eſt, fictio & mendacium eſt, cui cauſam illud prębet quod Legiſlator ciuilis ſuorum ciuium capita recenſet atque æſtimat ex familiis, & pro familiarum diuerſitate alios atque alios facit.

Quod tamen ſequitur apud Vlpianum in *dict. l.2.§.qui, hoc titul. ceterùm ſi poſtea, imputare quis ſibi debebit, cur contraxerit, quantum ad verba huius edicto pertinet, ſed interdum ſi contrahatur cum his poſt capitis diminutionem danda eſt actio*, hoc inquam non poſſum ego intelligere. Quid enim eſt quod poſſis imputare illi, qui contrahit poſt capitis deminutionem? Nam neque vllo indiget edicto vt actionem aliquam vel acquirere ſibi poſſit, vel quam acquiſiit conſeruare, quoties contraxit cum eo qui iam emancipatus erat, vel adoptatus. Siquidem poſſunt iſti vtique obligari, nec tantùm naturaliter, ſed etiam ciuiliter & efficaciter; Emancipatus quidem faciliùs quàm anteà, cùm ſit paterfamilias & ſui iuris; Adoptatus verò æquè facilè cùm ſit perinde filiusfamilias atque fuerat ante adoptionem, & conſequenter talis qui poſſit & obligari & conueniri: *l. tam ex contractibus 57.D. de iudic. l. ſi quis cum filiofamilias 44. D. de pecul.* Et ob id nimirum Prætor non propoſuit edictum niſi pro iis obligationibus, quæ eſſent contractæ ante capitis deminutionem, vt ex ſupradictis edicti verbis apparet, vt ſcilicet eas actiones & obligationes reſtitueret quæ nimia iuris ſubtilitate per capitis deminutionem intercidiſſe videbantur: quod non ſimiliter dici poterat de obligationibus poſtea contractis, niſi fortè quis diceret intercidiſſe illas priuſquàm eſſe cœpiſſent, quod eſſet abſurdum: *leg.ſi in diem 46.leg.Titio vſusfructus 96. De condit. & demonſtr.* Itaque quod Lex ait *quantum ad verba edicti pertinet*, commodum ſenſum habere nullum poteſt. Quaſi verò potius dici, deficientibus verbis edicti ſententiam tamen Prætoris ad eas quoque obligationes quæ poſtea contractæ ſunt, pertinere. Et quod additur, *ſed interdum ſi contrahatur cum his poſt capitis diminutionem, danda eſt actio:* magis ridiculum eſt. Non enim interdum, ſed ſemper id accidit vt contra eum qui capite minutus eſt, danda ſit actio ex contractu inito poſt capitis diminutionem, ſi nihil aliud ſit quod impediat actionem.

Denique quod ſequitur, *& quidem ſi adrogatus ſit, nullus labor; nam perinde obligabitur vt filiusfamilias*, præter id quod parum eleganter dictum eſt, ineptum etiam videtur. Quaſi verò is qui adrogatus eſt, non ſit filiusfamilias. Eſt ergo tota illa clauſula Triboniani meo iudicio, potiùs quàm Vlpiani, vt ſcripſi *in Rationalibus* ad illum locum.

Tribonianiſmus apud Vlpianum.

ILLATIO VIII.

De filiofamilias facto ſui iuris per mortem patris.

Octauò ex eodem Principio fit, vt ſi filiusfamilias fiat ſui iuris per mortem, aut deportationẽ patris, non ideò tamen capite minui intelligatur: *l.3.§.vlt. D.de S.C.Macedon.* quia ſcil. neque libertatem amittit, neque ciuitatem, neque familiam, cùm retineat ea omnia, quæ habuit viuo patre, maximè verò familiam, *l. in ſuis 11.D. de liber.& poſthum.* Proinde non mutat ſtatum, qui in his tribus conſiſtit, ſed potiùs conditionem. Capitis autem diminutio, non conditionis, ſed ſtatus mutatio eſt.

ILLATIO IX.

De edicto De capit.minut. An hodie locum habeat.

Nonò ex eodem Principio fit, vt etiam hodie, perinde atque olim, capitis deminutio contingat per emancipationem, perindéque ſit neceſſarium edictum *De capite minutis* eis, qui contraxerant cum filiofamilias priùs quàm emanciparetur, quia licèt ſublatæ ſint imaginariæ illæ mancipationes quæ filium in imaginariam ſeruilem cauſam deducebant; illud tamen verum ſemper eſt, emancipatum amittere familiam paternam, & nanciſci nouam. Ex quo ſolo capitis deminutio æſtimatur. Nec quod emancipatis ſalua ſunt iura ſucceſſionis etiam legitimæ ex Iuſtiniani *Nouell. 118. De hæred. ab inteſt.venient.* ad rem facit. Etſi enim ſuſtulit Iuſtinianus differentiam ſuitatis & emancipationis quantum ad cauſam ſuccedendi, ſiue ex teſtamento, ſiue ab inteſtato (nam & emancipati hodie inſtitui neceſſariò debent, vel exhæredari, quemadmodum ſui hæredes, alioqui teſtamentum ipſo iure eſt nullum: *Nouell. 115. Vt cùm de appell.cognoſc. §. aliud quoque capitulum*) non tamen vſque adeò confuſa ſint & nomina & iura

Imaginariæ mancipationes hodie ſublatæ.

emancipatorum

emanciparorum ac ſuotum hæredum, vt non ſit verum eriam hodie deſiiſſe ſuum hæredem eſſe filium, qui fuir emanciparus; & deſiiſſe filiumfamilias eſſe, quamuis filius eſſe non deſinat.

Quamquam in hoc ipſo fatendnm eſt multum de iure vetere per Iuſtiniani conſtitutiones fuiſſe immutatum. Ius enim vetus nullos agnoſcebar filios, niſi qui eſſent filijfamilias; vt nec patres, niſi qui eſtent patresfamilias: Indéque eſt quod Iutiſc. in *l. nam ciuium 4. D. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt*, ſummam illam ciuium diuiſionem facir vt alij patresfamilias ſint, alij filijfamilias, aliæ martesfamilias, aliæ filiætamilias. Iuſtinianus verò voluit filios emanciparos licet deſinant eſſe filijfamilias tamen non deſinere filios eſſe, eadémque in ſuccedeodo iura habere quæ haberent etiamſi in patris poteſtate manſiſſent. Sed non ideò poſſit hodie defendere filiosfamilias cùm emancipantur nihil omnino amittere, cùm exeant de parris naturalis poteſtate, ideóque amittant ſuitatem, nec retineant paternam familiam, niſi quantum ad ius ſuccedendi ab inteſtato. Scripſimus *in Rationalibus.*

Perinde ergo neceſſarius hodie vſus etit, nec minot neceſſitas edicti *De capite minutis.* Maximè verò propter eos qui à patre dantur in adoptionem auo materno, & præterea propter adrogationes. Nam & hodie ſi quis adrogetur, amittit ſanè priſtinam familiam ſuam, eamque transferr in domum adrogatoris ſui: *l. qui ex liberis 11. §. teſtamento D. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tabul.* Igitur qui contraxit cum adrogaro ante adrogationem, indiget auxilio Prætoris & edicti, vt aduerſus adrogatum qui nunc filiusfamilias eſt, actio priſtina ei teſtituatur, qàm per adrogarionem amiſit, quemadmodum & olim: Excepro caſu illo ſingulari, quem Vlpianus ponir in *d. l. 2. §. ei qui debitorem, D. hoc tit.* id eſt ſi quis debitorem ſuum non adrogauerit. Huic enim non reſtituitur actio in adrogatum, non ſolum quandiu adrogatio durat (tunc enim alia ratio impedit reſtitutionem, ſcilicet quod inter patrem & filium, qui eſt in poteſtate lis nulla eſſe poſſit niſi ex caſtrenſi peculio, *l. lis nulla 4. D. de iudic. l. ne cum filiofamilias 16. D. de furt.*) ſed nec ſi adrogatus ille iterum ſui iuris fiat. Nam cùm ratio edicti qua motus fuit Prætor, vt actionem reſtitueret quæ fuerat extincta per capitis diminutionem; non alia ſit qnàm quòd iniquum ſit alieno facto deteriorem fieri conditionem creditoris, cui nihil poteſt imputari; *l. 1. D. de alien. iudic. mut. cauſ. fact.* apparet rationem hanc æquitatis ceſſare in adrogatore, qui debitorem ſuum adrogando vltro, propriam ſuo & proprio facto amiſit actionem.

ILLATIO X.

De iis quæ ſunt iuris publici non amittendis per minimam capitis deminutionem.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt quemadmodum is qui & libertatem & ciuitatem amittit, ea quoque perdit omnia quæ ſunt iuris ciuilis, & quæ ad ius ciuitatis pertiuent; Ira dicendum ſit per eam capitis deminutionem, quæ ſalua ciuitate accidit, publica iura oon intetueti. Certum eoim eſt, eum, qui capite minuitur minima capiris deminutione, manere Magiſtratum, Senatorem, Iudicem, denique & cætera quæ publica ſunt in eo non finiri: *l. amiſſione 5. §. vlt.* cum *l. ſeq. D. hoc tit.* vbi ratio redditur quod hæc minima capitis deminutio, priuara duntaxat hominis & familiæ eius iura, non ciuitatis amittat; Ne alioquin eueniat, vt latiùs pateat effectus quàm cauſa.

ILLATIO XI.

De capitis deminutione contingente iis qui deficiunt.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt etiam ij qui deficiunt, capite minui dicantur: *l. amiſſione 5. §. 1. D. hoc tit.* vbi Paulus explicat deficere illos, qui ab his ſub quorum imperio ſunt, deſiſtunt; & io hoſtium oumerum ſe conferunt. Sed & hi, inquit, quos Senatus hoſtes iudicauit lege lata, Vtrique (ſic enim lego, non *vtique*, vt vulgò:) id eſt tam qui deficiunt, quàm quos Senatus hoſtes iudicauit, vſque eo vt & ciuitatem amittant, quæ media capitis demioutio eſt. Adeò autem hoc verùm eſt, eos qui deficiuot pati capitis deminutionem, vt neque poſtliminio reuerti poſſint, nec ſi adhuc viuum habeant patrem in cuius erant poteſtate (quo caſu videbatur facilius eis concedendum ius poſtliminij ex perſona patris) qoia paret non minùs illos amiſit, quàm parria, & quia diſciplina caſtrorum antiquior fuit parentibus Romanis, quam charitas liberorum, vt idem Paulus ait eleganter in *l. poſtliminium 18. §. filius, D. de capt. & poſtlim.* *l. poſtliminium. § filius, D. de captiu. & poſtlim.*

PRINCIPIVM II.

De non facienda deteriore cuiuſquam conditione ex facto alterius.

N*Vmquam ex alieno facto debet fieri deterior conditio eius, cui nihil poteſt imputari*: *l. 1. D. de alienat. iudic. mut. cauſ. fact.* vbi Caius ſcribens ad edictum prouinciale, monet omnibus modis id agere Proconſulem in prouincia, quod & Prætor agit in Vrbe, ne cuius deterior cauſa fiat ex alieno facto. Cui Principio reſpondet vulgata illa iuris regula, Non debere alteri per alterum ioiquam conditionem inferri: *l. non debet alteri 74. De regul. iur.* Item illa, Id quod noſtrum eſt ſine facto noſtro nobis auffetri non poſſe: *l. id quod noſtrum 11. eod. cum ſimilib.*

ILLATIO I.

Ratio edicti prætorij De capite minutis.

EX hoc Principio pender tota ratio huius edicti *De capite minutis*, Nam cùm oihil aliud eo agat Prætor, niſi vt creditori actionem priſtinam reſtituat, quæ ipſo iure interciderat per minimá capitis diminutionem, ob idque poſitus ſit ille titulus *in Pandectis* inter cæteras partes edicti *De reſtitutionibus in integrum*; Conſtat non

hodie cedere ex die mortis, Vt ſignificent ex eo tempore & delatam eſſe, & acquiri poſſe.

Scio Vlpianum in *l. 3. D. quand. dies legat. ced.* ſic argumentari vt dicat fruſtra fore ſi quis vellet diem vſusfructus cedere ante aditam hæreditatem, cùm ad hæredem, inquit, non transmittatur. Sed ea argumentatio quamuis bona ſit in legato vſusfructus, tamen in cæteris non eſt bona, nec eſt perpetua, imò præpoſtera. Nec enim ideò legatorum vel fideicommiſſorum purè datorum dies cedit à die mortis quod tranſmittantur ad hæredem; ſed è contrario ideò tranſmittuntur ad hæredem, mortuo ante aditam hæreditatem legatario, vel fideicommiſſario, quod eorum dies ceſſerit à morte teſtatoris. Diem namque cedere non illud eſt, incipere tranſmitti poſſe; ſed incipere delatum quid eſſe, vt diximus, cùm agimus de vltimis voluntatibus; Debitum verò eſſe, cùm agimus de contractibus: *l. cedere diem 213. De verb. ſignific.* Tranſmiſſibilia verò non ſunt omnia quæ ſunt delata ea vltima voluntate, vt videre eſt in hæreditate; Vt è contrario, tranſmiſſibilia ſunt etiam ea quæ nondum ſunt debita ea contractu, puta quæ ſunt promiſſa ſub conditione, ante cuius euentum ſtipulator deceſſerit, *§. ex conditionali, Inſtit. de verb. obligat.* Eſt igitur ratio illa Vlpiani in *d. l. 1* adiecta ea abundanti, vt ſignificet parum intereſſe fructuarij quod dicamus diem vſusfructus non cedere niſi ab adita hæreditate; quia etiamſi cederet à die mortis, non ideò tamen fructuarius eum tranſmitteret ad hæredem. Verùm poſſet reſponderi, imò futurum eo caſu vt tranſmitteret ad hæredem ius petendorum fructuum, qui à die mortis percepti eſſent, quemadmodum tranſmitteret is, cui non ius vſusfructus legatum eſſet, ſed fructus ipſi, qui ex fundo Corneliano primo anno perciperentur, aut frumenta, aut vina fundi Corneliani. Hæc enim legata quin tranſmittantur ad hæredem legatarij, etiamſi legatarius ante aditam hæreditatem deceſſerit, nemini dubium eſt; cùm longè aliud ſit legari corpora fructuum, aliud verò legari ius ipſum vſusfructus: *l. vacca emptor. 43. D. de euiction.* Quidni ergo idem eueniret legato vſufructu, ſi vſusfructus legati dies cederet à morte teſtatoris; Niſi fortè replicabis quod verum eſt; Illam adhuc rationem obſtaturam tranſmiſſioni, quod non alij fructus pertinent ad fructuarium, aut tranſmiſſionis iure ad ipſius hæredem, quàm quos fructuarius ipſe percepit: In quo minùs iuris habet fructuarius, quàm bonæ fidei poſſeſſor, ad quem fructus omnes pertinent qui à ſolo ſunt ſeparati, *l. fructuarius meſſem 13. D. quib. mod. vſusfr. amitt.* Nam etſi fructuarius deceſſerit poſt aditam hæreditatem, non ideò tamen tranſmittet ad hæredem fructus etiam à ſolo ſeparatos, quos non ipſe perceperit. Igitur neque tranſmittet fructus eius temporis, quod hæreditatis aditionem præceſſiſſet, etiamſi ius tale eſſet, vt dies vſusfructus legati cederet à morte teſtatoris. Ex eóque tantò clarius fit, vſumfructum habere rationem ſpecialem, propter quam nec dies eius poſſit cedere ante aditam hæreditatem, nec vſusfructus ipſe tranſmitti, etiam cuius dies ceſſerit, adeóque qui fuerit acquiſitus: nempe quia morte finitur & cum perſona extinguitur. Alioqui ſi in ſupradicta Vlpiani ratione perſtare velis, æquè ex ea probabo diem vſusfructus legati non magis cedere ab adita hæreditate, quam ea die mortis, quia nec poſt aditam hæreditatem tranſmittitur. Eadémque argumentatio aptari poterit ad quæſtionem noſtram de tutela. Nam nec tutela, quæ iam delata eſt, adeóque acquiſita, poteſt tranſmitti ad hæredem tutoris, quantumuis adita ſit hæreditas: *d. l. tutela.* Perinde igitur erit inferendum ea Bartolo contra Bartolum, Tutelæ diem nunquam cedere, id eſt ne quidem adita hæreditate.

Et ſanè vereor ne minus propriè loquamur, cùm dicimus tutelæ diem, ſiue cedere, ſiue non cedere, ſiue à morte teſtatoris, ſiue ab adita hæreditate: Sicut nec bene, meo iudicio, loquuntur Noſtri, cùm dicunt hæreditatis diem cedere ex die mortis, pro eo quod volunt dicere, hæreditatem ea eo tempore delatam eſſe, & adiri poſſe. Etſi enim omnia quorũ dies ceſſit, ea vel delata, vel debita eſſe poſſumus dicere? Non tamen ſimiliter quis dixerit eorum omnium quæ delata ſunt, diem ceſſiſſe. Nam eorum demũ cedit dies, quorum vel ſimul etiam venit dies, vel aliquando venire poteſt, Venire autem diem, nihil aliud eſt quam incipere poſſe peti id cuius dies venit, vt in *d. l. cedere diem*, aut iam ipſo iure acquiſitum eſſe, vt cùm dicimus cedere diem libertatis directæ ab adita hæreditate. Ipſo enim iure liber eſt is, cui directa libertas data fuit. Atqui hæreditas, neque deberi poteſt à quoquam, neque ipſo iure acquiri citra aditionem extra cauſam ſuorum hæredum. Non poteſt igitur dici hæreditatis diem ceſſiſſe, vel veniſſe. Idem de tutela dici poteſt. Nec enim quiſquam eſt à quo peti poſſit, nec rurſus cui acquiratur. Quippe cùm ſit onus & incommodum, ſuſcipi tantùm dicitur, non acquiri: In quo differt à libertate directa, licet vtrique commune illud ſit, quod ipſo iure competat. Libertas enim commoda habet innumera, quorum effectus tranſit ad hæredem eius qui libertatem conſecutus eſt, vel ob hoc ipſum quod ſola libertas illa eſt, quæ facit vt ipſe & hæredem & bona relinquere potuerit. Quod non ſatis videtur ponderaſſe Bartol. cùm dixit legatæ libertatis diem ideò non cedere niſi ab adita hæreditate, quòd libertas non tranſmittatur ad hæredem.

Sed ſi quis impropriè loqui velit vt putet nihil intereſſe an dicamus tutelam deferri, an verò diẽ tutelæ cedere; Dico poſſe defendi tutelæ diẽ cedere ea tẽpore mortis patris, non ab adita hæreditate, quia verũ eſt ex die mortis tutelã deferre, licet expectãda ſit aditio, vt ſciatur an valeat tutela: Idque præter ea quæ ſupradicta ſunt, probo non obſcurè ex *l. penult. D. hoc. tit.* vbi ſcriptum eſt ita datis tutoribus, *Lucium Titium tutorem do, ſi is non viuit, iam Caium Plautium tutorem do.* ſi Titius vixerit, & tutelam geſſerit, quamuis poſtea viuo Plautio deceſſerit, Plautium tamen tutorem eſſe non poſſe, quia illa verba ad mortis tempus referuntur. Quis enim horum verborum ſenſus eſſe poteſt, niſi idem qui eſſet, ſi ſcriptum eſſet referri ea verba ad id tempus quo tutela deferatur? Quid enim attineret fieri eam relationem ad tempus mortis, ſiue à teſtatore, ſiue à Iureconſulto, ſi non niſi ea die aditæ hæreditatis, ac non etiam ea die mortis tutela deferretur? Idem ergo tempus eſt & mortis & delationis tutelæ.

Denique vt argumenta omnia Bartoli contra ipſum retorqueamus, regula Catoniana locum habet etiam in tutela. Certum enim eſt tutores teſtamento dari poſſe eos ſolos cum quibus teſtamenti

§. ex conditionali inſt. de verb. oblig.

l. pen. D. hoc tit.

Digitized by Google

ſtamenti factio eſt, *l teſt. tutor.* 21. *D. hoc tit.* quo verbo *eſt*, cùm ſit præſentis tẽporis, vtrique tempus præſẽs ſignificatur quo fit teſtamentum, & quod tutor datur: Vt proinde ſi quis teſtamento tutorẽ dederit peregrinũ eum quo nõ ſit factio teſtamenti, quamuis moriente patre eiuis ille repetiatur, nihilomagis tutela valere poſſit, quia nec valuiſſet ſi facti teſtamenti tempore pater deceſſiſſet: Atqui falſum hoc eſſet, ſi tutelæ dies non cederet niſi ab adita hæreditate; Nam ſi bona eſt comparatio tutelæ & legatorum (regula ſiquidem Catoniana de ſolis legatis locuta eſt, non de hæreditatibus, multominus de tutelis) certum eſt regulam Catonianam non pertinere ad legata, quorum dies cedit ab adita tantùm hæreditate, *l. 3. D. de reg. Caton.* Ergo cùm in capacitate tutoris inſpiciendà tempus teſtamenti ſpectandum ſit præciſè, ex eo intelligimus tutelam ſtatim ex die mortis deferri, licèt requiratur & expectetur aditio hæreditatis, vt valeat tutela inexpugnabiliter, quomodo Baldus loqui ſolet, id eſt tanquàm conditio ſine qua non valeret. In ſumma quemadmodum teſtamentum per legem confirmatur ipſo mortis inſtanti, Ita omnia quæ teſtamento deferuntur, & quorum delationem nihil impedit, neceſſe eſt deferri ex die mortis: Niſi ſpecialis aliqua ſit ratio, propter quam delatio non poſſit fieri niſi ex die aditæ hæreditatis, qualem eſſe oſtendimus in legato libertatis & vſusfructus. Atqui tutela non eſt in eorum numero, quæ vel aliqua lex, vel legis ratio vlla exceperit à regula. Tutelas igitur ſtatim ex tempore mortis deferri fatendum eſt.

TIT. DECIMVSQVINTVS.

De legitima agnatorum tutela.

PRINCIPIVM I.

De legitimis tutoribus in defectum teſtamentariorum.

QVIBVS *teſtamento tutor datus non eſt, his ex lege duodecim tabularum agnati ſunt tutores*; vt Iuſtinianus *in Princip. huius tit.* ſcribit. Nam quemadmodum eadem lex duodecim tabularum defert agnato proximo hæreditatem legitimam, ita demum ſi ex teſtamento hæres nemo ſit, nec eſſe poſſit; Ita & in tutelis prouiſum voluit, vt ſi quidem teſtamentarius aliquis tutor eſſet, is omnimodo præferretur, ſi verò nullus eſſet, legitima agnato proximo tutela deferretur: Summa prouidentia, inquit Vlpianus in *l. 1. D. hoc. tit.* vt qui ſperarent pupilli ſucceſſionem, iidem tuerentur bona ne dilapidarentur. Tutelæ enim tam teſtamentariæ quàm legitimæ exemplo hæreditatum deferuntur, vt pluribus docuimus *ad Princip. 2. De tutel.* Vnde petenda ſunt quæ ad ſingulas huius tituli leges explicandas requiri poſſunt.

l. 1. D. de legit. tutor.

ILLATIO I.

De legitima tutela, cur ſic dicta.

EX hoc Principio illud primum fit, vt hæc agnatorum tutela legitima dicatur, quia & agnati ipſi legitimi dicuntur. vt hic Iuſtinianus ſcribit; & conſtat ex *tot. tit. D. & C. vnd. legit.* & legitimos tutores nemo dat, ſed ſola lex duodecim tabularum facit eos tutores, vt ait Vlpianus in *leg. legitimos 5. D hoc titul.*

ILLATIO II.

De legitima tutela ibi quærenda, vbi eſt legitima hæreditas.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt plerumque tutela legitima ibi ſit, vbi eſt legitima hæreditas, niſi cùm fœminæ hæredes intercedunt: *l. quò tutela 73. De regul. iur.* Quidam tamen caſus alij ſunt, in quibus alibi hæreditas eſt, alibi tutela: Quos perſequitur Vlpianus in *d. l. 1. §. 1. & ſeqq. hoc. tit.* & nos explicauimus ad *dict. Princip. 2.*

ILLATIO III.

De legitimo tutore excludendo quandiù ſperatur teſtamentarius.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt non ſolùm ſi tutor teſtamentarius aliquis iam ſit, ſed & ſi nemo ſit, nec adhuc eſſe poſſit, aliquis tamen ſperetur, puta qui teſtamento datus fuerit ſub conditione quæ nondum extiterit, legitimæ tutelæ nullus interim ſit locus, *l. ſi quis ſub conditione 11. D. de teſt. tute.* Nam cùm legitima tutela non alia ſit, quàm quæ defertur ex lege 12. tab. lex autem non referat eam agnatis, niſi ſub illa conditione, ſi teſtamento datus tutor nemo erit; Conſequens eſt vt quandiu verum non eſt cõditionem extitiſſe, ſub qua lex facit tutorem; tamdiu verum quoque ſit, legitimum tutorem nullum eſſe. Atqui non poteſt dici verum eſſe, extitiſſe conditionem ſine qua non facit lex tutorem vllum legitimum, quandiu teſtamentarius aliquis ſperatur, quaſi quando teſtamentarius aliquis erit, apparebit defeciſſe conditionem. Quæ autem conditio poteſt aliquando deficere, ea non poteſt dici iam extitiſſe, ſiquidem neque conditio ſemel defecta poteſt vnquam exiſtere, neque conditio quæ ſemel extitit, vnquam

l. ſi quis ſub conditione 11. D. de teſt. tutel.

quam

Digitized by Google

quàm deficere: *l. hac conditio* 50. *in fine principij, D. con. & demonſt. l. vxorem* 41. *§. Seium, de legat.* 3. Interim ergo legitimus tutor nullus eſſe poteſt. Eandémque rationem lex 12. tab. ſeruat etiam in legitimis hæreditatibus deferendis. Nam cùm ſic locuta ſit, *ſi paterfamilias inteſtato moritur, nec ſuus hæres extabit, agnatus proximus familiam habeto*; apparet non aliter legitimo hæredi & agnato proximo locum fieri poſſe, quàm ſi teſtamentarius neque quiſquam ſit, neque ſperetur, *l. quandiu* 39. *D. de acq. hæred. l.* 1. *D. ſi tab. teſt. nul. extab.* Niſi in ſingulari caſu, *l. ſi quis ita* 82. *D. de hæred. inſtit.*

ILLATIO IV.

De ſucceſſione agnatorum in legitima tutela.

QVartò ex eodem Principio fit, vt ſi agnatus proximus, qui tutor fuit legitimus, poſtea deceſſerit, vel qua alia ratione tutor eſſe deſierit, ſequentis gradus agnato tutela deferatur, *l.* 3. *§. pen. D. hoc tit. § placebat, Inſtit. de legit. agnat. ſucceſſ.* Non quòd etiam legitimæ hæreditates agnatis proximis delatæ poſſint ad ſequentes pertinere (nec enim in agnatorum hæreditatibus locus erat ſucceſſioni, *d. § placebat.*) ſed quia lex aliter defert tutelam agnatis, aliter hæreditatem. Agnatis tutelam ſimpliciter defert, hæreditatem verò non niſi proximis: *d. l.* 1. *& l. inteſtato* 6. *D. hoc tit.* iunct. *l.* 1. *§. poſt ſuos, l.* 2. *& paſſ. D. de ſuis & legit.* Proximis, inquam, eo tempore quo certum eſſe incipit patremfamilias inteſtatum deceſſiſſe, *d. l.* 2. *§. proximum.* Nihil ergo aliud lex requirit in deferenda tutela, niſi vt agnatus ſit ille cui defert. Perinde autem agnatus eſt qui in remotiore agnationis gradu, quàm qui in proximiore eſt. At in deferenda hæreditate requirit vt agnatus proximus ſit is, qui vult hæres eſſe. Proximus autem eſſe non poteſt, qui non fuit eo inſtanti quo cœpit eſſe certum patremfamilias inteſtatum deceſſiſſe; cùm ad illud præciſè inſtans, proximitas iſta agnationis referatur: *d. §. proximum.* Inde fit vt in agnatis fuerit olim ſucceſſio quantum ad tutelas, non fuerit autem quantum ad hæreditates: *d. §. placebat.*

l. 2. § proximum D. de ſuis & leg.

Cur lex 12. tab. aliter decepta ſit in hæreditatibus legitimis, aliter in tutelis.

Hoc ita variè, quia maior ratio fuit prouidendi ne pupillus ſine tutore eſſet, proximo agnato defuncto, vel capite diminuto, quàm ne quis eſſet ſine hærede, proximo agnato hæreditatem repudiante: propter admixtum fauorem pupilli & Reipublicæ. Item quia is qui ſemel hæres fuit, nunquam hæres eſſe deſinit, *l. ei qui ſol.* 88. *D. de hæred. inſtit.* qui autem tutor fuit, facilè ac pleriſque caſibus deſinit eſſe tutor, vt dicemus ad *Tit. quib. mod. tutel. fin.* Poſtremò, quoniam quæ ratio facit vt inter agnatos omnes, quibus lex tutelam defert, prior cogatur tutor eſſe is, qui proximior agnatus eſt; Nempe quòd ſi pupillus nunc decederet, futurum eſſet, vt eum hæredem haberet; Eadem agnato iſto proximo eodémque tutore, vel moriente, vel capite minuto, inuitat ſequentium graduum agnatos ex ordine, ac prout quiſque proximior eſt ad tutelam. Semper enim verum eſt, quandiu pupillus viuit, agnatum eſſe proximum quantum ad cauſam hæreditatis eum, qui nunc proximior agnatus eſt, licèt eo tempore quo primùm delata fuit, ab alio anteuerteretur.

Itaque ſi quæras, Cur lex 12. tabularum in deferenda tutela agnatis, non adiecerit *proximis*, quomodo adiecit in deferendis hæreditatibus, cùm dici ſoleat, quod & verum eſt, Legitimas tutelas deferri ad exemplum hæreditatum? Reſpondebo hanc ipſam rationem eſſe propter quam lex 12. tabularum induxit ſucceſſionem in tutelis legitimis, quia eas defert ad exemplum hæreditatum, licet illud quoque verum ſit, in legitimis hæreditatibus non eſſe ſucceſſionem, nempe quia quamdiu pupillus viuit, tandiu verum eſt, futurum vt ipſius hæreditas deferretur ei, qui tum proximus agnatus reperitur, ſi pupillus ipſe moreretur; Nec ei nocerent agnati anteriores, qui delatæ primũ tutelę tempore illũ præceſſiſſent. Non enim eodem tempore defertur tutela & hæreditas, ſed hæreditas eo tempore, quo tutela amplius nulla eſt, finita nimirum morte pupilli. Quod ſi lex 12. tabularum detuliſſet tutelam vt hæreditatem agnato proximo, facilè contigiſſet non ſolùm vt pupillus legitimo tutore deſtitueretur, ſed etiam vt ei tutela deferretur, qui hæreditatem nec haberet, nec habere vnquam poſſet, vt puta ſi agnatus ille proximus poſt ſuſceptam tutelam, viuo pupillo deceſſiſſet. Tamdiu ergo tutelæ ſucceſſionem inter agnatos conſeruari oportuit, quandiu in agnatione ſupereſt aliqua perſona, quæ poſſit ſperare pupilli hæreditatem, vt qui eam ſperarent, bona eiuſdem pupilli tuerentur: *d. l.* 5. *D. hoc tit.*

ILLATIO V.

De iure ſucceſſionis inducto in agnatis etiam quod ad hæreditates.

QVintò ex eodem Principio fit, vt ius illud vetus, de quo proximè diximus, Iuſtinianus correxerit, Non ex ea parte qua in agnatis erat ſucceſſio quantum ad tutelam, ſed ex alia parte qua non erat in agnatis ſucceſſio quantum ad legitimas hæreditates. Conſtituit enim Iuſtinianus in ea conſtitutione, quàm refert ipſe in *d. §. placebat, Inſt. de legit. agn. ſucceſſ.* & quæ tamen in Codice noſtro non extat, vt remotiores agnati poſſint proximioribus ſuccedere in cauſa legitimarum hæreditatum, quemadmodum ſuccedunt in onere tutelæ, vt eadem in iis ſit ratio commodi & incommodi, oneris & honoris. Hanc enim rationem nominatim adfert eo loco Iuſtinianus.

d. §. placebat Inſt. de leg. agn. ſucceſſ.

ILLATIO VI.

De legitima tutela etiam cognatis hodie deferenda.

SExtò ex eodem Principio fit, vt hodie ex alia eiuſdem Iuſtiniani conſtitutione proximi cognati ex ordine ad tutelam admittantur, poſtquàm placuit eidem Iuſtiniano vt poſſint admitti ad legitimam pupilli hæreditatem, nec ſolùm cum agnatis, ſed etiam quod magis eſt antè agnatos ſi in proximiore gradu reperiantur cognati.

cognati Suſtulit enim Iuſtinianus differentias omnes agnationis & cognationis quas tam religioſè lex 12. tab. induxerat ad familiarum conſeruationem, ſolúmque proximitatis gradum in agnatis & cognatis omnibus attendi voluit, *Nouell. 118. De hered. ab inteſt. venient. cap. 5. De legit. tutel. liber. §. ex his autem.*

ILLATIO VII.

De legitima tutela etiam pupillo deferenda

SEptimò ex eodem Princ. fiebat olim, vt legitima tutela pupilli etiam ad pupillum ſub tutore iam conſtitutum pertinere poſſet, ſi is fortè proximus agnatus reperiretur; Nimirum quoniam nec pupillaris ætas ei obſtabat quominus defuncti impuberis hæreditas ad eum peruentura fuiſſet; Soliúſque fiduciariæ tutelæ proprium illud erat, vt ad eam non alius admitti poſſet, quàm qui eſſet ætatis legitimæ, vt teſtatur Iuſtinianus ad *fin. tit. De fiduc. tutel.* Multóque magis deferebatur tutela legitima puberibus, quamuis minoribus annis vigintiquinque, tametſi poſſent illi ea cauſa ætatis iuſtam habere excuſationem, *§. item maior 13. infr. De excuſat. tutor.* vbi tamen addit ille hoc ius à ſe correctum fuiſſe, conſtitutúmque vt nemo vocetur ad tutelam, etiamſi legitimam, priuſquàm ætatis ſuæ annum quintum & viceſimum impleuerit. Quæ conſtitutio extat in *l. vl. C. de legit. tutor.* Cui enim ferendum eſt, inquit lex, eundem & tutorem eſſe & ſub tutela conſtitui? & iterum eundem eſſe curatorem & ſub cura agere? Hæc certè & nominum & rerum fœda confuſio eſt. Idémque repetit Iuſtinianus *d. Nouell. 118. c. 5. §. ex his autem.* Poſt quas conſtitutiones non poteſt hodie vlla eſſe neceſſaria excuſatio minoribus, cùm etiamſi maximè velint ad tutelam aſpirare non poſſint, vt ait idem Iuſtin. in *d. §. item maior.* De quo nos plura ſcripſimus *ad Princip. 1. illat. 4. ſupr. De tutel.*

ILLATIO VIII.

De legitimo tutore dando etiamſi teſtamentum factum ſit.

OCtauò ex eodem Princ. fit, vt etiamſi paterfamilias fecerit teſtamentum, ſi tamen nullum in eo tutorem dederit, aut dederit quidem, ſed eum, qui poſtea viuo teſtatore deceſſerit, perinde locus ſit tutelæ legitimæ ac ſi nullum omnino teſtamentum factum eſſet, quia perinde verum eſt teſtamentarium tutorem nullum eſſe, & teſtatorem, quod ad tutelam attinet, inteſtati exitum feciſſe, *§ quod autem, hoc tit. l. inteſtato 6. D. eod.* Quemadmodum & in hęreditatibus dicimus legitimam hæreditatem ex lege deferri ab inteſtato, tum quoque cùm teſtamentum ab initio factum eſt, ſi fortè aut minùs ritè minùſque ſolenniter factum ſit, aut poſtea deſtitutum fuerit hærede inſtituto non adeunte, ſiue quòd adire noluerit, ſiue quòd non potuerit: *l. 1. in princip. & § ſciendum l. 2 § penult. D. de ſuis & legit. l. ſi qui filio 6. D. de iniuſt. rupt. l. ſcripto 7. D. vnd. liber.* Ea tamē differentia eſt hac parte inter tutelam & hęreditatem legitimam, quod ſi ſemel confirmatum fuerit teſtamentum, adita ex eo per hæredem ſcriptum hæreditate, numquam poteſt fieri locus legitimæ ſucceſſioni, quia ſemel factus ex teſtamento hæres numquam deſinit ex eo hæres eſſe. *l. ei qui ſoluendo 88. D. de hered. inſtit.* *Differentia inter tutelam & hæreditatem legitimam.* At quamuis aliquis fuerit tutor teſtamentarius, non eo minùs tamen fieri adhuc poteſt locus tutori legitimo, ſi fortè tutor ille teſtamētarius, tutor eſſe deſierit, vel morte, vel capitis deminutione, quia perinde ſunt omnia integra tam ex parte pupilli, quàm ex parte agnati ad legitima tutelam inducendam, ac ſi tutor teſtamentarius nemo vnquam fuiſſet. Ex parte quidem pupilli, quia nihil ei prodeſt quod habuerit aliquando tutorem qui iam eſſe deſierit manente tamen ſe pupillo: Ex parte verò agnati proximi quia cùm adhuc viuat pupillus & egeat tutore, ſpéſque adhuc duret ſuccedendi in ipſius hæreditate, non poteſt agnatus recuſare, quominùs ſuſcipiat onus qui ſperat commodum: *d. l. inteſtato 6. D. hoc tit.*

ILLATIO IX.

De amittendis per capitis deminutionem legitimis tutelis.

NOnò ex eodem Principio fit, vt legitimæ tutelæ capitis deminutione qualibet amittantur, quia cum non deferantur niſi agnatis: agnati autem deſinant eſſe, ſiue familiam tantum amittant, ſiue etiam ciuitatem, ſiue denique libertatem, conſequens eſt vt non ſolùm deferendæ, ſed etiam delatæ iam & acquiſitæ tutelæ pereant qualibet capitis deminutione: *§. vlt. h. t.* Siue ea capitis deminutio contingat in perſona pupilli, *l. 2. D. eod.* ſiue in perſona agnati proximi eiuſdemque tutoris *l. 3. §. pen. eod.* Facit *l. tutelas 7. D. de capit. minut.* De cuius ſententia & emendatione ſcripſimus *ad Princ. 2. illat. 3. ſupr. De tutel.* Non idem iuris eſt in iis quæ deferuntur, aut acquiruntur cognatis tanquam cognatis; quoniam agnatio quidem iuris ciuilis eſt & nomen ciuile; Cognatio verò nomen naturale eſt: Omnis autem capitis deminutio, eſt iuris ciuilis, vt dicemus ad *tit. ſeq.* Itaque ſuccedit iuris regula quæ habet, ciuilem rationem ciuilia quidem iura poſſe corrumpere, ſed naturalia non poſſe, vt *ad huius tituli finem* Iuſtinianus ſcribit.

ILLATIO X.

De ordine & gradibus legitimæ tutelæ.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt cùm ad agnatos tutela pertinet, nō ſimul ad omnes pertineat, ſed ad eos tantùm qui proximiores gradu ſunt, vel ad omnes ita demum ſi ſint eiuſdem gradus: *§. vlt. infr. tit. ſeq. l. ſi plures 9. D. hoc tit.* Et ſi enim tutela non defertur agnatis proximis vt hæreditas, ſed agnatis ſimpliciter, defertur tamen iis ſolis ad quos hæreditas pertineret, ſi moreretur pupillus eo tempore quo de legitima tutela tractatur. Eo autem tempore ſolus hæreditatem haberet ille gradus agnatorum qui proximus reperiretur.

Digitized by Google

AD TITVLVM XVI.

De capit. deminut.

PRINCIPIVM I.

Diffinitio Diminutionis capitis.

CAPITIS *deminutio nihil niſi ſtatus mutatio eſt.* Sic enim malo ſcribere cum Iuſtiniano *initio huius tituli*, quàm dicere cum Caio in *l. 1. D. eod.* eſſe ſtatus permutationem. Cùm eo nomine *permutationis*, magis propriè ſignificetur actus qui inter duos fiat, vt ſolemus dicere *rerum permutationem.* Neque tamen hæc definitio ſic accipienda eſt, vt conuertatur cum ſuo definito. Etſi enim omnis capitis deminutio ſtatus mutatio eſt, nō omnis tamen ſtatus mutatio capitis deminutio viciſſim eſt, ſed ea tantùm quæ fit in peius, & in deterius. Finge filiumfamilias fieri ſui iuris. Mutat proculdubio ſtatum. Fit enim paterfamilias perinde ac ſi emanciparetur, neque tamen capite minuitur, quia fit melioris conditionis quàm eſſet antea. Idémque erit ſi fiat ſui iuris per deportationem, aut ſeruitutem patris, *l. 3. §. vl. D. de SC. Macedon.* Sic & ſtatum mutat deportatus ſi in ciuitatem reſtituatur, quia fit ciuis Romanus, cùm ante eſſet peregrinus, nec tamen dicitur capite minui, ſed potiùs augeri, quia mutatio illa ſtatus fit in melius. Quod cùm ita ſit dubitari eleganter poteſt, Cur ergo filiusfamilias qui emancipatur capite minui dicatur, *d. l. 3. §. vlt.* Sed rationem Paulus reddit in *§. vlt. l. 3. D. h. t.* quia emancipari nemò poteſt niſi in imaginariam ſeruilem cauſam primùm deductus. Quod quale ſit, poſtea explicabimus. Ideò autem capite minui dicitur qui hanc mutationem patitur ſtatus melioris in deteriorem; quòd ciuilis Legiſlator in ciuibus ſuis ſiue recenſendis, ſiue æſtimandis, caput potiſſimū intueatur, ſine quo nec ſubſiſtere quiſquam poteſt, ita vt nec pro homine eum habeat, qui qui nō habet caput in ciuitate, vt mox dicemus.

ILLATIO I.

De triplici ſpecie capitis deminutionis.

EX hoc Principio illud primùm fit, vt triplex ſit capitis deminutio, Maxima, media, & minima. Maxima, per quam familia, ciuitas, & libertas amittuntur; Media, per quam familia & ciuitas ſalua libertate; Minima denique, per quam ſola familia, non etiam libertas, at nequidem ciuitas. Tria enim hæc ſunt quæ habemus, & in quibus ſtatus cuiuſque hominis conſiſtit, libertatem, ciuitatem, & familiam, vt Paulus
l. vlt. eod. ſcribit in *l. vlt. h. t.* Si ergo amittamus quod minimum eſt, puta familiam, minima erit capitis deminutio. Si quod maximum eſt, id eſt libertatem, erit capitis deminutio maxima. Nec enim poteſt amitti libertas quin multò magis & familia & ciuitas amittantur. Si denique quod eſt medium, id eſt ciuitatem, quæ medium quiddam eſt inter familiam & libertatem, media capitis deminutio dicetur. Familia ad ſtatum cuiuſque ciuis & priuati hominis pertinet qua parte priuatus eſt, id eſt hic vel ille ciuis: Ciuitas verò, qua parte ciuis: Libertas denique, qua parte homo eſt, Nec quidquam poſſis fingere pertinens ad ſtatum ciuis Romani, quod non ad vnum ex his tribus referatur, Nam ia cuius exiſtimatio minuitur, non mutat ſtatum, ideóque nec capite minui dicitur, vt ex ſequentibus apparebit.

ILLATIO II.

De modis quibus incurritur maxima capitis deminutio.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt ſiue quis ſeruus pœnæ effectus ſit atrocitate ſententię, cui iuſtam tamen cauſam dederit enormitas delicti ſuper quo pronunciatum eſt (res enim iudicata pro veritate habetur) ſiue quis cùm fuiſſet manumiſſus, reuocatus ſit in ſeruitutem ex cauſa ingratitudinis erga patronum admiſſæ, ſiue denique ex libero ſeruum ſeipſum fecerit; patiendo ſe venundari tanquam ſeruum dolo malo ad pretium participandum; non poſſit dubitari quin his omnibus caſibus maxima capitis deminutio incurratur, cùm libertas amittatur, & conſequenter vt *precedente illatione* diximus, & ciuitas & familia: *§. 1. h. t. l. ſunt quidam 57. l. capitalium 28. D. de pœn. l. 2. C. de libert. & eor. liber.* etſi hodie deſierunt huiuſmodi pœnæ in vſu eſſe, partim ex *Nouella* Iuſtiniani *conſtitutione 22. De nupt. c. 8.* vbi prohibet Iuſtinianus ne quis benè natus id eſt ingenuus ex ſupplicio fiat ſeruus; Partim ex Leonis *Nouell.* 59. quæ induxit ne homini cuiquam libero ſe vendere permittatur. Quid ergo ſi liber homo & ciuis Romanus ab hoſtibus capiatur? Fit quidem reuera ſeruus hoſtium, vt docuimus ad *tit. Quib. mod. ius patr. poteſt. ſoluit.* ſed non ideirco capite minutus intelligitur, quia ſiue apud hoſtes morietur, in ciuitate defunctus intelligetur per fictionem legis Corneliæ, ſiue in ciuitatem redibit, ſemper in ciuitate fuiſſe retrofingetur poſtliminij poteſtate, *§. ſi ab hoſtibus, ſupr. ill. tit. quib. mod. ius patr. poteſt. ſoluit. & tot. tit. D. & Code captiu. & poſtlim.* ideóque & teſtamentum eius valet, *l. ſi quis 6. §. pen. de iniuſt. rupt.* ſcilicet tanquam alterutra fictione confirmatum, vt ea lex ait. Sunt enim ambæ illæ fictiones ex iure ciuili, ex quo etiam eſt quælibet capitis deminutio, quam ſanè nec naturale, nec gentium ius vllam agnoſcit, cùm iura naturali nulli ſint ſerui, iure verò gentium ſerui perinde ſint homines, & caput habere intelligantur, atque ij qui ſunt libari.

ILLA

ILLATIO III.

De aqua & ignis interdictione, ac deportatione.

TErtiò ex eodem Princ fit, vt is cui aqua & igni interdicitur, mediam, quam & minorem vocant, capitis diminutionem patiatur, cùm ciuitatem amittat, libertatem quamuis retineat: *§. minor, hoc tit. l. amiſſione 5. in princip. D. eo.* Idémque eſt ſi quis in inſulam deportatus ſit, poſtquam deportatio ſucceſſit in locum veteris interdictionis aquæ & ignis, *l. 2. §. 1. l. ſunt quidam 17. §. 1. D. de pœn. l. inter pœnas 6. §. 1. D. de interd. & releg. l. 1. § hi quib. De legat. 3.* vbi ob hanc cauſam vocantur iſti ἀπόλιδες, id eſt extorres & ſine ciuitate. Quod tamen ita accipiendum eſt vt is demùm pro deportato in inſulam haberi debeat, cui Princeps inſulam adnotauit, vel de quo deportando ſcripſit. Nam licèt ſententia Præſidis de aliquo deportando interuenerit, ſi tamen priùs ille deceſſerit, quàm factum Præſidis Princeps comprobauerit, nondum is amiſiſſe ciuitatem videtur. Proinde ſi antè deceſſiſſet, ciuis deceſſiſſe videretur, & fideicommiſſum valeret, quod idem ille, ſiue ante, ſiue poſt ſententiam reliquiſſet, dummodo ante Principis comprobationem, quia certum ſtatum ciuis Romani nec immutatum vſque adhuc habuiſſe intelligitur, vt ſcribit Vlp. in *d. l. 1. §. deportatos, de leg. 3.*

Quò etiam pertinet quod idem Vlpianus ait in *l. ſi quis filio 6. §. eius qui, D. de iniuſt. rupt.* eius qui deportatur non ſtatim irritum fieri teſtamentum, ſed cùm Princeps comprobauerit. Tunc enim inquit, & capite minuitur. In quo differt minor iſta & media capitis diminutio, ab ea quæ eſt maxima, id eſt quæ adimit libertatem. Nam ſi quis fuerit capite damnatus, vel ad beſtias, vel ad gladium, vel alia pœna quæ vitam adimit, teſtamentum eius irritum fit, nec tunc tantùm cùm conſumptus eſt, ſed ex quo die ſententiam paſſus fuit: cùm ex illo tempore ſeruus pœnæ efficiatur: Niſi fortè fuit miles ex militari delicto damnatus: Cui ex D. Hadriani reſcripto permiſſum eſt teſtari iure militari, *d. l. ſi quis, §. ſed etſi quis.*

Quod tamen mirum videtur, Vt ſc. Præſes prouinciæ, qui merum in prouincia ſua imperium habet, ac ius gladij in facinoroſos homines ad vitam iis adimendam, inconſulto quoque Principe, deportare tamen non poſſit in inſulam, quod multò minus eſt, niſi Cæſare permittente; cùm dici ſoleat, cui licet quod plus eſt, multò magis debere quod minus eſt licere: *l. non debet cui 21 De regul. iur.* Præſertim cùm eã poteſtatem habeat Præfectus vrbi, *d. l. inter 6. § 1.* cuius tamen vt & cæterorum omnium magiſtratuũ, qui in vrbe ſunt, partes gerit Præſes in prouincia, *l. 4. l. ex omnib. 10 cũ ſeqq. D. de offic. præſid.*

Duplex tamen eius iuris ratio videtur adferri poſſe, Vna propter periculum quod ſibi & Reipublicæ poſſunt Principes tim ·re à deportatis tanquam ab hoſtibus; in cuſtodia quidem, ſed libera conſtitutis, (qui enim deportati ſunt in certam inſulam nullo alio vinculo tenentur, quàm metu pœnæ capitis, in quam commutanda erit pœna deportationis; ſi quid illi facient contra ſententiam & interdictionem: *l. relegati 4. D de pœn.*) Altera quòd cum ciuitati honorem habere Imperatores voluerint, vt Præſidibus ſuis qui non populi Romani, ſed Cæſaris magiſtratus ſunt, noluerint datam adimendæ ciuitatis poteſtatem, quam tamen non ſolùm Præfectus vrbi in vrbe, ſed etiam Proconſules in prouinciis, quia populi Romani magiſtratus erant, ſine dubio habuerunt, vt ſcripſimus ad *Pr. 4. tit. quib. mod. ius patr. poteſt. ſoluit.*

At cum eo quod dicimus eſſe hanc minorem & mediam capitis deminutionem, pugnare videtur quod ſcribit Calliſtratus in *l. pen. D. de var. & extraord. cognit. in §. vlt.* Conſumi exiſtimationem quoties magna capitis deminutio *Emendatus Calliſtratus.* interuenit, id eſt inquit, cùm libertas adimitur, veluti cum aqua & igni interdicitur, quod in perſona deportatorũ euenit (lego enim *quod*, pro *qua*; ſicuti contrario errore ſcriptum eſt *quod*, pro *qua*, in *l. 3. D. de iuriſd.* vt docuimus *li. 3. Coniect.*) vel cùm plebeius in opus metalli, vel in metallum datur. Quibus verbis apparet Calliſtratum nullam inter deportationem & alias pœnas, quę libertatem adimunt, conſtituere differentiam, nec dubitare quin per deportationem etiam libertas adimatur. Qua de cauſa putarunt quidam corruptum eſſe locum, & pro *magna*, legendum, *media*, in illis verbis, *quoties magna capitis deminutio interuenit.* Quam tamen emendationem non patitur quod ſtatim ſequitur, *id eſt cùm libertas adimitur*, quod exemplum non poteſt accommodari mediæ capitis deminutioni. Quænam enim erit magna, ſi media illa eſt per quam libertas adimitur? Sed iidem hoc quoque emendant, & pro *id eſt*, legunt *idem eſt*: Omnino inſulsè; niſi ad totam illam clauſulam *idem eſt cùm libertas adimitur*, parentheſi concludant, vt quod ſequitur *veluti cùm aqua & igni interdicitur*, poſſit referri ad illa præcedentia, in quibus volunt illi actum eſſe de media capitis deminutione. Subtilius eſt, ſed non verius, quod docuit Iacobus Cuiacius, duplicem eſſe libertatem, vnam iuris gentium, alteram iuris Quiritium. Priorem quidem non amitti per deportationẽ, ſed amitti poſteriorem: & de ea intelligendũ eſſe Calliſtratum, quia libertas iuris Quiritium non ſit quid differens ab ipſa ciuitate Romana: quæ cùm amittatur per deportationem, libertatem quoque iure Quiritium amitti neceſſe eſt, redacto ciue Romano ad peregrinitatem, atque ita effecto non minùs incapace omnium eorum quæ ſunt iuris ciuilis, quàm ſi libertatem iuris gentium amiſiſſet, cùm perinde verum ſit deſinere illum habere caput in ciuitate: Vnde eſt quod pleriſque iuris locis morti deportatio cõparatur, *l. Gallus 29. §. & quid ſi tantum, De liber. & poſthum. l. 1. § pen. D. de bonor. poſſ contr. tab. l. 4. §. ſi deportatus, D de bon. libert.* iunct. *l. ſi hac leg. 10. §. ſed ſi per pœnam, D. de in ius vocand. l. 1. C. de her inſt.* *Etiam deportatio morti comparatur.*

Verùm planè commentitia eſt diſtinctio iſta libertatis, nec vllo iuris loco probari poteſt. Probabilius erit meo iudicio, ſi dicamus Calliſtratũ in *d. l. pen.* qui locus has difficultates ſolus parit, non loqui de maxima capitis deminutione, ſed de magna: quo nomine tam media & quæ minor, quàm quæ maxima ſignificatur: Cum magnæ non aliam poſſis opponere quàm quæ parua ſit, Cuius appellatione conuenientius eſt vt minima, quàm vt media ſignificetur. Hoc verò admiſſo, quod negari non poteſt, apparet id agere Calliſtratum, vt adferat exempla magnæ capitis deminutionis, nec minus quatenus ea maxima, quàm quatenus media eſt. Ideò

poteſt quin amittat ſuitatem, & exeat de poteſtate patris naturalis, fiatque filiusfamilias patris adoptiui: Quod ſufficit ad inducendam illam ſtatus mutationem, ex qua capitis diminutio minima æſtimatur. Vno ſanè caſu qui in adoptionem à patre datur, amittit omnino familiam paternam; nimirum ſi in adoptionem datus, ſit auo naturali, vt pluribus à nobis traditum & explicatum eſt ad *tit. De adopt. ex dict. l. penult.*

ILLATIO V.

De ſeruo manumiſſo.

§. ſeruus autem hoc tit. QVintò ex eodem Principio fit, vt ſi ſeruus manumittatur, non ideò capite minui dicatur, quippe qui nullum antea caput in ciuitate habuit, *§. ſeruus autem, hoc tit. d. l. 3. §. vlt.* iunct. *l. ſeq. D. eod.* vbi additur, ſeruum hunc, qui manumittitur, incipere ſtatum habere eo ipſo die quo iam manumiſſus reperitur: nullum ergo ſtatum mutare potuit. Nam & prius eſt, vt incipiat quis ſtatum aliquem habere, quàm vt eum mutet: *l. ſi in diem 46. l. Titio vſusfructus 96. D. de condit. & demonſtr.* Pendet enim hoc ex Principio illo Philoſophorum à Prudentibus noſtris adprobato, Priuationem præſupponere habitum: *vulg. l. 4. D. de iuſt. & iur.* Et verò ſi ſtatus hominis cuiuſlibet in his tribus conſiſtit quæ *ſuprà* retulimus, libertate, ciuitate, & familia; quid certius eſt quàm ſeruum neque libertatem habere, neque ciuitatem, neque familiam? Habentur namque pro mortuis quod ad ius ciuile attinet, *l. quod attinet 32. De regul. iur.* aut ſi pro viuis habeantur, hactenus habentur vt quadrupedibus æquiparentur, *l. 2. D. ad leg. Aquil.* Imò nec iure prætorio computantur, adeóque nec extra ordinem, *l. nullomodo 7 D. ad leg. Cornel. de falſ.* Eadem ratione poſſim dicere deportatum, ſi quid faciat propter quod grauius condemnari debeat, & fieri ſeruus pœnæ, putà ſi locis interdictis non abſtinuerit, iuxta *l. relegati 4 De pœn.* non ideò minutum iri capite quod iam nullum habet in ciuitate, cùm ciuis eſſe deſierit. Etſi enim adhuc habet aliquid quod poſſit amittere, nullum tamen caput habet, quod poſſit minui, quandoquidem capitis deminutio quælibet eſt ex iure ciuili, cuius omnino incapaces ſunt & actiuè & paſſiuè, quotquot non ſunt ciues.

ILLATIO VI.

De mutatione dignitatis.

SExtò ex eodem Principio fit, vt quibus dignitas magis quàm ſtatus permutatur, ij capite non minuantur, adeò vt conſtet eum quoque, qui à Senatu motus eſt, capite minutum dici non poſſe, *§. quibus autem, hoc tit. l. 3. D. de Senator.* Nam neque familiam amittit, neque libertatem, at neque ciuitatem, cùm Romæ morari poſſit, *d. l. 3.* Minuit tamen ea res exiſtimationem; nam cùm exiſtimatio nihil aliud ſit, quàm dignitatis illæſæ ſtatus legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto noſtro, autoritate legum, aut minuitur, aut conſumitur; vt Calliſtratus definit in *l. pen. § 1. D. de var. & extr. cogn.* dubitari non poteſt quin minuatur exiſtimatio, quoties manente libertate adeóque ciuitate circa ſtatum dignitatis pœna plectimur; ſicuti cū relegatur quis, vel cū ordine mouetur, vel cum prohibetur muneribus publicis fungi & honoribus, vel cum plebeius fuſtibus cæditur, vel in opus publicum datur, vel cùm in eam cauſam quis incidit quæ edicto perpetuo inter infamiæ cauſas enumeratur, *d. l. pen. §. minuitur.* Ex quo loco apparet quidem eſſe ſtatum aliquem dignitatis; vnde poſſit fortaſſe quis inferre, ſi capitis minutio nihil niſi ſtatus mutatio eſt, eſſe hanc quoque capitis diminutionem: Sed cùm non ſit ſtatus capitis, non poteſt ea mutatio vllam inducere capitis deminutionem. Statum enim capitis, non dignitatis eſſe oportet eum qui mutatur, vt capitis deminutio inducatur. Alias non capitis, ſed dignitatis deminutio eſt.

ILLATIO VII.

De neceſſitate & ratione edicti prætorij, De *capite minutis.*

SEptimò ex eodem Principio fit, vt neceſſarium fuerit Prætoris edictum, *De capite minutis*, inter cætera capita edicti, *De in integrum reſtitutionibus*; Nimirum ad reſtituendam creditori actionem in eum, qui capitis minutionem alius quidam factus eſſe intelligitur, cùm ea res perimat ipſo iure actionem & obligationem, qua minutus capite antea tenebatur. Qui enim contraxit cum Q. Tullio Cicerone, ſi à patre M. Tullio filius detur in adoptionem Catoni, vel emancipetur, non poteſt amplius dicere obligatum ſe habere Q. Tullium Ciceronem, qui iam eſt Cato, aut paterfamilias propriam habens familiam à Ciceronum familia penitus diſtinctam. Idémque multò magis obtinet ſi is, qui erat ſui iuris, vltrò dederit ſe adrogandum. Alius enim homo eſt qui nunc filiusfamilias reperitur, cùm tempore contractus paterfamilias eſſet. *Tit. D. de cap. minu.*

At quoniam ratio hæc ſola iuris ciuilis ſubtilitate nititur, cùm re vera eadem perſona poſt capitis deminutionem ſit, quæ ante fuerat obligata, æquiſſimè Prætor prouidit, vt ex eo edicto reſtituatur actio priſtina creditori, nec recuſare poſſit qui capite minutus eſt quominùs eam ſuſcipiat, ſiue ex patrefamilias filiusfamilias, ſiue ex filiofamilias paterfamilias factus reperiatur; ne alioqui deterior fiat conditio creditoris ex alieno facto: *l. 1. D. de alien. iud. mut. cauſ. fact.* Ideóque bene monet Vlp. in *l. 2. ill. tit.* pertinere hoc edictum ad eas capitis deminutiones, quæ ſalua ciuitate contingunt. Nam ſiue libertatis ſiue ciuitatis amiſſione contingat capitis deminutio, ceſſabit edictū, cùm neque poſſint hi penitus conueniri: id eſt non magis prætoria, quàm ciuili; nec magis noua, quàm vetere & priſtina actione, *l. tutelas 7. §. pen. eod.* Neque. n. cum ſeruo vlla actio eſſe poteſt, *l. cum ſeruo 107. De reg. iur.* nec rurſus cum deportato, cùm actiones omnes ſint iuris ciuilis, ac proinde tales quæ nec exerceri poſſunt, nec ſuſcipi ab eo qui incapax eſt omniū quæ ſunt iuris ciuilis. Quamuis placeat eum qui ciuitatem amiſit, ſi bona detineat, vtilibus actionibus teneri, *l. relegatus 14 § vlt. D. de interd. & releg.* quæ vtiles actiones cùm deſcendant ex æquitate, non poſſunt habere locum aduerſus deportatū, ſi cum ciuitate bona amiſerit.

emancipatorum ac ſuorum hæredum, vt non ſit verum etiam hodie deſiiſſe ſuum hæredem eſſe filium, qui fuit emancipatus; & deſiiſſe filiumfamilias eſſe, quamuis filius eſſe non deſinat.

Quamquam in hoc ipſo fatendum eſt multum de iure vetere per Iuſtiniani conſtitutiones fuiſſe immutatum. Ius enim vetus nullos agnoſcebat filios, niſi qui eſſent filijfamilias; vt nec patres, niſi qui eſſent patresfamilias: Indéque eſt quod Iuriſc. in *l. nam ciuium 4. D. de his qui ſui vel alien. iur. ſunt*, ſummam illam ciuium diuiſionem facit vt alij patresfamilias ſint, alij filijfamilias, aliæ matresfamilias, aliæ filiæfamilias. Iuſtinianus verò voluit filios emancipatos licet deſinant eſſe filijfamilias tamen non deſinere filios eſſe, eadémque in ſuccedendo iura habere quæ haberent etiamſi in patris poteſtate manſiſſent. Sed non ideò poſſit hodie defendere filiosfamilias cùm emancipantur nihil omnino amittere, cùm exeant de patris naturalis poteſtate, ideóque amittant ſuitatem, nec retineant paternam familiam, niſi quantum ad ius ſuccedendi ab inteſtato. Scripſimus *in Rationalibus*.

Perinde ergo neceſſarius hodie vſus erit, nec minor neceſſitas edicti *De capite minutis*. Maximè verò propter eos qui à patre dantur in adoptionem auo materno, & præterea propter adrogationes. Nam & hodie ſi quis adrogetur, amittit ſanè priſtinam familiam ſuam, eamque transfert in domum adrogatoris ſui: *l. qui ex liberis 11. §. teſtamento D. de bonor. poſſeſſ. ſecund. tabul.* Igitur qui contraxit cum adrogato ante adrogationem, indiget auxilio Prætoris & edicti, vt aduerſus adrogatum qui nunc filiusfamilias eſt, actio priſtina ei reſtituatur, quàm per adrogationem amiſit, quemadmodum & olim: Excepto caſu illo ſingulari, quem Vlpianus ponit in *d. l. 2. §. ei qui debitorem*, *D. hoc tit.* id eſt ſi quis debitorem ſuum non adrogauerit. Huic enim non reſtituitur actio in adrogatum, non ſolum quandiu adrogatio durat (tunc enim alia ratio impedit reſtitutionem, ſcilicet quod inter patrem & filium, qui eſt in poteſtate lis nulla eſſe poſſit niſi ex caſtrenſi peculio, *l. lis nulla 4. D. de iudic. l. ne cum filiofamilias 16. D. de furt.*) ſed nec ſi adrogatus ille iterum ſui iuris fiat. Nam cùm ratio edicti qua motus fuit Prætor, vt actionem reſtitueret quæ fuerat extincta per capitis diminutionem; non alia ſit quàm quòd iniquum ſit alieno facto deteriorem fieri conditionem creditoris, cui nihil poteſt imputari; *l. 1. D. de alien. iudic. mut. cauſ. fact.* apparet rationem hanc æquitatis ceſſare in adrogatore, qui debitorem ſuum adrogando vltro, propriam ſuo & proprio facto amiſit actionem.

ILLATIO X.

De iis quæ ſunt iuris publici non amittendis per minimam capitis deminutionem.

DEcimò ex eodem Principio fit, vt quemadmodum is qui & libertatem & ciuitatem amittit, ea quoque perdit omnia quæ ſunt iuris ciuilis, & quæ ad ius ciuitatis pertinent; Ita dicendum ſit per eam capitis deminutionem, quæ ſalua ciuitate accidit, publica iura non intercunti. Certum enim eſt, eum, qui capite minuitur minima capitis deminutione, manere Magiſtratum, Senatorem, Iudicem, denique & cætera quæ publica ſunt in eo non finiri: *l. amiſſione 5. §. vlt.* cum *l. ſeq. D. hoc tit.* vbi ratio redditur quod hæc minima capitis deminutio, priuata duntaxat hominis & familiæ eius iura, non ciuitatis amittat; Ne alioquin eueniat, vt latiùs pateat effectus quàm cauſa.

ILLATIO XI.

De capitis deminutione contingente iis qui deficiunt.

VNdecimò ex eodem Principio fit, vt etiam ij qui deficiunt, capite minui dicantur: *l. amiſſione 5. §. 1. D. hoc tit.* vbi Paulus explicat deficere illos, qui ab his ſub quorum imperio ſunt, deſiſtunt; & in hoſtium numerum ſe conferunt. Sed & hi, inquit, quos Senatus hoſtes iudicauit lege lata, Vtrique (ſic enim lego, non *vtique*, vt vulgò:) id eſt tam qui deficiunt, quàm quos Senatus hoſtes iudicauit, vſque eo vt & ciuitatem amittant, quæ media capitis deminutio eſt. Adeò autem hoc verùm eſt, eos qui deficiunt pati capitis deminutionem, vt neque poſtliminio reuerti poſſint, nec ſi adhuc viuum habeant patrem in cuius erant poteſtate (quo caſu videbatur facilius eis concedendum ius poſtliminij ex perſona patris) quia patet non minùs illos amiſit, quàm patria, & quia diſciplina caſtrorum antiquior fuit parentibus Romanis, quam charitas liberorum, vt idem Paulus ait eleganter in *l. poſtliminium 18. § filius, D. de capt. & poſtlim.* *l. poſtliminium, §. filius, D. de captiu. & poſtlim.*

PRINCIPIVM II.

De non facienda deteriore cuiuſquam conditione ex facto alterius.

N*Vmquam ex alieno facto debet fieri deterior conditio eius, cui nihil poteſt imputari*: *l. 1. D. de alienat. iudic. mut. cauſ. fact.* vbi Caius ſcribens ad edictum prouinciale, monet omnibus modis id agere Proconſulem in prouincia, quod & Prætor agit in Vrbe, ne cuius deterior cauſa fiat ex alieno facto. Cui Principio reſpondet vulgata illa iuris regula, Non debere alteri per alterum iniquam conditionem inferri: *l. non debet alteri 74. De regul. iur.* Item illa, Id quod noſtrum eſt ſine facto noſtro nobis auferri non poſſe: *l. id quod noſtrum 11. eod. cum ſimilib.*

ILLATIO I.

Ratio edicti prætorij De capite minutis.

EX hoc Principio pendet tota ratio huius edicti *De capite minutis*, Nam cùm nihil aliud eo agat Prætor, niſi vt creditori actionem priſtinam reſtituat, quæ ipſo iure interciderat per minimã capitis diminutionem, ob ídque poſitus ſit ille titulus *in Pandectis* inter cæteras partes edicti *De reſtitutionibus in integrum*; Conſtat non

alia ratione moueri potuiſſe Prætorem ad indulgendam eiuſmodi reſtitutionem, quàm quòd durum & iniquum eſſet alieno facto amitti eam, ipſiúſque commodum eripi creditori, cuius neque factum, neque culpa vlla interuenerit. Nam neque poſſet prohibere creditor, etiamſi maximè vellet, ne filium debitorem pater emanciparet, aut in adoptionem daret, néve paterfamilias debitor præberet ſe adrogandum, atque ita filiusfamilias efficeretur. Quod ergo creditor prohibere non poteſt ne inuito ſe fiat, cur ipſi nocebit? Eſt enim alia generalis propoſitio, & quæ vix vllam patitur exceptionem, Neminem lædi debere ex alieno actu, etiam quem ſciuerit, ſi contradicere non potuit, aut contradicendo impedire: *l. Caius Seius 39.* vbi noſtri notant, *D. de pignor. action.* Indéque eſt, quòd ſi quo caſu imputari aliquid poteſt ei, qui per capitis deminutionem debitoris ſui actionem ſuam amiſit, nulla ei concedenda eſt reſtitutio, quaſi deficiente cauſa & æquitate edicti: Vtputa ſi quis debitorẽ ſuum adrogauerit: Hic enim omnem ſuam amittit actionem, nec tantùm ipſo iure, ſed etiam apud Prætorem, & effectu ipſo; nec ſolùm quandiu durat adrogatio, ſed etſi ea finita ſit, rurſúmque factus ſit ſui iuris ille, qui fuerat adrogatus, quia hæc capitis diminutio contigit facto ipſius creditoris, eiuſdémque adrogatoris, *l. 2. §. ei qui debitorem D. hoc tit.* De quo iam diximus *ad illat. 9. in fin. Principij præcedentis.*

ILLATIO II.

De alienatione iudicij mutandi cauſa facta.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt Prætor aliud quoque edictum propoſuerit inter cætera capita edicti *De reſtitut. in integr.* nempe *De alienatione iudicij mutandi cauſa facta: l. 1. D. ill. tit.* vbi Caius ſcribit, Prætorem, cùm intelligeret iudiciorum exitum duriorem interdum nobis conſtitui, oppoſito nobis alio aduerſario; bene in eam quoque rem proſpexiſſe, vt ſi quis rem alienando alium nobis aduerſarium ſuo loco ſubſtituerit, idque data opera in fraudem noſtram fecerit, tanti nobis in factum actione teneatur, quanti noſtra intererſit alium aduerſarium nos non habuiſſe. Ne ſcilicet cuiuſquam deterior cauſa fiat ex alieno facto, vt *in eiuſdem legis principio* Caius præfatur.

Itaque ſi alterius prouinciæ hominem mihi aduerſarium oppoſueris, aut alium qui me per potentiam ſuam vexaturus ſit, teneberis, quia etiamſi cum eo qui alterius prouinciæ ſit experiar, in illius prouincia experiri debeo, & potentioribus pares eſſe non poſſumus, *d. l. 1. §. vlt. l. 2. & 3. in prin. ill. tit.* Sed etſi hominem quem petebam manumiſerim, durior conditio mea ſit, quia Prætores fauent libertatibus: *d. l. 3. §. 1. l. antep. D. de manumiſſ.* Idémque erit ſi in pupillum, vel in Eccleſiam facta ſit alienatio, nam & his Prætores in pari cauſa fauere ſolent, ſicut & libertati. Item ſi locum in quo opus feceras, cuius nomine interdicto *Quod vi aut clam*, vel actione *aquæ pluuiæ arcendæ* tenebaris, alienaueris, durior mea conditio facta intelligitur; quia ſi tecum agerem tuis impenſis id tollere deberes. Nunc verò cùm incipiat mihi eſſe actio contra alium quàm qui fecerat, compellor meis impenſis id tollere, quoniam qui ab alio factum poſſidet, hactenus iſtis actionibus tenetur, vt id opus tolli patiatur: *d. l. 3. §. item ſi locum.* Actori enim moram ſuam nocere debere manifeſtum eſt, id eſt duriorem cauſam eſſe eius cui nocitum eſt, cùm agit aduerſus emptorem qui opus non fecit, quàm ſi ageret aduerſus eum ipſum qui nocuit, cùm imputare ſibi debeat cur non egerit citiùs, & aduerſus eum ipſum qui opus fecerat, & ante venditionem; præſertim cùm iniquum futurum ſit cogi emptorem tollere quod non fecerit. Sed ea res non liberat venditorem quominus interdicto *Quod vi, aut clam*, de damno & impenſis ab actore factis teneatur: *l. emptor 12. & ſeq. D. de aqua & aquæ plu. arcen.* Nam & poſt venditionem & traditionem fundi ea actio durat, ſiue nocitum ſit fundo qui fuit venditus, ſiue ei qui non fuit venditus, *l. poſt venditionem 16. eod.* Sed cum hac differentia, quòd ſi venditus ſit fundus cui nocitum eſt, & de quo iudicium iam antè acceptum erat, perinde quidem competit actio venditori, ſed eam iudicio empti cogitur præſtare emptori, *l. Iulianus 13. §. ſed etſi quid præterea, D. de action. empt.* Sed ſi antequam noceatur, is cum quo actum eſt, vendat, ſtatim agendum eſt cum emptore, vel intra annum cum eo qui vendidit, ſi iudicij euitandi mutandíque cauſa id fecerit, *d. l. poſt venditionem.*

Sed de his & cæteris omnibus quæ pertinent ad explicandas leges poſitas ſub *illo titulo*, iam ſatis multas ſcripſimus *in Rationalibus*, quæ hîc repetere non oportet. Poſſunt & ad hoc Principiũ referri alia penè innumera iuris noſtri loca, quæ inter legendum paſſim occurrunt, nec difficilis ſunt obſeruationis.

PRINCIPIVM III.

Omnem capitis deminutionem eſſe iuris ciuilis.

OMnes capitis deminutiones, *commentũ ſunt & inuentum iuris ciuilis: l. eas obligationes 8. D. hoc tit.* Nam cùm verſentur, Media quidem, circa ciuitatem quam adimit; Minima verò, circa familiam quæ & amittitur, & mutatur; Ciuitatis autem & familiæ nomina ſint iuris ciuilis, non gentium, aut naturalis, *l. pronunciatio 195. §. familiæ, cùm l. ſeq. De verb. ſign.* Conſequens eſt, vt non alteri iuri quàm ciuili hæ capitis deminutiones adſcribi poſſint. Ea verò quæ maxima dicitur, etſi verſatur circa ſeruitutem, cuius & nomen & ius inductum eſt ex iure gentium, *l. 4. D. de inſtit. & iur.* non eo magis tamen eſt iuris gentium, quia non poſſunt iure gentium dici capite minuti qui facti ſunt ſerui, cùm etiam ſerui iure gentium caput habeant, perinde ac ciues: *l. 4. D. de inſtit. & iur.* Præter id quod ſunt etiam iuris ciuilis modi quidam, per quos & libertas amittitur, & ſeruitus irrogatur: *l. 5. §. 1. D. de ſtat. homin.*

***

l. 1. §. vlt. l. 2. & 3. in prin. ill. tit.

d. l. ea §. D. hoc tit.

l. eas 8. D. hoc tit. l. 4. D. de inſtit. & iur.

ILLATIO I.

De obligationibus quæ naturalem præſtationem habent, non intercidentibus per capitis deminutionem.

d. l. eas 8. D. hoc tit. EX hoc Principio illud primum fit, quod in *d. l. eas 8. D. hoc ti.* ſcriptum eſt, Eas obligationes quæ nattalem præſtationem habere intelliguntur, capitis deminutione non perire quia ciuilis ratio, inquit, naturalia iura corrumpere non poteſt, ſed tantùm ciuilia: quod & ſcriptum eſt in *§. vltim. tit. præced. De legit. agnat. tutel.* Ex quo infert Caius in *dict. leg. eas*, actionem de dote, quia in bonum & æquum concepta eſt, nihilominus durare poſt capitis deminutionem, vt filia quamuis emancipata poſſit agere. Cur autem ea actio dicatur in bonum & æquum concepta eſſe, quod pulchræ eſt dubitationis, ſcripſimus contra Aceutſiom *in Rationalibus* ad illum locum.

ILLATIO II.

De obligationibus ex delicto proficiſcentibus durantibus poſt capitis deminutionem.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt nemo delictis exuatur quamuis capite minutus ſit: *l. 2. §. nemo, D. hoc tit.* Nempe quia in delictis non ius ſed factum verſatur, facta verò per id quod iuris eſt, tolli non poſſunt: *l. ſi vnus 27. §. pactus ne peteret, D. de pact.* nec iuris ciuilis fictiones poſſunt ad id vſque quod facti eſt pertingere: *l. denique 19. D. ex quib. cauſ. maior.* Idémque ferè ſenſus eſt eius quod Paulus ſcribit in *l. tutelae 7. §. iniuriarum, hoc titu.* Iniuriarum & actionum ex delicto venientium obligationes cum capite ambulare: Nec enim id aliam rationem habet, quàm quod eadem ſit cauſa delictorum & actionum ex delicto venientium. Quid enim prodeſſet dicere neminem exui delictis per capitis deminutionem, ſi non poſſet adhuc conueniri actionibus ex delicto deſcendentibus? Quamquam in actionibus illa erat fortior ratio dubitandi, quod ſint illæ iuris ciuilis: *l. 2. § deinde ex his legibus, De origin. iur.* neque ex facto proinde vt delicta, ſed ex iure æſtimantur. Quidni ergo pereunt etiam minima capitis deminutione? Sed facile eſt reſpondere, actiones pendere ab obligationibus, Obligationes autem quæ ex delicto proficiſcuntur; non poſſe perire, quia ex facto & iniuria non ex iure naſcuntur: Publicèque intereſt non remanere delicta impunita. De quo tamen videnda ſunt, quæ pluribus ſcripſimus *in Rationalibus* aduerſus Aceutſium & Bartolum.

***

ILLATIO III.

De legato annuo, vel habitationis, non extinguendo per capitis deminutionem.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt legatum in annos, vel menſes ſingulos relictum, itémque habitatio legata, quamuis morte legatarij intercidat, tamen capitis deminutione non perimatur, ſed poſt eam perſeueret: *l. legatum 10. D. hoc tit.* Rationem enim *ibi* Modeſtinus reddit; quia tale legatum in facto potiùs quàm in iure conſiſtit. Quæ ratio vt in perfectam ratiocinationem euadat, ſupplenda eſt ex eo quod iam diximus, Capitis deminutionem mediam & minimam eſſe commentum iuris ciuilis; Fictiones autem iuris ad ea quæ facti ſunt nullo modo pertinere.

ILLATIO IV.

De tutelis quæ pereunt, aut non pereunt, per capitis deminutionem.

QVartò ex eodem Principio fit, vt quamuis tutelæ omnes ſint ex iure ciuili, *l. 1. D. de tutel.* Tamen non alias tutelas interuertat capitis deminutio, quàm quæ ex lege 12. tab. agnatis proximis deferuntur. Illæ enim deferuntur ſub nomine agnatorum, quod ciuile eſt; Agnatus autem eſſe deſinit per capitis deminutionem is, qui antea erat, cùm per eam familia mutetur. At tutelæ ſicut & hæreditates quæ ex legibus nouis, aut ex ſenatuſconſultis, aut ex teſtamento deferuntur, non ſub nomine aliquo ciuili deferuntur, ſed ſub nomine proprio & naturali. Ergo conſequens eſt, vt capitis deminutio quæ iuris ciuilis eſt, eas ſolas perimat, quæ ſunt ex lege 12. tab. non cæteras, quia nec mutat nomina naturalia, ſed tantùm ciuilia, *l. tutelas 7. hoc tit.* de cuius ſententia & emendatione, præter ea quæ iam ſcripſimus in præcedentibus *ad Prin. 2. illat. 3. ſupr. De tutel.* videnda omnino ſunt quæ & copioſiùs & diſtinctiùs ſcripſimus *in Rationalibus.*

ILLATIO V.

De cognatione quæ perit per maximam & mediam tantùm capitis deminutionem.

QVintò ex eodem Principio fit, vt etiam per minimam capitis deminutionem pereat agnatio, non tamen pereat cognatio: *§. vlt. ſup. ti. prox. §. quod autem, hoc tit.* Nempe quia vt Iuſt. noſter ait agnationis nomen ciuile eſt, cognationis verò naturale. Qui etiam ſenſus eſt *l. 3. D. vnd. cog.* Quod cùm ita ſit, mirum eſt quod ſcribitur in *d. §. quod autem*, etiam cognitionem ſolui non tantùm per maximam, ſed etiam per mediam capitis diminutionem. Quomodo n. fieri poteſt vt naturalia corrumpantur per ciuilia, cùm ius cognationis ſit ſemper naturale quatenus ab agnatione ſeparatur, Capitis autem deminutio quælibet, vt Principium noſtrum habet, *§. quod aute hoc ti. §. vlt. ſupr. tit. præced.*

commentom

Digitized by Google

neque facere quidquam videri poteſt, cùmne quidem pati, quod multù facilius eſt, intelligatur: *d.l.in eo 110.§ pupillus.de reg.iur.* quia ſcilicet hæc ætas illa etiam quæ videt ignorat: *l. 1.C.de falſ.monet.* nec rei intellectum capere poteſt etiam in iis quæ agit, *d. l.excipiuntur*, quorum quippe agendorum cauſam non intelligit, *l.more 8.§.impubes,& l ſeq. D. de acquir. hæred.* Sed eſſet illa ſubtilitas nimia, & pupillis ipſis damnoſa, quorum fauor è contrario ſuadet, vt quæcunque de iis eorumque rebus iura conſtituuntur ex ipſorum fauore æſtimari debeant, magis quam ex ſubtili iuris ciuilis ratione.

Quod verò ſecunda Principij noſtri pars habet, Non poſſe pupillum deteriorem ſuam conditionem facere aliter quàm cum tutoris ſui autoritate; equidem rationem euidentem habet quantum ad directum, vt aiunt, propoſitionis ſenſum attinet, quoniam fruſtra daretur tutor impuberibus, nec iuris ciuilis propoſitum ſeruaretur, ſi liceret iis rem ſuam malè agere, neglecta tutoris autoritate, cùm non aliam ob cauſam tutores dentur, quàm ne alioquin accidat vt pupilli conditio inopia conſilij deterior paſſim fiat.

Sed illud magis mirum eſt, quod ex contrario propoſitionis huius ſenſu elicitur, Licere pupillo deteriorem ſuam conditionem facere accedente tutoris autoritate. Siquidem eadem ratio iuris & naturalis, & ciuilis, quæ non patitur vt debeat eſſe in arbitrio pupilli res ſuas ſine tutore malè adminiſtrare, illo quoque caſu locum habere videtur, quo tutoris autoritas interueniat, cùm non ideò dentur tutelæ vt pupilli mergantur damnóque afficiantur, ſed quò magis ipſis conſulatur, *l. 3 in princip. D.de contr.tute. & vtil.act.* Nam & inde eſt quod ſolemus dicere, Tutorem domini loco habendum eſſe, cum rem pupilli ex ipſius vtilitate ac bona fide adminiſtrat, non etiam cùm pupillum ſpoliat: *l. qui fundum 7.§.ſi tutor. D.pro emptor.* iunct. *l interdum 56. §.qui tutelam, D.de furt.* An non enim ſpoliat, qui damno eum afficit, aut afficit, aut affici patitur? Nec eſt quod quis reſpondeat, hoc ideò ita receptum eſſe, quia damnum quod pupillus ex mala tutoris adminiſtratione ſentiat, ſarciendum ei poſtea ſit à tutore iudicio tutelæ: qua ratione videtur moti Iureconſulti in *l.ſi ad pupillum 11. & l. ſi tutor 17. D. hoc tit.* In promptu enim contradictio eſt, Non eſſe permittendum vt cuiqoam inferatur damnum, ob id ſolum quòd eo nomine poſtea ſit habiturus contra alium actionem & repetitionem, *l. nemo ideo 171. de reg.iur.* cùm ſit melius intacta cuiuſque iura ſeruari, quam poſt vulneratam cauſam remedium quæri, *l.vlt.C.in quib. cauſ. non eſt neceſſ. in integr. reſti.* & noſtra interſit non ſoluere potiùs quàm ſolutum repetere, *l. 3. D.de compenſ.l. ſi ſtipulatus 14.in princip. D. de fideiuſſ.*

Sed reſpondendum eſt non aliter ius conſtitui potuiſſe ſine maxima pupillorum iniuria, quoniam ſi autoritas per tutorem præſtita non aliter rata eſſet ex pupilli vtilitate rem geri, vix quiſquam eſſet qui cum tutoribus vellet contrahere, Siue quòd in dubio euentu plerumque id poſitum ſit vtrius ex contrahentibus commodo ceſſura res ſit, Siue quòd quicumque contrahunt id agant maximè vt ex eius cum quo contrahunt damno commodum ſibi acquirant, præſertim verò in emptionibus & venditionibus, itémque locationibus & conductionibus; in quo maxime contractuum genere licet contrahentibus naturaliter ſe decipere, *l.in cauſa 16. §.idem Pomponius, D.de minor.l.item ſi pretio 22.§.vl. D.locat.l.2.l.ſi voluntate 8.C.de reſcind. vendit.* Atqui nullius magis quàm pupillorum ipſorum intereſt, vt cum tutoribus rectè contrahatur, *l. 4.in fin. D.de inſtit.* ne alioqui commercio iis interdictum videatur, ſi neque cum ipſis, neque cum ipſorum tutoribus contrahi tutò poſſit, *arg. l.an prætor 7.alias l et ſi ſine §. quæſitum eſt. l. quod ſi minor 24 §.non ſemper, D.de min.l. ratas 7. C. de reſcind.vend.* Sic enim fieret vt pupillis neque acquiri per tutorem quicquam poſſet, nemine cum tutoribus contrahere volente. Ergo æquiſſimum fuit & pupillis ipſis fauorabile ita ius conſtitui, vt etiamſi ex interpoſita tutoris autoritate lædi eos contingat, tutoris tamen autoritas rata ſit, non minùs quàm ſi ex pupillorum commodo geſta res eſſet; Dum ne quid factum ſit dolo malo tutoris, & dolum participante illo qui contrahit cum tutore. Hoc enim caſu certum eſt colluſionem illam pupillo nocere non oportere, nec habere contrahentem de quo conqueratur niſi de ſeipſo, qui dolum participando fecit, vt ei non tam tutoris quàm factum ſuum noceat, *l.4.§.illa etiam quæſtis, in fin. D. de doli mal.except.* Addenda etiam alia exceptio eſt, Niſi agatur de ſeruo aliquo manumittendo. Tunc enim non ſufficit autoritatem tutoris interuenire, ſed præterea cauſam quoque apud Conſilium probari neceſſe eſt, *l.obligari 9.§ 1. D. hoc tit.* Nempe quoniam per legem Æliam Sentiam eiuſmodi ſolennitas introducta eſt, vt ea lex ait, huic ſpeciei alienationis. Nam & manumiſſio alienatio eſt, licèt per eam nullum dominium transferatur, *l. vlt. C. de reb. alien.non alienand.* iunct. *l. 1.C.de fund.dotal.*

ILLATIO I.

De pupillo ſtipulante ſibi dari.

EX hoc Principio illud primum fit, quod Iuſtin.initio huius tituli ſcribit, ſi pupillus dari quid ſibi ſtipuletur, non eſſe neceſſariam tutoris autoritatem. Nec enim verendum eſt, vt pupillus ſtipulando faciat conditionem ſuam deteriorem, cùm ſtipulationes omnes ad hoc comparatæ ſint, vt vnuſquiſque ſibi acquirat quod ſua intereſt, *l.ſtipulatio iſta 38. §. alteri, de verb.obligat.* Cui ſimile eſt quod ait *l. 1. C.hoc tit.* Tutoris abſentiam ſtipulationi pro pupillo habitæ non nocere. Eſt enim illa lex de ſtipulatione interpoſita non à pupillo, ſed pro pupillo, ſc. à ſeruo publico, cui ius eſt ſtipulandi pro iis maximè qui ſibi ſtipulari non poſſunt, aut etiam à ſeruo ipſius pupilli, ſi quem habeat, *l. 2. & ſeqq. D. rem pupill. ſalu. for.* vbi additur etiamſi *l. 2. & ſeqq. D. rem pupill. ſalu. for.*
neque ſeruus pupilli, neque publicus vllus ſit, poſſe tamen interdum dari aliquem à Prætore cui caueatur, & ex cuius ſtipulatione actio quæratur pupillo, non quidem directa, ſed vtilis. Nec enim ſemper pupillus ipſe ſibi ſtipulari poteſt, puta ſi abſens ſit, aut fari non poſſit cùm ſtipulatio neque inter abſentes, neque ſine verbis contrahatur, *l. 1. De verb.obligat.*

ILLA

Digitized by Google

voluit formam pupillaribus negotiis tractandis præſcribere, & ſolennitatem inducere. Vnde fit, vt non ſufficiat eam autoritatem quoquo modo interponi, ſed neceſſe ſit vt & à præſente tutore & in ipſo negotio interponatur, non etiam vel poſt tempus, vel per epiſtolam, *d. l. obligari 9. §. tutor ſtatim, D. hoc tit.* vel ante negotium perfectũ, *l. ſi quis mihi 25. §. iuſſum, D. de acq. her.* quia cum non alia de cauſa autoritas illa adhibeatur, quã vt pupilli iudicium ſuppleatur, iudicio autem illo tum maximè opus ſit cùm tractatu perfecto contractus concluditur; Apparet ita conſtitui ius debuiſſe, vt non niſi ſtatim & in ipſo negotio autoritatem iſtam adhiberi oporteret. Inde etiam eſt quod etſi conditionalis contractus cum pupillo fiat, tutor tamen purè autor fieri debet, illáque autoritas non conditionaliter, ſed purè interponi debet, etiamſi contractus ſit conditionalis, *l. etſi conditionalis 8. D. hoc tit.* Nempe quia huius autoritatis interpoſitio eſt actus ſolennis & legitimus, qui non poteſt recipere conditionem: *l. actus legitimi 77. de reg. iur.*

ILLATIO IV.

De præſentia quæ requiritur ad authoritatem præſtandam.

QVartò ex eodem Principio fit, vt non ſufficiat præſentem eſſe tutorem ad præſtandam authoritatem, ſed neceſſe ſit adeſſe illum animo, & probare id quod agitur. Hoc enim eſt tutorem fieri authorem pupillo: *l. 1. D. hoc tit.* Itaque ſi inuitus retentus ſit per vim, non valet quod agitur. Non magis quàm ſi ſomno vel morbo comitiali occupatus tacuiſſet, *l. 1. §. vlt. eod. l. non multum 14. cum leg. praeced. eod.* Scientia enim & voluntas libera requiritur cum præſentia, non tamen verba: *d. l. 14.*

ILLATIO V.

De non præſtanda authoritate per tutorem in rem ſuam.

QVintò ex eodem Principio fit, vt non poſſit tutor præſtare authoritatem pupillo in rem ſuam, puta ſi velit ipſe emere, aut aliter acquirere à pupillo. Nec tantùm ſi tutor ipſe, ſed etſi filius tutoris, aut alia perſona ipſius tutoris iuri ſubiecta, per quam futurum ſit vt perinde acquiratur tutori, ac ſi tutor ipſe emiſſet: *l. 1. d. l. 5. in pr. & §. vlt. l. 7. l. poteſt 19. l. vlt. eod. tit.* Nec enim credibile eſſet præſtari à tutore authoritatem pupillo bona fide in ea re, quæ non tam ad pupilli, quàm ad ipſius tutoris vtilitatem principaliter gereretur; cùm ſibi omnes malint bene eſſe, quàm alteri. Non idem erit ſi tutoris vtilitas in eo negotio verſatur tantùm per conſequentias, *dict. leg. 1. & 7.* vt ſuo loco explicauimus. Inde eſt quod ſi ſeruus communis tuus & Titij à pupillo te auctore rem aliquam per traditionem acceperit, tota ad Titium pertinebit. Nam cùm non poſſit tibi acquiri ea eo actu cui tu ipſe authoritatem præſtitiſti, neceſſe eſt pro ſolido eam pertinere ad Titium, cui acquiri tota poteſt, ex ea regula quam Veteres comprobauerunt, *leg. ſi ſeruus 11. eodem hoc titulo.* *L. ſi ſeruus 11. eod.*

ILLATIO VI.

De tutore qui non poteſt authoritatem præſtare, quòd non habeat adminiſtrationem.

SExtò ex eodem Principio fit, vt tutores quibus adminiſtratio decreta non eſt, perinde ac extranei poſſint rectè à pupillo emere, *l. tutores 5. eod.* quia ſcil. nec poſſent illi authoritatem præſtare pupillo etiam cum alio contrahenti; cùm authoritatis præſtatio non tam ad nomen, quàm ad officium tutoris pertineat, & ad cauſam adminiſtrationis: *l. 4 eod. tit.*

ILLATIO VII.

De duobus euſdem pupilli tutoribus.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt ſi eiuſdem pupilli duo ſint tutores, duóque correi ſtipulandi, quorum vnus vno tutore auctore, alius alio auctore ab eodem ſtipuletur, valeat ſtipulatio, quia ſatisfactum ſit ſolennitati iuris, ſi modò tales tutores ſint, vt vnius authoritatem adhibitam fuiſſe ſufficiat. Nec enim ſemper ſufficiebat olim, *d. l. quod diximus 7. §. 1. eod.* De quo etiam diximus ſuo loco ad *Princip. 6. De tutel.*

ILLATIO VIII.

De pupillo ſoluente creditori ſuo ſine tutoris authoritate.

OCtauò ex eodem Principio fit, vt pupillus ea omnibus cauſis ſoluendo ſine tutoris authoritate, nihil agat, id eſt non ideò acquirat ſibi liberationem, *l. obligari 9. §. pupillus, eod. tit.* Nempe quia non aliter ſolutio poteſt liberationem parere, quàm ſi rei ſolutæ dominium transferatur in accipientem: *l. quod ſi fortè 14. §. vlt. l. qui ſic 55. l. ſi qui 60. l. ſi hominem 69. l. ſi alieno 78. in prin. D. de ſolut.* Pupillus autem nullius rei ſuæ dominium transferre poteſt ſine tutoris ſui authoritate. Id enim potiſſimum eſt in quo exigitur authoritas tutoris, tanquam quod ad cauſam adminiſtrationis maximè pertineat, *d. l. 5. §. pupillus, D. hoc tit. l. qui fundum 7. §. ſi tutor, D. pro emptor.* Si tamen creditor qui pecuniam ſine tutoris authoritate à pupillo accepit, eam conſumpſerit, liberabitur pupillus, vt Caius ſubiicit; quia cùm non poſſit ei dari vindicatio pecuniæ, quæ ampliùs non extat, ſola poteſt ſupereſſe condictio; quæ cùm ſit actio perſonalis, ſi à pupillo proponeretur contra verum creditorem, haud dubiè pateretur compenſationem, quam vindicationes cæteræque in rem actiones olim non patiebantur, ante *l. vlt. C. de compenſat.* *L. vlt. C. de compenſ.* Poſt quam tamen quæ hoc ius nouum induxit, poteſt fortaſſis non improbabiliter defendi, Nec vindicationem hodie pupillo dandam eius pecuniæ, quam vero creditori ſuo ſoluerit ſine tutoris authoritate: Aut ſi vindicatio ei ſummo iure detur, ſummouendam eam per exceptionem compenſationis: Cùm ſi ſubtilitatem iuris remoueas, nullum in eo futurum ſit damnum pupilli, cuius è contrario intereſt potiùs vt liberetur: Siquidem quiſquis à vero creditore

liberatur, tanto locupletior hoc ipſo fieri intelligitur: *l. ſi pupilli 66. D. de ſolut.*

Planè iu conſuoptis nummis, dubitationem nullam res habere poteſt, qoia conſumptio modus eſt dominij & amittendi, & acquireodi, vt cernere eſt in alienis nummis crediris, aut à furioſo; *l. ſi à furioſo 12. & ſeq. D. de reb. cred.* Idémque eſt ſi pecunia pupillaris à pupillo ſoluta non quidem conſumpta ſit, ſed tamen ita mixta pecuniæ accipientis, vt diſcerni ab ea, & ſeparari non poſſit. Tunc enim æquè ſit accipientis ac ſi conſumpta eſſet; adeo proximè ad conſumptionem accedit confuſio: *dict. l. ſi alieni 78. de ſolut. l. 1. §. præterea ſciendum, D. de ſeparat.* Sed hæc ita ſi coosumptio, aut confuſio illa facta ſit bona fide; alioqui ad exhibendum agi poterit ac ſi extarent, cùm dolus & mala fides pro poſſeſſiooe ſit: *§. nũc admonẽdi, Inſt. quib. alien. li. vel non.*

ILLATIO IX.

De ſolutione facta pupillo ſine tutoris authoritate.

NOnò ex eodem Principio ſit, vt nec pupillo ſolui ſine tutoris authoritate poſſit, nec pupillus delegare debitorem: *l. pupillo 15. D. de ſolut.* quoniam vt ea lex ait, nullam rem alieoare pupillus ſine tutoris authoritate poteſt. Alienat autem & amittit debitorem, quiſquis vel delegat eum, vel accipit ab eo ſolutiooem, cùm delegatio ſit pro ſolutione tam ex parte delegantis, quàm ex parte illius qui delegatur: *l. quamuis 8. §. interdum, D. ad SC. Velleian.* Si tamen pupillo ſoluti abſque tutoris authoritate nummi, ſalui ſiot, poterit creditor petentem & vindicantem pupillum doli exceptione ſummouere, *d. l. pupillo*, cùm ea ratione fiat vt damnum captet pupillus ex alieoa iactura, quod numquam ferendum eſt, *l. nam hoc 14. D. de cond. indeb. l. iure naturæ 206. de reg. iur.*

ILLATIO X.

De non adeunda hæreditate per pupillum ſine tutoris authoritate.

DEcimò ex eodem Principio ſit, vt hæreditatem adire pupillus oon poſſit ſine tutoris authoritate, quamuis lucroſa & opuleota ſit reuera, oec vllum habeat damnum: *dict. l. obligari 9. §. hæreditatem*, quia cùm hoc ius introductum ſit, ad hoc vt tutus & ſecurus ſit pupillus, nec eius conditionem ſine tutore deteriorem fieri ciuilis Legiſlator patiatur; apparet non poſſe tutum eum eſſe, ſine tutoris authoritate adeat hæreditatem: non ſolùm ob periculum latentis æris alieni, quo tandem emergente iocipiat damnoſa eſſe hæreditas, quæ lucroſa anteà credebatur: *l. 4. D. ad SC. Trebell. l. ſi hæreditatem 32. D. mandat.* ſed etiam quia non poteſt fieri, vt quis hæreditatem vllam etiam opulentam adeat, quin hoc ipſo ſe obliget æri alieno: *l. qui in aliena 6. de acquir. hæred.* Iam autem diximus, nemini pupillum obligari poſſe ſine aothoritate tutoris, *dict. leg. obligari, in princip. l. in more 8. D. de acquirend. hæred.* Vbi tamen excipiùntur pupilli qui ſunt hæredes neceſſarij: in his eoim nulla requiritur aditio, oec alia agoitio hæreditatis: *l. in ſuis 14. D. de ſuis & legit.* & fruſtra eſſet quærere, An poſſet pupillus eam hæreditatem ſine tutore acquirere, quæ iam ſit ei ipſo iure, adeóque inuito etiam tutore acquiſita.

Vnde etiam eſt, qood magis quis miretur, vt ſi pupillus hæres ſcriptus ſit a patre, in cuius erat poteſtate, ſub conditione (vt vocaot) poteſtatiua, liberum ſit pupillo etiam ſine tutoris authoritate conditioni eiuſcemodi parère: Quia licèt ea conditionis poteſtas eſſet, vt non fuiſſet pupillus patri futurus hæres neceſſarius, aliter quàm ſi conditiooem impleuiſſet, *leg. 4. D. de hæredib. inſtituend. l. vltim. D. de condit. inſtitut.* quoties tamen impleta eooditio eſt, reperitur pupillus hæres oeceſſarius, Iure poteſtatis potiùs, quàm vi conditionis expleiæ, vt eleganter ac ſubtiliter ſcribit Paulus in *l. conditionibus 5.* *l. conditionibus 5. D. de cond. & demonſtr.*
D. de condit. & demonſt. Senſus eſt oon ideò pupillum qui conditionem hanc ſine tutore impleuit, obligari paternæ hæreditati, & æri alieno quod io ea fuit, quia conditionem impleuerit, ſi formalem immediatam atque adæquatam cauſam conſideres; ſed quia ſuus hæres ſit & neceſſarius patri, io cuius morientis poteſtate fuit: *l. in ſuis 11. de liber. & poſthum. l. vltim. D. de collat. bonor.* Sed extra cauſam neceſſariorum hæredum oeceſſaria eſt authoritas tutoris; non quidem ad implendam conditionem, ſed ad hæreditatem acquirendam. At neque videretur iuris ratio pati vt poſſit pupillus tutore authore hæreditatem acquirere, cùm cauſam, & momentum eius acquirendæ non intelligat. Sed placuit hoc ei faoorabiliter præſtari, ne alioqui nulla, ſuperſit ratio pupillo acquirendæ hæreditatis, cùm nec tutor, nec alius quiſquam poſſit adire, qui non ſit inſtitutus: *l. pupillus 9. eod. titul. De acquirend. hæred.*

ILLATIO XI.

De hæreditate pupillo reſtituenda ex Trebell.

VNdecimò ex eodem Principio ſit, vt oeque ex Senatuſeouſulto Trebelliano hæreditatem recipere pupillus ſine tutoris authoritate poſſit: *dict. l. obligari 9. §. nec ex Senatuſconſulto, D. hoc titul.* Nam cùm ex Senatuſeonſulto Trebelliano tranſeant actiones omnes in fideicommiſſarium, & quæ hæredi, & quæ in hæredem competebant; *leg. 1. ad SC. Trebellian.* dubitaodum nou eſt, quin fideicommiſſi reſtitutio ex Trebelliano noo tantùm ſit ſolutio debiti, ſed etiam acquiſitio ſucceſſionis, cùm ex eiuſmodi reſtitutione pupillus perinde obligaretur, atque ex aditione qualibet hæreditatis: *l. reſtituta 37. §. vltim. cum l. ſequent. D. ad SC. Trebell.* Quamquam ſufficeret ſolutionem eſſe, vt non poſſet fieri pupillo ſine authoritate totoris, *dict. leg. pupillo 15. D. de ſolution.* Proiode etiamſi facieoda eſſet reſtitutio fideicommiſſi ex Pegaſiano, idem dicendum eſſet, neceſſariam fore tutoris authoritatem, ſed alia ratione; Non quia pupillus ſine tutoris authoritate obligari non poſſit, cùm obligatiooes omnes remaneant penes eum, qui hæreditatem ex Pegaſiano reſtituit, nec tranſeat eo caſu in fideicommiſſarium; ſed quia nihil ſolui pupillo ſine tutoris authoritate poteſt, vt ſuprà diximus; nec proinde fideicommiſſum magis quàm aliud quidpiam.

ILLA

ILLATIO XII.

De authoritate præſtanda ad agnoſcendam, vel repudiandam bonorum poſſeſſionem.

DVodecimò ex eodem Principio fit, vt etiam in agnoſcenda & repudianda bonorum poſſeſſione voluntatem quoque, & authoritatem tutoris interuenire oporteat, *l. ſi ad pupillum* 11. *D. de author. tutor.* quia bonorum poſſeſſio, ſicut & hæreditas, ius ſucceſſionis ſignificat, & commoda atque incommoda continet: *l. 1, 2. & 3. De bonor. poſſeſſ.* Eſt autem in hanc rem neceſſaria tutoris authoritas, nec ſufficit curatoris, vt nec ad cætera omnia expedienda quæ iuris ſolennitatem deſiderant, *l. curatorem* 19. *D. hoc tit. l. cùm in vna* 17 *§. tutor, D. de appellat.* Præter quàm ſi agatur de curatore furioſi, cuius eadem ferè in omnibus ratio eſt, quæ tutoris, quia primò ac principaliter perſonæ furioſi datur, *dict. l. ſi ad pupillum.*

Nec eſt contrarium quod in *l. penultim. eod* proponitur pupillus abſtentus per curatorem: ibi enim pupillus dicitur qui tempore immixtionis pupillus fuerat, ſed abſtentionis tempore iam adultus; quem ideò lex ſubinde vocat Adoleſcẽtem. Certum autem eſt minorem poſſe ſeipſum abſtinere etiam ſine curatore; & ſine reſtitutione, niſi cùm ſe immiſcuit iam pubes: *l. neceſſarijs* 57. *de acq. hæred.* Quidni ergo etiam per curatorem? dummodò minor ipſe ſit præſens licèt tacens, ideóque ponendum eſt in *dict. l. penultim.* præſentem fuiſſe, ſed tacentem adoleſcentem, & indè petendam rationem decidendi: quoniam abſtentio erat quidem actus ſolennis ſed ratione loci tantùm, quia fieri debebat in iure vt repudiatio, *l. 4. Cod. de repud. vel abſtin. hæred.* ſed non ratione verborum, cùm ſufficeret declaratio quælibet voluntatis per præſentiam cum ſcientia & conſenſu iunctam, licèt non verbis expreſſam, quomodo in ſolennitate interponendæ per tutorem authoritatis obſeruari iam diximus: *l. 1. §. vlt. l. 3. l. 14. D. hoc tit.*

ILLATIO XIII.

De pupillo agente vel conuento duplici iudicio, Et de pluribus pupillis eundem tutorem habentibus, & inuicem agentibus.

DEcimotertiò ex eodem Principio fit, vt ſi pupillus agat, vel conueniatur aliqua ex iis actionibus, quæ ideò duplices & mixtæ appellantur, quod in iis vterque litigatorum & actor & reus idem ſit, de quibus in *l. licet 42 §. pen. D. de procurat. l. actionis 37. §. mixta, D. de oblig. & act.* dubitatum ſit non quidem an ad edendum & accipiendum iudicium idem tutor author fieri poſſit, conſtat enim poſſe, ſed an vna authoritas ſufficiat eo animo vt ad vtrumque pertineat, *l. accipientis* 15. *D. hoc tit.* vbi Marcianus refert Pomponium de hoc dubitaſſe: Ideo forſitan quod tantopere ſit auctoritas tutoris neceſſaria, præſertim in actibus iudicialibus, vt non poſſit videri vna ſufficere cùm iudicium eſt duplex; ſicut nec vnus procurator ſufficere poteſt: *dict. l. 42 § penultim.* Ait tamen Marcianus, poſſe fortiter defendi ſufficere vnam authoritatem, cùm vnus tantùm ſit pupillus, qui in eo iudicio duplici & agit, & conuenitur. Nam neque plures procuratores ſunt neceſſarij niſi cùm plures ſunt hæredes defuncti de cuius hereditate agitur familiæ erciſcundæ, aut plures ſocij qui agunt communi diuidundo; non etiam cùm vnius hæredis aut ſocij plures ſunt hæredes, *d. §. pen.* Atque ita plerique locum illum Marciani intelligunt. Sed mihi videtur probabilius, & Marciani verbis conuenientius, vt eum caſum tractet quo plures ſint pupilli quibus tutor vnus datus ſit, & inter quos iudicium ſimplex inſtituatur, vno edente & dictante, alio accipiente, id eſt vno ſimpliciter conſtituto actore, alio ſimpliciter reo. Quo caſu difficilius videtur, vt idem tutor vtriuſque pupilli poſſit vtrique authoritatem præſtare, non magis quàm vt idem poſſit eſſe actor & reus eodem reſpectu, aut idem actoris & rei procurator: *dict. § penultim.* vel Aduocatus, *l. 3. §. quod ſi, D. de præuaric.* Extra caſum *l. vltim. D. de poſtul.* Quòd ſi quis velit admittere tutorem vnum, ſicut vtrique pupillo dari poteſt, ita & vtrique pupillo in hoc vno eodémque iudicio authoritatem præſtare poſſe; Illud ſaltem videtur concedendum non poſſe vnam authoritatem ſufficere, licèt eo animo factam, vt ad vtrumque pupillum pertineat; ſed duplici authoritate opus eſſe vt vna vni, altera alteri præſtetur.

Alia & verior interpretatio d. l. accipientis.

Et hoc eſt quod Pomponius putabat, poſſe quidem vnum tutorem vtrique pupillo ſufficere, ſed non vnam authoritatem. Marcianus contra, vnam ſatis eſſe authoritatem vnius tutoris vtrique pupillo præſtandam, & eo animo vt ad vtrumque pupillum pertineat; nempe quoniam authoritatem præſtare, non illud eſt conſilium præbere, quod ſanè duobus pupillis ab vno eodémque tutore citra præuaricationem præberi non poſſet, ſed nudum conſenſum, qui pro ſolennitate requiritur, adhibere, vt iudicium ritè dictatum acceptúmque videatur, ex quo poſſit ſequi ſententia quæ transeat in rem iudicatam. Quidni enim poſſit conſenſus ille vnus ſufficere dummodo ad vtrumque pupillum referatur? Quid ergo neceſſe eſt multiplicari authoritates? Ergo quod lex ait *vtrique*, non intellige *iudicio*, quod alij duplex eſſe ponunt, ſed pupillo. Et quod ſequitur *ad vtrumque*, ſimiliter intellige *ad vtrumque pupillum*, non autem *ad vtrumque iudicium*. Nam & cùm aliquod iudicium inſtituitur ex iſtis quæ duplicia appellamus, non ideò iudicia duo inſtituta eſſe quis benè dixerit, vnum enim tantùm eſt, non duo, ſed illud vnum tamen duplex, non ſimplex: Duplex autem idcirco, quia in eo idem actor & reus eſt diuerſis reſpectibus: *dict. leg. 42. §. penultim. de procur. l. in tribus 13. D. de iudic. l. iudicium, D. fin. regund.* Non quia duæ ſint formulæ, ex quarum tamen pluralitate pluralitas quoque iudiciorum æſtimatur.

Iudicia duplicia cur ſic dicta.

ILLATIO XIV.

De tutore qui non vult] author fieri pupillo.

DEcimoquartò ex eodem Principio fit, vt ſi tutor pupillo nolit author fieri, non debeat ille cogi à Prætore. Nam vel expedit pupillo, vel non expedit authoritatem præſtari. Si non expedit, iniquum eſt cogi eum vt id faciat, quod à ſuſcepti officij ratione ſit alienum. Sin expedit, ſatis debet eſſe Prætori, quod pupillus hanc iacturam poſteà tutelæ iudicio ſit conſecuturus, *l. ſi tutor* 17. *D. hoc tit.* cùm non minùs de authoritate quàm de adminiſtratione rationē reddere teneatur. Nam & adminiſtrationis pars eſt, & quidem potiſſima præſtare authoritatem, vt ſuprà diximus: Vnde eſt quod diximus, Tutorem qui per valetudinem, vel abſentiam, vel quam aliam iuſtam cauſam author fieri non potuit, non ideò teneri, quia ſc. nihil ei poteſt imputari, *l. tutor qui* 10. *eod. tit.* Et verò non cogitur tutor tutelam adminiſtrare ac gerere, ſi malit ob eam cauſam vel teneri iudicio tutelæ, vel ſuſpectus fieri durante tutela. Præterquàm vno illo ſingulari caſu, quem ponit Vlpian. in *l.* 4. *§. ſed enim, D. rem pupill ſalu. fer.* Cætera quæ pertinent ad hunc titulum & tractatum, iam explicauimus ad Princip. 6. *De tutel.* præſertim *ab Illat.* 19 *ad* 31.

AD TITVLVM XXII.

Quibus modis Tutela finitur.

PRINCIPIVM I.

De Tutela non niſi certis modis finienda.

TVTELA ſicuti non niſi iure ciuili ſuit inducta, ita certis tantùm modis eodem iure ciuili comparatis finitur. Qui omnes modi exponuntur à Iuſtiniano *in hoc tit.* Ratio autem huius Principij eſt, quod omnia quæ iure ciuili inducta ſunt, & comparata, ſui natura ſint perpetua. Nihil enim eſt quod ius ciuile faciat tam infirmæ conditionis, vt aliter quàm ex eiuſdem iuris ciuilis authoritate, aut finiti, aut euerti poſſit; Pertinétque ea res ad iuris ciuilis authoritatem & dignitatem, quia eiuſdem poteſtatis eſt deſtruere, cuius & condere. Nec ab hac ſententia abhorret regula iuris, quæ ait, nihil tam naturale eſſe quàm vnumquodque diſſolui eo modo & iure, quo colligatum eſt, *vulg. l. nihil tam naturale* 35. Conſequens enim fit, vt quemadmodum tutela iure ciuili conſtituta & inducta fuit, iuxta definitionem quam Seruius afferebat in l. 1. *D. de tutel.* Ita & non niſi certis modis eodem iure ciuili conſtituta diſſoluatur. Inde eſt quod ſola voluntate, ſiue tutoris, ſiue pupilli, non finitur, quia noluit ius ciuile hunc eſſe legitimum modum finiendæ tutelæ, *l.* 2. *C. quand. tutor. eſſ. deſin.* Modi autem omnes quibus tutela finitur, hi ſunt, Pubertas, Adrogatio pupilli, Mors ſiue pupilli ſiue tutoris, Capitis deminutio, quælibet in pupillo, non tamen quælibet in tutore, Euentus temporis ad quod vſque, vel conditionis ad quam vſque tuto teſtamento datus fuerat. Deniquè Remotio propter ſuſpicionem, aut Excuſatio propter iuſtam aliquam cauſam quæ ſuperuenerit poſt tutelam ſuſceptam.

PRINCIPIVM II.

De Pubertate.

TVtela finitur pubertate, *l.* 1. *& vlt. C. quand. tut. eſſ. deſin.* Ratio euidens eſt, quia cùm tutela remedium ſit & auxilium ſubſidiarium, iure ciuili comparatum, ad tuendum impuberem qui per ætatem ſe tueri nequit, vt ſcriptum eſt in § *vltim. ſup. De Attil. tutor.* fuit ſanè conueniens ita ius conſtitui vt finiretur pubertate. Quandoquidem pubes factus poteſt ſibi ipſe ſatis conſulere ſi non proprio iudicio quod ſatis infirmum ac debile eſt, ante completum annum viceſimumquintum, ſaltem hactenus vt petat curatorem cuius conſilio regatur. Nec enim ſolet ius noſtrum auxilia iſta extraordinaria deferre, niſi cui & quatenus neceſſitas cogit deferri, *vulg. l. in cauſa* 16. *D. de minor. l. ex facto* 49. *de vulg. & pup. ſubſtit. l. imperatores* 51. *de reb. auth. iudic. poſſid.* Quàm verò multa ſpecialia ius hoc tutelæ habeat, & à iuris communis ratione penitus aliena, conſtat ſatis ex iis quæ diximus *ad Princip.* 1. *De tut.*

In definiendo autem pubertatis tempore non omnes Iureconſulti conſenſerunt. Erant enim qui in maſculis pubertatem non ex certo annorum numero, vt in fœminis, ſed ex habitu corporis æſtimarent, vt qui pubeſcere inciperet, is demum pubes haberetur, quaſi in re tanti momenti ea probatio quæri deberet quæ eſſet certiſſima, nec vllam haberet dubitationem; Cùm impuberes, nec nuptias contrahere poſſint, *l. in ſponſalibus* 14. *D. de ſponſal. l.* 4 *D. de rit. nupt.* neque teſtari, *l. à qua ætate* 5. *D. qui teſtamen. facer. poſſ.* neque teſtimonium dicere, *l. inuiti* 19. *in fin. D. de teſtib.* neque torqueri, *l. de minore* 10. *D. de quæſtion.* neque obligari ſine authoritate tutoris, vt diximus *tit. ſuperiore.* Eàque videtur fuiſſe ſententia Sabinianorum: ſiquidem conſtat diuerſæ ſcholæ Authores ideſt Proculeianos in contraria opinione fuiſſe, vt non minùs in maſculis quàm in fœminis pubertas certa ex certo annorum numero conſtitueretur, vt Vlpianus refert

Digitized by Google

in fragment. titul. 11. *§. vltim.* quòd ea corporis indagatio, quam in fœminis turpiſſimam, nec proinde admittendam eſſe omnes conſentiebant, in maſculis quoque inhoneſta & indecora videretur.

Itaque placuit pubertatem in fœminis, ab anno duodecimo completo incipere; In maſculis verò ab anno decimoquarto æquè completo: *l. vltim. C. quand. tutor. vel curat. eſſe deſin.* vbi extat illa Iuſtiniani conſtitutio, cuius mentio fit *in hoc tit.* Quaſi ius hoc à Iuſtiniano ipſo fuerit introductum, & antiquæ Iuriſprudentiæ incognitum: Cùm tamen aliis pleriſque iuris noſtri locis, & apud ipſos etiam veteres Authores pubertatem ſic iam olim definitam fuiſſe negari non poſſit: *dicta lege* 5. *D. qui teſtam. facer. poſſ. l.* 2. *De vulg. & pupillar. ſubſt.* Ex ſupradicta Proculeianorum ſententia, quæ haud dubiè magis obtinuit tanquam ciuilior, & publicæ honeſtati conuenientior. Nec quod ætatem aliquando ex aſpectu probatam legimus, vt in *leg. minor* 32. *D. de minor. l.* 3. *C. ſi minor ſe maior. dixer.* tale eſt, quale ſi ætatem ex habitu corporis probatam ſcriptum eſſet. Aſpectum enim non, vt malè Cuiac. credidit, partis neceſſariæ, ſed oris & vultus intelligimus, qui ſæpe falſus & mendax eſt, cùm tamen habitus corporis nec falſus eſſe poſſit, nec incertus. Ob idque eſſet proculdubio Sabinianorum ſententia ſequenda, ſi tam honeſta eſſet, quàm tuta.

Duplex pubertas prima & plena.

Duplicem tamen pubertatem veteres conſtituerunt, Primam vnam & minùs plenam, de qua hucuſque diximus: Plenam alteram, quæ in maſculis incipit ab anno decimooctauo; in fœminis verò, à decimoquarto completo: *l. adrogato* 40. *§. non tantùm, D. de adoption. l. Mela ait* 14. *§.* 1. *D. de aliment. & cibar. legat. l. quidam conſulebat* 57. *D. de re iudic.* In quibuſdam tamen cauſis habetur etiam ratio decimiſeptimi anni completi, ſufficitque decimumoctauum attigiſſe, vt in ſpecie *§. iuſta, & §. vlt. ſupr. quib. ex cauſ. manum. non licet, l.* 1. *§. initium, D. de poſtul.* Sed non ad definiendam, aut primam, aut plenam pubertatem, quæ prima lanugo appellatur. Alia eſt ætas quæ dicitur plena & perfecta: Ea eſt quinque & viginti annorum completorum, poſt quod ſe tempus virilem compleri vigorem conſtat: *l.* 1. *D. de minor. l.* 4. *D. de legit. tutor.* Cur verò tam prima quàm plena pubertas paucioribus annis contenta eſt in fœminis, quàm in maſculis? An quod reuera citiùs pubeſcant vt plurimùm? An potiùs quod earum malitia frequentiùs ſuppleat ætatem? vt loquitur *l.* 3. *C. ſi minor ſe maior. dixer.* An denique propter feſtinationem votorum, vt Macrob. ait *in ſomn. Scip. capit.* 6. Vt ſcil. tantò citiùs eximatur periculo pudicitia virginis quantò maturiùs nupta fuerit. Computantur porrò ætatis huius puberis ſicut & perfectæ tempora à momento in momentum, quoniam alioquin nihil certi & conſtituti haberi poſſet: *l.* 3. *§. minorem, De minor. l.* 5. *D. qui teſt. facer. poſſ.*

Caſus in quibus ſufficit attigiſſe annum decimũ octauum.

Et cur pubertatis tempus breuius ſit in fœminis.

ILLATIO I.

De tutore qui etiam poſt pupilli ſui pubertatem adminiſtrauit.

EX hoc Principio illud fit quod ſcriptum eſt in *l. ſi tutor* 13. *& ſeq. D. de tutel. & ration. diſtrahend.* Si tutor poſt pubertatem pupilli negotia adminiſtrauerit, in iudicium tutelæ venire id tantùm, ſine quo adminiſtratio tutelæ expediri peragique non poteſt: Pro cæteris conueniendum eſſe tutorem actione negotiorum geſtorum: Nempe quia cùm tutela per pubertatem finita ſit, non poteſt tutelaris videri adminiſtratio poſt pubertatem facta, niſi quatenus connexa eſt præcedenti. Connexitas autem duplex eſt, vna cauſæ, altera temporis. Vtraque ſufficit ad continuandam non quidem tutelam ipſam, ſed actionem tutelæ. Atque ita intelligo generaliter quod indiſtinctè ſcriptum eſt in *leg. tutor* 11. *Cod. arbitr. tutel.* Tutorem ſi poſt puberem ætatem in connexa tutelæ adminiſtratione perſeuerauerit, tutelæ actione totius temporis rationem præſtare cogendum eſſe. Connexam enim haud dubiè intelligit, ſiue tempore, ſiue cauſa. Vnde eſt quod Caius ſcribit in *l. ſi poſt* 14. *D. tutel. & rat. diſtr.* Si poſt pubertatem aliquo tempore licèt breuiſſimo intermiſerit adminiſtrationem tutor, deinde cœperit gerere, tam tutelæ, quàm negotiorum geſtorum iudicio cum eo agendum eſſe; Tutelæ ſcil. de iis quæ geſta ſunt ante pubertatem: Negotiorum verò geſtorum, de iis quæ poſt pubertatem, ne dubitare poſſimus quin tutelæ tantùm iudicio agi poſſit, etiam de iis quæ geſta ſunt poſt pubertatem, ſi nullo penitus tempore intermiſſa ſit adminiſtratio. Itaque videtur latiùs patere actio tutelæ, quàm tutela ipſa, ſicut & officium tutoris; quippe quod non niſi curatoribus acceptis finem accipit: *l. à tutoribus* 33. *§.* 1. *D. de admin. tutor.* Aut ſaltem non niſi admonito per tutorem adulto, vt ſibi petat curatorem: *l.* 5. *§. ſi tutor. eod. tit.* Sed de his omnibus iam *ſuprà* ſcripſimus, déque aliis multis quæ ad hoc Principium referri poſſent.

PRINCIPIVM III.

De tutela finita per adrogationem pupilli.

TVtela finitur adrogatione pupilli, *§. item finitur, hoc tit. l. ſi adrogati* 14. *D. de tutel. l. vlt. C. de autor. præſt.* Ratio eſt, quia impubes adrogatus tranſit in familiam & poteſtatem adrogatoris, transfértque in eam caput ſuum, & cum capite fortunas omnes: *l. qui liberis* 11. *§. teſtamẽto, D. de bonor. poſſ. ſecund. tab.* Vt proinde nihil ſuperſit, in quod vis illa & poteſtas tutori data exerceri poſſit. Quæ ipſa cùm ſit vicaria quodammodo, vt iam diximus ſæpius, & imago quædam patriæ poteſtatis, non poteſt fieri, vt retineatur in eam pupilli perſonam, quæ ſit in vera alterius patris, ſiue legitimus tantùm, ſiue naturalis etiam ſit, poteſtate. Inde eſt quod ſi plures ſint tutores eius pupilli qui ſe dat adrogandum, omnium conſenſum & authoritatem interuenire neceſſe ſit, cùm intерſit omnium, quandoquidem eo modo tutela ſoluitur: *d. l. vl. C. de author. præſt.* Inde etiam, quod non facilè vnquam permittendum eſt tutori, vt pupillum ſuum adroget, ne ſi in poteſtate tutoris finire tutelam, adeóque ſubſtitutionem fortaſſis à parente impuberi factam extinguere, inquit Vlp. in *l. nec ei* 17. *§.* 1. *D. de adopt.* Quæ omnia ſuo etiam loco explicauimus.

PRINCIPIVM IV.

De tutela finita per mortem aut maximam, vel mediam capitis deminutionem.

FInitur tutela non ſolùm ſi vitam, ſed etiam ſi vel libertatem, vel ciuitatem ſolam aut pupillus, aut tutor amiſerit, puta ſi vel ab hoſtibus alteruter captus ſit, vel deportatus, *d.§.1.& §. ſed & capitis, hoc tit. d.l.ſi adrogati 14.§.1.D.de tutel.* Ratio æquè aperta & euidens eſt; quia cùm tutela ſit iuris ciuilis, non poteſt retineri aut ab eo, aut in eum, qui ſiue per ſeruitutem, ſiue per deportationem deſierit habere caput in ciuitate, mortuique loco haberi cœperit. Quod non ſolùm iis conuenit qui aut per captiuitatem, aut qua alia ratione in ſeruitutem redacti ſunt, *l. intercidit 59. De condit. & demonſtr. l. ſeruitutem 209. de reg. iur.* ſed etiam deportatis, vt ſcripſimus ad *tit. De capit. deminut. ex l. 1. §. pen. D. de contr. tab. l. 4. §. 1. D. de bon. libert.* De morte verò ſiue pupilli, ſiue tutoris, multò minùs dubitari poteſt, cùm mors ſoluat & finiat omnia.

PRINCIPIVM V.

De capitis deminutione contigente tutori.

FInitur tutela quælibet per capitis deminutionem maximam, vel mediam tutoris. Per minimam verò, non alia quàm legitima: *§. ſed & capitis, hoc tit. l. tutelas 7. D. de capit. minut.* de cuius ſententia & emendatione, cæteriſque omnibus quæ ad huius Principij tractatum pertinent, videnda ſunt quæ ſcripſimus ad *d. Tit. De capit. minut.* & in *Rationalibus noſtris, ad d. l. tutelas.*

§. ſed & capitis, hoc tit.

PRINCIPIVM VI.

De tutela finita aduentu temporis, vel conditionis, cùm tutor ad certum tempus, certámve conditionem datus eſſet.

FInitur tutela aduentu temporis, aut conditionis, ſi tutor non niſi ad certum vſque tempus, & ad certam vſque conditionem fuerat datus: *§. ſed etſi vſque, & §. præterea, hoc tit. l. ſi adrogati 14. §. ſed etſi ad tempus, D. de tutel.* Nimirum ad eam tutelæ ſpeciem ſolam hoc pertinet, quæ ad tempus, & ad conditionem dari poteſt, ſicut & ex tempore, & ex conditione; id eſt ad teſtamentariam quæ ſola priuilegium hoc habet cùm cæteræ, id eſt tam quæ à lege, quàm quæ à Magiſtratu dantur: *l. tutor datus 8 §. 1 & ſeq. l. ſi quis ſub conditione 11. D. de teſtam. tutel. l. multo 6. §. ſub conditione, D. de tutel.* Ratio Principij eſt, quia cùm per legem 12. tab. tutelæ teſtamentariæ confirmatæ ſint ex ea parte, qua Vti paterfamilias ſuper pecunia tutelâve rei ſuæ legaſſit, ita ius eſſe iubetur; *l. verbis legis 120. de verb. ſigni.* omnino conſequens eſt, vt non poſſit extendi tutela teſtamentaria vltra id tempus, quod à teſtatore ipſo præfinitum & conſtitutum eſt. Facto namque teſtamento, dummodò ſecundum leges, nihil aliud quærendum eſt niſi quid teſtator iuſſerit, vt idipſum diſtrictè ſeruetur. De quo etiam fuſiſſimè ſuo loco diximus. Cæteræ tutelæ neque diem recipiunt, neque conditionem, quia tutoris datio eſt actus legitimus, *l. actus legitimi 77. de reg. iur.*

PRINCIPIVM VII.

De tutoribus remotis à tutela, vel excuſatis.

DEſinunt tutores eſſe qui vel remouentur à tutela ob id quod ſuſpecti viſi ſunt, vel qui ex iuſta cauſa ſeſe excuſant poſt ſuſceptam tutelam, ita vt onus adminiſtrandæ tutelæ deponant: *§. vlt. hoc tit d. l. ſi adrogati 14. §. præterea, D. de tutel.* Nam cùm nemo remoueatur à tutela tanquam ſuſpectus niſi in perpetuum, vt dicemus ad *tit. De ſuſpect. tut.* Ad quid prodeſſet obſecro dicere, Tutorem illum adhuc manere? Etſi nouum non eſt, vt maneat quis tutor, alio adminiſtrationem habente; *l. 4. l. tutores 6. D. de autor. tutor. l. quòd ſi fortè 14. §. 1. D. de ſolut.* Id tamen ad eos tutores non pertinet qui ſuſpecti pronunciati ſunt. Remouentur enim illi non tantùm ab adminiſtratione, quod fit etiam pendente cognitione de ſuſpecto, *l. eum quem 7. Cod. de ſuſpect. tutor.* Sed etiam à tutela. Qui verò poſt ſuſceptam tutelam adferunt excuſationem ex aliqua iuſta cauſa quæ ſuperuenerit, excuſantur quidem interdum ad tempus tantùm, interdum verò etiam in perpetuum, vt dicemus ad *Tit. De excuſat. tutor. & curat.* Sed hoc Principium noſtrum ad eos ſolos pertinet qui ſic ſunt excuſati, vt tutelam in perpetuum deponant; quos vtique certum eſt hoc ipſo deſinere eſſe tutores, non etiam qui ad tempus tantùm: *l. nec ille 16. D. de tutor. & curat. dat.*

Differen[tia] quæ ſunt in[ter] tutorem [et] curatorem.

TIT.

TIT. VIGESIMVS TERTIVS.

De Curatoribus.

PRINCIPIVM I.

De curatore dando puberi in annum vſque 25.

CVRATORES puberibus & adultis dantur in annum vſque ætatis viceſimumquintum cõpletum, ſiue maſculi ſint, ſiue fœminæ, vt Iuſtin. *initio huius tit.* ſcribit. Rationem adfert, quia licet puberes ſint, ita vt ex eo pubertatis tempore deſinant eſſe in tutela, Adhuc tamen eius ætatis ſunt, vt ſua negotia benè ac commodè tueri non poſſint. Conſtat namque inter omnes, quàm fragile ſit & infirmum huiuſmodi ætatis conſilium, multorúmque captionibus ſuppoſitum, & inſidiis expoſitum, vt loquitur Vlp. in *d.l.1.D. de minor.* Et quamuis ob eam cauſam Prætor iis polliceatur auxilium reſtitutionis in integrum, ſi quid ab iis geſtum ſit in quo læſi caprique proponantur; Melius tamen & prudentius eſt, vt iis curator detur, ne tam facile futurum ſit vt egeant reſtitutione: Sicut & dicere ſolemus, Melius eſſe intacta eorum iura ſeruari, quàm poſt vulneratam cauſam remedium quæri; vt ait *l.vlt.C.in quib. cauſ. non eſt neceſſ. in integr. reſtit.* Quamquam non eo minùs ſolet Prætor minoribus ſubuenire, quod contraxerint authore curatore; Quemadmodum & pupillis ſuccurrit, tùm quoque cùm ex tutoris ſui autoritate contraxerunt: *l.1.& tot tit.C. ſi tut.vel curat interuen.*

Nulláne igitur inter pupillos & adultos erit differentia, niſi in eorum nomine à quibus reguntur, quod qui pupillos regunt dicuntur tutores, qui verò adultos, appellantur curatores? Imò differentiæ ſunt quàmplures; ſed hæ præcipuæ, quòd tutor perſonæ principaliter datur; rebus verò non niſi per conſequentias: *l. quia perſonæ 14. D. de teſtam. tutel.* At curator è contrario rebus tantùm datur, non item perſonæ, ne quidem per conſequentias: Niſi proponat curatorem furioſi, vel dementis, vel prodigi: *d.l.1.D.de minor.* iunct. *d.l.1.D.de curat furio. l.1.D.de tutel.* Item, quòd pupillus nihil omnino poteſt facere ſine autoritate tutoris tanquam qui iudicio prorſus carere intelligatur, & illa etiam quæ videt ignorare, *l. in negotiis 5. De reg.iur.l.4.C.de falſ.monet.* Minor verò poteſt ex ſe omnia facere, nec tam indiget curatore, vt rem ſuam quoquomodo gerat, vt pupillus, quam vt benè gerat & ex ſua vtilitate: *d. l. 1. De minor.* Vnde illa etiam differentia naſcitur, quod tutor datur inuito, Curator verò non niſi petenti, & volenti, præterquàm in litem: *§. item inuiti. infr. hoc tit.* Item quod cùm pupillus ſine tutoris autoritate nullomodo poſſit obligari, ne quidem naturaliter, Niſi locupletior factus ſit; quo caſu etiam ciuiliter obligatur, ita vt poſſit conueniri ex reſcripto D. Pij, Puberes tamen ſine curatoribus ſuis rectè obligantur: *l. puberes 101. De verb. obligat.* Etſi ſolent Noſtri paſſim pupillo æquiparare adultum qui habeat curatorem, ex *l. ſi curatorem habens 3.C. de in integr. reſt. minor.* Quod tamen nos in præcedentibus & ſuo loco refutauimus, ex *d.l.puberes*, cuius verba illa, *ſine curatoribus ſuis*, oſtendunt manifeſtè tractare ibi Iureconſultum de adultis, non qui curatorem non habeant, ſed qui habeant. Planè ſi quid ſit, quod ad cauſam adminiſtrationis bonorum pertineat; certum eſt id expediri non poſſe per minorem ſine authoritate ſui curatoris, cuius datio alioqui fruſtra eſſet, *d.l.ſi curatorem.*

Differentiæ quæ ſunt inter tutorem & curatorem.

Quanam porrò lege conſtitutum ſit, vt puberes quoque ſi minores ſint annis viginti quinque curatorem accipere debeant, non ſatis conſtat; Sunt enim qui legi Lætoriæ id adſcribant, Alij qui prouidentiæ potiùs Prætorum. Vtcumque ſit, illud ſanè conſtat non ex lege 12.tab. hoc deſcendere, ex qua eæ ſolæ curationes proficiſcuntur, quæ furioſorum, dementium, & prodigorum cauſa ſunt comparatæ; Ad quarum exemplum etiam aliæ poſtea inductæ ſunt pro muto, ſurdo, & aliis huiuſcemodi perſonis, quæ rebus ſuis ſupereſſe non poſſunt.

Ad hoc porrò Principium referri multa poſſent quæ in libris noſtris tractantur, De in integrum reſtitutione minorum curatorem habentium, ſed quæ tamẽ melius eſt referri in tractatũ illum vberrimum, qui alterius eſt loci, De reſtitutionibus in integrum, ne materias confundamus; qui hoc tantùm agimus, vt ſuo quãque loco tractemus, & leges omnes non tam ſub iis titulis, ſub quibus collocatæ ſunt à Triboniano, quàm ſub ſuis Principiis, ex quorum applicatione facilem nanciſci poſſint explicationem.

PRINCIPIVM II.

De curatoribus teſtamento datis confirmandis.

CVratores ab iidem Magiſtratibus dantur, à quibus & tutores. Teſtamento autem non dantur, ne quidem à patre; ſed tamen ſi teſtamento dati ſint, nec aliud quicquam impediat, confirmantur à Magiſtratu: *§. 1. hoc tit.* Prior pars principii rationem illam habet, quod cum eadem mente & fine curatores dentur minoribus, & tutores pupillis; nempe vt qui res ſuas, vel nullomodo, vel non ſatis prudenter gerere per ſe poſſunt infirmitate conſilij, & ob lubricum ætatis, alieno conſilio regantur; Itemque ex eadem cauſa, quod ætas vtriſque impedimento ſit ne ſibi ipſis bene conſulant, Æquiſſimum ſane fuit iiſdem magiſtratibus eam curam iniungi. Nec hoc ſolum, ſed iiſdem etiam magiſtratibus eam poteſtatem dari creandi curatores,

Digitized by Google

quibus dandi quoque tutoris poteſtas conceſſa eſſet. Neque enim omnes magiſtratus poteſtatem illam habuerunt, tametſi omnes aliquam iuriſdictionem habuerint & imperium; nimirum quia tutoris datio, neq; imperij eſt, neque iuriſdictionis: *l. muto 6. §. tutoris datio, D. de tutel.* Sed ij tantùm quibus hoc ius ſpecialiter datum eſt, vel ex nouis legibus, vel ex Imperatorum conſtitutionibus: *l. 1. 2. 3 & paſſ. D. de tutor. & curat. dat. ab his qui dand. ius hab.*

Tantóque magis fuit hæc poteſtas danda prouidentiæ magiſtratuum, quod alij quàm magiſtratus dare curatorem non poſſunt, quippe qui teſtamento dari nullo modo poteſt, vt hoc idem Principium noſtrum habet, At tutorem dare teſtamento pater poteſt, atque ita facere ne vlla magiſtratus, ſiue prouidentia, ſiue autoritas in eam rem neceſſaria ſit. Cùm ergo non ferè minùs indigeant curatoribus minores, quàm pupilli tutoribus; Tantò magis neceſſe fuit eam poteſtatem magiſtratibus dari: Nec tamen fuit difficile conſtituere quibus danda eſſet, cùm iam ſciretur quinam magiſtratus tutores dare poſſent. Etſi probabilius eſt, ab initio eandem poteſtatem tutores dandi & curatores iiſdem magiſtratibus ſimul conceſſam eſſe. Ne alioqui nimiæ imprudentiæ reos faciamus eos, qui primi tale ius in tutoribus induxerunt, qui non vidiſſent eandem ſubeſſe neceſſitatem idipſum conſtituendi etiam de Curatoribus.

Cur verò non poſſint curatores teſtamento dari quomodo & tutores dantur, ratio iam ſæpius à nobis allata eſt in ſuperioribus. Illa nimirum, quod lex 12. tabularum quæ prima teſtandi ius dedit, de tutela duntaxat locuta ſit, non de curatione: *l. verbis legis 130. de verb. ſignif.* Neque verò æquum viſum eſt, tantam poteſtatem dari patri, vt etiam teſtamento curatorem filio ſuo dare poſſet. Non quia curatoris poteſtas maior quã tutoris, quæ ex contrario longè minor eſt, vt diximus; ſed quia multo maioris eſſet poteſtatis curatorem teſtamento dare, quandoquidem id ipſum nihil aliud eſſet quàm patri permittere, vt patriam ſuam poteſtatem in tempus vſque viceſimi quinti anni completi extenderet, quam ſatis fuit in diem vſque pubertatis prorogare; cum tutela iure patriæ poteſtatis mandetur: *l. impuberi 40. in fin. D. de admin. tut.* Nam & inde fieret, vt neque teſtandi licentia filio, quandiu in curatoris ſui poteſtate eſſet, danda videretur; cum fieri nequeat vt teſtamenti factionem actiuam habeat quiſquis in alterius poteſtate eſſe intelligitur. Siquidem lex 12. tabularum in concedenda teſtamenti factione, non niſi de patrefamilias locuta fuit, vt alibi tam ſæpe memorauimus Sed & conſequens eſſet, ita poſito iure, vt quemadmodum tutorem impuberi, ita curatorem puberi dare pater poſſet, non minùs in curatoris iure ac poteſtate fore puberem, quàm ſit pupillus in iure ac poteſtate tutoris, ſiquidem ex eadem cauſa eodémque patriæ poteſtatis iure vtrumque proficiſceretur. Et tamen eſſet id abſurdum haud dubiè, cùm minoribus non tanta inſit neceſſitas habendi curatoris, quanta pupillis habendi tutoris. Habent enim puberes conſilium aliquod & iudicium, licèt minùs firmum; Impuberes verò prorſus nullum.

Quod cùm ita ſit, illud magis mirari quis poſſit; Cur à patre datos in teſtamento curatores Magiſtratus confirmare debeat, cùm ea datio nullo iure ſubſiſtat? Sed reſpondendum eſt confirmari à Magiſtratu non tam factum, quàm iudicium patris, Magiſtratu ſcilicet ſubſequente duntaxat iudicium & voluntatem patris; ſed ita vt curator ita confirmatus, non idcirco curator teſtamentarius dici poſſit, niſi eo fortaſſis ſenſu, quo curatorem teſtamento nominatum diceremus. Non enim à teſtamento, ſed à Magiſtratu poteſtatem ſuam totam accipit. Subſequitur verò Magiſtratus voluntatem patris, quia nihil melius habet quod poſſit facere, nec eo minoris momenti debet eſſe paternum iudicium apud bonum Magiſtratum, quod legum auxilio deſtituatur, quamuis nullius momenti ſit quod ad leges ipſas. Aliud quippe eſt de lege iuriſque ratione; Aliud verò de patris iudicio ac voluntate diſputare. & ad Prætoris officium pertinet, vt non minus patris quam legis voluntatem ſubſequatur: vt in *leg. pater 10 §. 1. D. de capti. & poſtlim.* Si modò teſtator præter leges tantùm fecerit, vt in propoſito, non etiam contra leges. Sic tutorem minùs ritè teſtamento datum Prætor confirmat, ſiue ab eo datus ſit tutor à quo dari non potuit, ſiue vbi non potuit, ſiue ei cui non potuit, ſiue quando non potuit, *leg. 1. & tot. titul. De confirmat. tutor. vel curat. D. & C.* Verùm hoc ita, ſi nihil aliud impediat; vt Principium noſtrum habet, quoniam ſi qua iuſta cauſa ſit propter quam pupillo periculoſum futurum ſit, ſi patris voluntatem in eo Prætor ſequatur, maiorem habere Prætor debet rationem vtilitatis pupilli, quam voluntatis patris, ſiue cauſa illa ſuperuenerit poſt teſtamentum patris, ſiue præuenerit: itémque ſiue cognita fuerit patri, ſiue ignota: *l. in confirmando 8. cum duab. ſeqq. D. de confir. tutor.* Nam vt ſæpius monuimus, iura omnia quæ de tutoribus & curatoribus conſtituta ſunt, ſicuti non niſi propter pupillos comparata fuerunt, ita ex eorum tantùm commodis & vtilitatibus æſtimanda ſunt. Porrò quinam Magiſtratus habeant ius dandi, & tutores, & curatores, tractatur in *tit. De tutor. & curat. dat.* cuius tituli leges ferè omnes & ſingulas explicauimus ad *Princip. 4. De tutel.*

Cur patris teſtamento datus curator confirmandus ſit à magiſtratus.

PRINCIPIVM III.

De non dando curatore adoleſcenti inuito præterquam in litem.

INuiti adoleſcentes non accipiunt curatorem præterquam in litem, *§. item inuiti, hoc tit.* Ratio eſt, quia poſſunt illi omnia cætera præterquàm litem facere per ſe, ac ſine curatore: *l. puberes 101. De verb. oblig. l. 3. C. de in integr. reſtit. minor.* In quo differunt à pupillis, qui nihil facere poſſunt ſine tutoris authoritate: *l. in negotiis 5. De reg. iur. l. 1. & tot. tit. D. de author. tutor.* Litis cauſa ſola excipitur, ſed etiam & potiſſimum fauore iudiciorum & rerum iudicatarum; ne tam facilè, & iudicium, & res iudicata ſubuertantur, petita poſtea per minorem in integrum reſtitutione; non quaſi reſtitutio impediri poſſit ex eo ſolum quòd minoris liti curator adfuerit (non enim eo minus reſtitui minor poteſt etiam aduerſus rem iudicatam, *l. cùm & minores 4. & tot. tit. C. ſi aduerſ. rem iudic.*) ſed quia non tam facile eſt, vt ritè rectéque defenſus minor lædatur, nec proinde vt reſtituatur. In quo verſatur ratio quædam publicæ

Digitized by Google

cæ vtilitatis, ad quam maxime pertinet ne rerum etiam malè iudicatarum authoritas tam facilè labefactetur: *l. ſeruo 65. §. cùm prætor, D. ad SC. Trebell. l. ſi fundus 16. §. ſi pluris, D. de pign.* Itaque placet ob hanc cauſam minores & adultos non habere perſonam legitimam ſtandi in iudicio ſine curatore, *l. 2. & 3. C. qui legit. perſon. ſtand. in iudic. hab.* Adeóque peremptorium contra eos propoſitum nullius eſſe momenti, *l. contra pupillum 54. D. de re iud.* Et idcirco poſſe illos cogi etiam inuitos, vt in hanc cauſam accipiant curatorem, *l. 3. & vlt. C. de in lit. dand. tut. vel curat.* Nulla hac parte inter pupillum & adultum admittenda differentia; ne alioqui in adulti poteſtate ſit, recuſando curatorem, id aſſequi vt neque conueniri, neque condemnari ritè poſſit: *d. l. 4. C. ſi aduerſ. rem iud.*

Plane ſi minor cauſam ſuam egerit aut alteri agendam mandauerit, quamuis ſine curatore, & obtinuerit, non eo minùs valebit ſententia pro eo lata; quæ ſi contra eum reddita eſſet, non valeret. Minoribus enim ætas in damnis ſubuenire, non etiam in rebus proſperè geſtis obeſſe conſueuit: *l. non eo minus 14. C. de procurat.*

NEque huic Principio contrarium eſt, quod ait Vlp. in *l. 1. D. de min.* In illam vſque ætatem annorum vigintiquinque completorum adoleſcentes hodie regi auxilio curatorum, nec eis adminiſtrationem rei ſuæ committi debere quamuis benè rem ſuam gerentibus. Eſt enim locus ille intelligendus de iis minoribus qui ſemel habuerunt curatorem, aut ſaltem tutorem, a quo velint res ſuas recipere: Quod ſanè difficilius permittendum illis eſt, quàm ei de quo nunc tractamus, id eſt qui moriente patre iam adultus, ob idque tutoris habendi incapax, nullum habuit vnquam curatorem, nec habere vult, vt non detur ei curator inuito. Atque ita locum
L. 2. eo tit. de minor. illum accipiendum eſſe conſtat ex *l. 2. eod. tit. De minor.* vt nos fuſiùs explicauimus *in Rationalibus.*

PRINCIPIVM IV.

De Curatore dato ad certam cauſam.

CVrator etiam ad certam cauſam dari poteſt: *d. §. item inuiti.* In eóque omnino differt etiam à tutore, qui neque certæ rei, neque certæ cauſæ dari poteſt, ne quidem in teſtamento: *l. certarum 12. cum trib. ſeq. D. de teſtam. tutel.* Ratio differentiæ eſt, quam nos in ſuperioribus attulimus & inculcauimus ſæpius; quod non quemadmodum tutor, ita etiam curator perſonæ datur; ſed tutor quidem perſonæ primùm & principaliter, quæ & indiuidua ſemper eſt, & bonorum vniuerſorum cauſam neceſſariò ad ſe trahit tanquam dignior & principalior; bonis verò ipſis non niſi per conſequentias: Curator verò è contrario, non perſonæ, ſed rebus. Quidni ergo in rem etiam certam, aut in aliquam certam cauſam perinde atque ad omnia: Excipiendus tamen eſt curator ille, qui datur in locum tutoris abſentis cauſa reipublicæ. Hic enim dandus eſt in rem omnem, & in omnem cauſam; quia tutoris locum & vicem interim obtinet, cum tutor non eſſe deſinat qui abeſt reipublicæ cauſa, non perpetuam, ſed, ſed temporalem tantùm habet excuſationem: Tutor autem cuius hic vices gerit in omnem rem datus fuerat. Quæ ſententia & ratio eſt *l. in omnem rem 15. & ſeq. D. de tut. & curat. dat. & §. pen. hoc tit.*

ILLATIO I.

De curatore dato minori ad litem duntaxat.

EX hoc Princ. fit, vt adulto curator dari poſſit ad litem duntaxat, *l. 1. & tot. tit. C. de in lit. dand. tutor.* Vt & ad alium actum quemlibet, quem ideò Pragmatici vulgo appellant *Curatorem ad actum*: Quorum omnium nihil eſt quod de tutore tractari poſſit. Neque enim tutor vnquam datur in litem, aut ad actum, Niſi eo demum caſu quo actus talis ſit, ad quem expediendum non poſſit curatoris authoritas ſufficere, vt puta ſi pupillo aliqua ſit adeunda hæreditas: nam curatoris authoritas in eam rem inutilis eſt, vt in ſpecie *l. cum in vnu 17. §. 1. D. de appell.*

Ex qua ſpecie petendum eſt exemplum ad id quod ſcribit Marcianus in *l. impuberi 9. D. de tut.* *l. impuberi 9. D. de auth. tutor.*
& cur. dat. Impuberi ad hæreditatem adeundam, vt tutor detur, ex cauſa permiſſum eſſe. Impuberi ſcilicet tutorem iam habenti, ſed eum tamen tutorem qui autoritatem præſtare pupillo vel nolit, quoniam à datione prouocauerit, vt in *d. §. 1.* vel non poſſit, quoniam forte abſit, aut valetudine impediatur; vt in *l. curator 11. D. de tutor. & curat. dat. l. ſolet 13. D. de tutel.* Poſſumus dicere generalius cum Paulo in *l. curatorem 19. D. de auther. tutor.* Curatorem interdum etiam impuberi dari poſſe, ſed ad ea quæ ſolemnitatem iuris deſiderant explicanda, tutore autore opus eſſe. Nempe quia lex 12. tabularum, ex qua fluxerunt eæ, quas dicimus legis actiones aut legitimas, tutores ſolos agnoſcit, non etiam curatores niſi quos dat furioſo, dementi & prodigo, vt *ſupra* diximus, Cæterum ſi proponas delatam eſſe hæreditatem impuberi nullum adhuc tutorem habenti non eſt dubitandum quin tutor ei dandus ſit, non ad actum illum adeundæ hæreditatis, ſed ſimpliciter & generaliter ad rem & cauſam omnem.

ILLATIO II.

De non dando curatore habenti tutorem niſi ex magna cauſa.

SEcundò ex eodem Princ. fit, vt tutorem habenti non ſoleat nec poſſit dari curator niſi ex magna cauſa. Id eſt, niſi talis caſus contingat in quo tutor impediatur ne authoritatem præſtare poſſit, puta ob valetudinem, vel abſentiam: *d. l. ſolet 13. D. de tutel. dict. l. curator 11. l. in omnem 15. & ſequent. D. de tutor. & curat. dat.* Nam cùm tutor neceſſariò detur in omnem rem, inque omnem cauſam, ſiue teſtamento datus ſit, ſiue à lege 12. tabularum, ſiue à Magiſtratu, omnino conſequens eſt vt nulla res, nulláque cauſa ſit, in quam dici poſſit curatorem dandum eſſe, aut dari poſſe.

Ex quo illud etiam fit, vt ſi curator petitus fuerit abſenti, ſed abſente tutore, quaſi nullum

tutorem habenti, nulla ſit datio, haud aliter quàm ſi tutorem habenti tutor petitus eſſet per ignorantiam & errorem facti, vt in ſpecie *l. tutor ſi petitus 10. D. de tut. & curat. dat.* Quamquam multò facilius eſt, vt habenti tutorem curator detur, quam vt tutor. Nam nec aliam ob cauſam tutorem iam habenti curator dari ſolet & debet, quàm quod tutor dari non poſſit, ac quaſi in ſubſidium, *§. interdum, hoc tit.* Tutores enim plures ſimul quidem dari poſſunt, quoniam eo caſu omnes vnius ferè vice funguntur; At ſeparatim non poſſunt, *l. ſimul plures 23. D. de tutor. & curat. dat.*

Quid ergo ſi pupillo datus tutor ſiue à lege, ſiue a Prætore, aut Præſide, idoneus quidem non ſit id benè diligenterque adminiſtrandum, nec tamen fraudulenter negotia adminiſtret? Iuſta quidem hæc cauſa eſt dandi curatoris, ſed an in locum tutoris minùs idonei? Nequaquam. Nec enim id fieri poſſet quin remoueretur tutor à tutela, vel ſaltem ab adminiſtratione; quod tamen oneraret haud dubiè hominis, licet minus idonei, tamen innocentis exiſtimationem, à quo ponimus nihil fraudulenter factum eſſe. Curator igitur hoc caſu dandus eſt, & quidem in omnem rem omnemque cauſam, ne qua ex parte pupillus periclitetur, ſed ita tamen vt non in locum tutoris datus videri poſſit, ſed vt tutori adiungatur: *d. § interdum*, cuius generalior vſus eſt, quoties talis, tamque vel diffuſa vel perplexa eſt adminiſtratio tutelæ, vt ei ſolus tutor ſufficere per ſe non poſſit, quantumvis diligens & frugi paterfamilias proponatur, *d. l. ſolet § 1.* vbi additur, huiuſcemodi adiutorem periculo ipſius tutoris conſtitui.

Quod ſic accipiendum eſt, vt proinde ab ipſo tutore & nominetur & conſtituatur. Cuius enim periculo quid eſt, de eo diſponere pro arbitrio ille poteſt. Idque & Iuſtinianus noſter monet in *§. vlt. huius tit.* vbi ait, ſi tutor aduerſa valetudine, vel qua alia neceſſitate impediatur quominus negotia pupilli adminiſtrare poſſit, & pupillus vel abſens, vel infans ſit, vt nihil poſſit ipſe gerere, neque per ſe, neque tutore autore, atque ideò prorſus neceſſe ſit geri omnia per tutorem; debere hoc caſu quem tutor velit actorem periculo ipſius tutoris conſtitui decreto Prætoris, vel Præſidis, qui ei prouinciæ præeſt: Vt per eiuſmodi actorem, qui & inde nomen ſumpſit, agantur omnia quæ tutor ipſe agere ſolus, id eſt abſque pupillo, quamuis pupilli nomine deberet; ſi neque valetudine neque alia vlla neceſſitate impediretur.

§. vlt. lib. e tit. 9

Eſt verò notandus hic caſus tanquam à cæteris omnibus, de quibus hucuſque diximus, valde diuerſus. Non enim hoc caſu tractari poteſt de dando infanti vel abſenti curatore, cùm generale ac perpetuum ſit, vt curator nihil facere aliud poſſit, quàm authoritatem ei præſtare cuius curator eſt. In quo differt maximè à tutore, qui omnia ipſe facere pro pupillo, ac ſine pupillo tamen poteſt, niſi, ſi quid ſit, quod pupilli perſonam, factùmque perſonale requirat: quod euenit potiſſimum in adunda hæreditate: *l. more 8 l. pupillus 9. D. de acquir. hered.* Atqui non poteſt authoritas præſtari pupillo niſi cùm aliquid agit pupillus, qui porrò nihil agere poteſt ſiue abſens, ſiue infans ſit. Fruſtra ergo tractes de dando huic curatore propter caſum & impedimentum tutoris, ſiue de eo curatore agas, quem dari aliàs ſolere & debere diximus in locum tutoris ad tempus excuſati, vt in *l. curator 11. l. in omnem rem 15. & ſeq. D. de tutor. & curat. dat.* Siue de eo qui tutori adiungendus ſit tanquam adiutor tutelæ. Hic enim æquè non niſi curator eſt, nec ob id plus iuris & poteſtatis habet quòd tutori adiungatur, vt poſſit ipſe quidquam per ſe principaliter facere nomine pupilli, quomodo tutor poſſet, ſi nulla re impediretur. Rurſum neque tutor aliquis hoc caſu dandus eſt pupillo, quem verum eſt, licèt aut abſens, aut infans ſit, habere iam tutorem. Reliquum igitur eſt, vt permittendum ſit tutori actorem conſtituere, qui per ſe & pupilli nomine ex mandato tutoris quaſi eius quidam vicarius agat omnia quę tutori ex officio incumbunt peragenda.

Quod ipſum tamen, quoniam neque ex poteſtate legis 12. tabularum fieri poteſt, quæ de ſolis tutoribus locuta, de actoribus iſtis nihil cauit. Neque ex ratione iuris eſt, vt tutelam ſibi mandatam alteri quis demandare poſſit, quæ nec ad hæredem vnquam tranſit: *l. tutela 16. §. 1. D. de tutel.* neceſſe fuit induci ex authoritate Prætorum, adhibito in eam rem decreto, id eſt ita decernente Prætore, vel Præſide prouinciæ, vt huic actori, quem ex arbitrio & voluntate tutoris idem Prætor nominauerit, tanta poteſtas detur, quanta tutori ipſo iure competeret ad ea omnia facienda, quæ alioqui non magis à tutore propter impedimentum temporarium, quàm à pupillo ipſo propter abſentiam, aut infantiam fieri poſſint.

Quid igitur ſi tam diffuſa ſint negotia, vt iis benè adminiſtrandis non poſſit tutor etiam diligentiſſimus ſufficere; an de actore huiuſcemodi conſtituendo tractandum erit: Ita videtur ſentire Paulus in *l. decreto 24. D. de admin. & peric. tutor.* Sed tamen non puto id verè dici poſſe, niſi eo demum caſu, quo pupillus vel abſens ſit, vel fari non poſſit: Alioqui ſi præſens ſit & fari poſſit, aliud remedium ordinarium eſt, quod faciat ne decretum Prætoris neceſſarium videri debeat; nempe vt tutore ſuo authore conſtituat procuratorem, qui exinde poſſit omnia facere quæ pupillus poſſet. Domini enim eſt conſtituere procuratorem, *l. 1. & tot. tit. D. de procurat.* Pupillus autem dominus eſt, non tutor; niſi poſt litem demum conteſtatam: ideóque mirum tantò magis neceſſarium eſt, vt actorem conſtituat, cùm procuratorem conſtituere non poſſit: *l. neque tutores 11. C. eod. tit. De procur.*

Neque ſanè Paulum noſtrum aliter ſenſiſſe vel ſcripſiſſe credendum eſt in *d. l. decreto.* In qua proinde verſic. ille, *ſi tamen nondum fari pupillus poteſt vt procuratorem facere poſſit, aut abſens ſit,* non ſic accipi debet vt nouam periodum conſtituat, ſed iis quæ immediatè præcedunt coniungendus eſt, vt ea limitet ac reſtringat hoc ſenſu, ac ſi ſcriptum eſſet ſolere quidem decreto Prætoris actorem conſtitui periculo tutoris quotieſcumque aut diffuſa ſunt negotia, aut ætas, aut valetudo tutoris id poſtulat; ſed hoc tamen ita demum, ſi nondum fari pupillus poſſit, aut ſi abſens ſit, ab eo ſcilicet loco in quo tutor eſt, vt certum ſit non poſſe ab illo ex tutoris ſui authoritate conſtitui procuratorem. Alioqui nec decretum videri poteſt neceſſarium, nec conſequenter adhibendum, quippe cui interponendo ſola neceſſitas locum facere ſolet: *l. ventre 84. D. de acquirend. hered. l. ſed etſi 5. D. de bonor. poſſeſſ. contr. tabul. l. ſcriptus heres 12. D. de Carbon. edict.*

d. l. decre-to.

d. l. non tantum §. 12 quo.

Quod cùm ita ſit, abundant verba illa quæ

apud

Digitized by Google

apud Paulum ſequuntur in *dict.leg decreto*, *tunc alter neceſſariò conſtituendum eſt*:addita vtique ab imperito aliquo interprete,qui nouam inchoans periodom ab illis verbis,*ſi tamen*,mancam illam & mutilam eſſe putabat,niſi ſequentia iſta adderet, quæ nos delemus. Aliter enim interpretantibus fatendum erit,his tantùm duobus caſibus decretum eſſe neceſſarium, quod verum vtique eſt, ſed aliis illis de quibos dictum prius eſt,id eſt ſi vel diffuſa ſint negotia tutelæ, vel dignitas, aut ætas, aut valetudo tutoris id poſtulet, decretum quidem neceſſarium non eſſe, ſed tamen non eo minus interponi ſolere. Quæ ſententia ſanè falſa eſt: Non quidem ex illa parte quæ negat decretum iis caſibus eſſe neceſſarium (nec enim tale videri poteſt, cum poſſit pupillo proſpici, conſtituto per eum procuratore ex authoritate tutoris, quoties pupillus neque abſens neque infans eſt) ſed ex qua parte adfirmat decretum hoc nihilominùs ininterponi ſuptadictis caſibus ſolere. Cùm vt iam dictum eſt, numquam interponi ſoleat nec debeat, niſi eùm neceſſe eſt; tanquam quod aliam rationem nullam habere poſſit præterquàm neceſſitatem.

Sed hæc de curatoribus minorum dixiſſe ſufficiat. Nam cætera quæ *in hoc tit.* tractantur à Iuſtiniano,pertinent ad curatores furioſo & prodigo datos à lege duodecim tabularum. Item ad eos qui à Magiſtratu dandi ſunt muto, ſurdo, & aliis huiuſcemodi perſonis debilibus quæ rebus ſuis ſupereſſe non poſſunt. De quibus omnibus tam copioſè ſcripſimus in præcedentibus ad *Tit. de tutel.* vt vix aliquid addi poſſit. Poterant & ea ferè omnia quæ ad huius tituli Principia pertinent ex illis peti, ſed tamen fuerunt etiam ſuo loco, & ſub *hoc tit.* ea Principia collocanda, Nec titulus hic *De curatoribus* prætermittendus, licèt tractatus non potuerit nec debuerit diſiungi à tractatu illo longe copioſiore *De tutoribus*. Cætera quæ ad tit.*seq. De ſatiſdationibus tutorum & curatorum*,ſpectant,ſuo etiam loco explicauimus;Nec quidquam cauſæ eſt cur hic repetere debeamus.

TIT. VIGESIMVSQVINTVS.

De excuſationibus Tutorum.

PRINCIPIVM I.

De onere & munere tutelæ,quòd ſit publicum & ciuile, ſed non Reipublicæ.

TVTELA,*itemque cura,onus & munus eſt, publicum quidem & ciuile, ſed non Reipublicæ.* Onus eſſe nemo dubitat,ſicque appellatur in *l.tria onera 3.l.5. & paſſ. D.hoc tit.* Nec enim parum oneratur, qui alieni patrimonij adminiſtrationem periculo ſuo ſuſcipere cogitur. Eſſe autem onus & munus publicum teſtatur Iuſt.*initio huius tit.*quod & ſcriptum eſt in *l:filiusfamilias 9.D de his qui ſui vel alieni iur. ſunt. l. non tantum 17.§.eos D.hoc tit.*Quò pertinet quod ſcribit Calliſtratus in *l.non tantùm 17.§.is qui,D.eod.*Eũ qui ædilitati fungitur poſſe tutorem dari,quoniam, inquit, Ædilitas inter eos magiſtratus habetur, qui priuatis muneribus excuſari ſunt, id eſt ab iis tantùm quæ ſunt priuata, in quorum numero hoc non eſt,cùm ſit publicum. *d. l. non tantum §. is qui.*

Nec poſſum ſatis mirari Cuiacium qui ex eo potiſſimum loco defendit,ad *l. 6. §. Grammatici, hoc tit.*tutelam munus priuatum eſſe,non publicum,quòd inquit excuſatio ſit argumentum iure dari tutoris. Quaſi verò Calliſtratus ſcribat, Ædiles qui à priuatis muneribus excuſationem habent, etiam à tutela poſſe excuſari: Quod ipſum tamen potiùs negat, cùm ait poſſe Ædilem tutorem dari, ſcilicet cum effectu, vt neque ſe poſſit excuſare. Omnis quidem excuſatio præſupponit vtilem tutelæ dationem. Sed non viciſſim omnis tutelæ datio vtilis includit conſequentem excuſationis proponendæ facultatem. Fatetur tamen Cuiacius tutelam eſſe munus ciuile; Nec negat inter munus publicum, & ciuile nihil eſſe diſcriminis:Sed vult vtrumque eſſe per conſequentiam duntaxat, quòd tutela pertineat etiam ad publicam vtilitatem, At non principaliter, inquit:Ego verò fateor non tam principaliter pertinere,quàm ſi eſſet munus Reipublicæ;ſed tamen contendo pertinere tam principaliter,quàm aliud quolibet munus quod per ſe ac principaliter poſſit dici publicum & ciuile, non tamen Reipublicæ.

Porrò munus & onus quod publicum eſt,ciuile quoque eſſe dicimus, quia nec alia dicuntur publica,quàm quæ ſunt populi & ciuitatis; Vnde & publica appellantur,quaſi populica,& ciuilia. Sicque à Modeſtino appellatur in *l.ſi duas 6.*alias *l.athleta,§.tutela, D.hoc tit.*vbi additur,quod Principium noſtrum habet, non eſſe tamen hoc munus Reipublicæ,id eſt tale vt Rem publicam curare videatur is,qui tutelam vel curam, aut vt Noſtri aliquando loquuntur curationem vel curatoriam gerit. Curat enim tractátque rem pupupilli vel adulti,quæ non magis eſt Reipublicæ, quàm ſi ad alterius cuiuslibet priuati hominis patrimonium pertineret:*l.3 §.vltim. D.de pecul. l.1.§.vltim.D.de magiſtr.conuen.* Etſi Reipublicæ quoque intereſt, pupillorum, & adultorum qui ſibi per ætatem conſulere non poſſunt,bona conſeruari. Vnde eſt quod publicum hoc & ciuile munus appellatur, tanquam quod etiam ad Reipublicæ & ciuitatis curam pertinere debeat: *l.a qua autem*,aliàs *l.D nus,D qui pet.tut.vel curat.*

Ex hoc Principio vnico naſcuntur & proficiſcuntur omnia quæ pertinent ad hunc tractatum *De excuſat.tutor.& curat.*

ILLATIO I.

De neceſſitate ſuſcipiẽdæ tutelæ, aut adferendæ excuſationis.

ATque illud in primis, vt omnes qui tutores vel curatores dari poſſunt, cogantur onus ſuſcipere, niſi adferant excuſationem. Regula enim iuris eſt, Neminem ab oneribus & muneribus publicis immunem eſſe, niſi qui iure publico excuſationem habeat: *l. 1. & tot. tit. D. de vacat. & excuſat muner.* vbi monet Vlpianus, Omnem excuſationem ſua æquitate niti debere, eſſéque in eam rem ius dicentis neceſſariam autoritatem; Ne ſi aliquam excuſationem prætendentibus ſine iudice credatur, aut paſſim ſine temporis præfinitione, prout cuicumque libuerit, permiſſum fuerit ſe excuſare, non ſint qui munera neceſſaria in rebus publicis obeant.

Illi ergo tantùm non coguntur eſſe tutores ſi dati ſint, qui vel dari non potuerunt, vel iuſtam excuſationem proferre poſſunt. De prioribus tractat Modeſtinus in *l. ſcire oportet 13. §. qui non iuſte, D. hoc tit.* vbi ait, Eos qui non iuſtè tutores dati ſunt, hoc eſt vel à quibus non oportet, vel quos non oportet, vel quibus non oportet, vel quo non oportet modo, ſi neque confirmentur, neque adminiſtrationi ſe immiſcuerint, immunes eſſe: Adeò vt nec opponi eis poſſit, quod conſtituta excuſationum tempora non obſeruauerint; quia, inquit, non habent excuſationis neceſſitatem.

Exempla ibidem ſubiicit de tutore dato ab auo materno, aut à Magiſtratu, cuius non fuerit ſuppoſitus iuriſdictioni. Neuter enim ipſo iure tenetur hoc munus ſuſcipere. Non datus ab auo materno, quia cum non habeat ille nepotem ex filia in poteſtate, non poteſt tutorem ei teſtamento dare: ſiquidem ius hoc pendet ex iure patriæ poteſtatis, *§ permiſſum ſupr. de tutel.* Non datus a Magiſtratu iuriſdictionem nullam habente in eum, quem tutorem dedit: Quia licet tutoris datio neque imperij ſit, neque iuriſdictionis, *l. mũte 6 §. tutoris datio, D eod. tit. de tutel.* non alius tamen tutorem dare poteſt, quàm cui ea iuriſdictio & poteſtas data eſt: *§. ſed hoc iure, Inſtit. de Attil. tutor. l. 1. l. 3. & paſſ. D. de tutor. & curat. dat.* & vt eleganter ait Cuiac. ad *l. s. hoc tit.* Licèt tutoris datio non ſit iuriſdictionis, cogendi tamen tutoris ratio iuriſdictionis eſt. Et ideò cuiuſque iuriſdictionis modus ſeruandus eſt. Vnde fit quod Tryphoninus ſcribit in *l. penultim §. penult. D. hoc tit.* Romæ datos tutores eos tantùm accipiendos eſſe, qui vel à Præfecto vrbis, vel à Prætore dati ſunt, ſi eos excipias quos quis teſtamento tutores dederit in teſtamento confecto Romæ, vel in continentibus, Nempe quia non alij Magiſtratus in Vrbe ſunt, qui tutorem dare poſſint præter Præfectum vrbi, & Prætorem: *d. §. ſed hoc iure.*

§. permiſſum ſup. de tutel.

De poſterioribus verò qui tutores ideò eſſe non coguntur, quod aliquam habeant excuſationem, quia diffuſior tractatus eſt, dicemus latiùs & ſpecialiùs in ſequentibus. Dummodo præmoneamus quod ad hunc tractatum generale eſt, Tutores & curatores excuſatos adeò eſſe immunes & ſecuros, vt nec alium tutorem pupillo petere cogantur: *l. 2. D. qui pet. tutor. in fin.*

ILLATIO II.

De excuſando eo qui alioqui ſuſcipiendo tutelam nimis oneraretur.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt ſi quando quis in ea cauſa ſit, vt ſi delatam decretámque tutelam ſuſciperet, nimis oneraretur, ſoleat ea res iuſtam præbere excuſationem. Ciuilis enim Legislator ſicuti non patitur ciuilia & publica munera à ciuibus ſuis detrectari ne damnum aliquod Reſpublica patiatur, ita nec permittit adeò premi eos, vt opprimantur; Ne oppreſſis iis, ad quorum onus res pertinet, eueniat facilè vt ſimul viris & viribus Reſpublicæ deſtituantur, *l. & qui originem 3. §. præſes prouinciæ, D. de muner. & honor.*

Varia & præcipua excuſationum genera & veluti capita.

AD hanc porrò excuſationis cauſam varia excuſationum capita referuntur, ſed illa præcipuè ſi quis ob liberos ſe excuſare velit; ſi ob tutelas, ſi ob tranſlationem domicilij, ſi ob inquilinatum, ſi ob diuerſitatem prouinciarum, ſi ob nobilitatem ciuitatis, ſi denique ob tutelam iam ſuſceptam, geſtámque, velit quis excuſare ſe à cura. De quibus ſingulis ex ordine videamus.

§. item tria ... hoc tit.

De excuſatione ob liberos.

INter varias excuſationis cauſas vna hæc eſt, vt plerumque tutores & curatores propter liberos excuſentur: Si enim tres liberos Romæ quis habeat, vel in Italia quatuor, vel in prouincia quinque, poteſt à tutela vel cura excuſari; Exemplo cæterorum munerum. Nam & tutelam & curam placuit publicum munus eſſe, inquit Iuſtin. *initio huius tituli.* Cùm enim tutela ſit onus, vt Principium noſtrum habet, iámque ſatis oneratus videatur qui iam multos habet liberos, quos ſcilicet alere debeat & exhibere, iíſque omnia parare, *l. ſi is qui 56. §. ibi des, & ſequent. D. de iur. dot. leg. penultim. D. de agnoſ. & alend liber. l. nihil intereſt 50. §. ſed numquid, D. de bon. libert.* æquum ſanè eſt tanti oneris rationem haberi, ne ſupra modum oneretur is, qui tot habet liberos, ſi præterea tutelam ſuſcipere compellatur: *l. 1. Cod. qui numer. liber. ſe excuſ.* Ergo quod ſcriptum eſt in *l. 1. Cod de his qui numer. liber. lib. 10. titul. 51.* numerum liberorum ab oneribus non excuſare, ſic accipiendum eſt, vt non quilibet numerus excuſet, ſed vt certus tantùm & conſtitutus; vt conſtat ex *l. 4. & 5. eod. tit.*

Iuſtin. initio huius tit.

Quales ſufficiat, vel oporteat eſſe liberos, ad excuſationem.

EA res facit vt nihil hac parte referat, an liberi ſint in poteſtate, an emancipati; vt Iuſtin. hic ſcribit poſt Modeſtinum in *l. 2. §. remittit, & ſequent. D. hoc tit.* vbi poſteaquàm ſcribit, liberorum multitudinem dare remiſſionem à tutela, vel curatoria, id eſt iuſtam excuſationem, ſubiungit oportere vt liberi illi ſint legitimi, at non etiam vt ſint in poteſtate: quod & ſcriptum eſt in *l. 1. § incolumes, De vacat. & excuſ muner.* Nempe

Qui ſint naturales liberi.

pe quia emancipati non minùs ſunt oneri patri vt eos alere cogatur & exhibere, ſicut & vice mutua liberi etiam emancipati alere parentes ex Prætoris edicto compelluntur: *l. ſi quis à liberis 5. §. 1. D. de agnoſc. & alen. liber.* Etſi enim filius poſt emancipationem habetur iure ciuili pro extraneo, *l. quinetiam 55. in fin. D. de rit. nupt.* tamen ſicuti reuera & naturaliter remanet filius, quia ciuilis ratio iura naturalia corrumpere non poteſt, *l. eas 8. D. de capit. minut.* ita & pro tali habetur apud Prætorem, qui nihil niſi naturalem æquitatem & veritatem inſpicere ſolet, reſciſſa emancipatione: *l. 3. §. ſi emancipatus, & tot. tit. De bonor. poſſeſſ. contr. tab.* & apud Iuſtin. *Tit. de bonor. poſſeſſ.*

Illud ſanè mirum videri poteſt, cur liberos qui excuſationem præbent, naturales eſſe oporteat, nec ſufficiat quòd ſint legitimi & adoptiui: cùm nemo dubitet, quin liberi adoptiui perinde ac naturales ſint oneri patri adoptiuo: *l. pen. D. de adopt.* Contrà verò, cur in adoptionem dati liberi etiam naturali patri adhuc proſint, ad quorum onus amplius non pertinent. Verùm reſpondendum eſt, Liberos non naturales, id eſt qui tantùm legitimi ſunt, ideò non prodeſſe ad excuſationem, quòd eorum onus vltro ſubiit is, qui accepit eos in adoptionem, cùm neque ignorans quiſquam adoptet, aut adoptetur: *l. neque abſens 24. & l. ſeq. §. 1. D. de adoption.* Ideóque ſibi debet imputare qui tale onus ſibi vltrò quæſiit, ſicuti dicemus poſteà de illo qui tres tutelas, vel curas habet, aut aliquas ex iis affectatas, quas certum eſt non tribuere excuſationem, *§. item tria onera, hoc tit.* (margin: *§ item tria onera hoc tit.*) Ideò autem iidem liberi proſint patri naturali, quia fieri facilè poteſt, vt diſſoluatur adoptio, & eo caſu filius in adoptionem datus redeat in familiam & poteſtatem patris naturalis, eique oneri ſit ac ſi nulla vnquam adoptio interueniſſet, cùm finita quandocumque adoptione, nullum veſtigium ex priſtina patris adoptiui poteſtate retineatur: *l. in omni ferè iure 13. D. de adoption.* Quo caſu eueniente, fieret vt pater naturalis qui interea tutelam ſuſcepiſſet, nimis grauatus inueniretur. Id ergo ne accidat, dicendum eſt interim excuſari eum debere; inſpecto ſcilicet eo non quod iam euenerit, ſed quod euenire poſſit; vt in *l. diximus 4. D. hoc tit.* quia liberi, qui non potuiſſent ad excuſationem tempore creationis prodeſſe, poſtea numquam poſſent: *l. 2. §. oportet, & §. numerum, eod. l. 2. §. qui ad munera, D. de vacat. & excuſat. muner.* Hoc verò longè indubitatiùs hodie obtinet poſt *l. penultim. C. de adoption.* in qua Iuſtinianus contra iuris veteris rationem induxit, vt iura patris naturalis non niſi certis caſibus & ad certum vſque modum per adoptionem diſſoluantur.

Ergo quod ſcriptum eſt in *dicta lege 2. §. legitimos, D. hoc titul.* legitimos liberos eſſe oportere omnes qui proſunt ad excuſationem, non ſic accipiendum eſt, quaſi ſufficiat, ut ſint legitimi (ſic enim fieret vt adoptiui prodeſſe deberent, quod falſum eſt. *dict. leg. 2. §. adoptiui, de vacat. & excuſat. muner.* Ne alioqui in cuiuſlibet poteſtate ſit, adoptionis commento immunitatem ſibi acquirere: *l. ſi ita quis 51. §. 1. de leg. 2. l. fideicommiſſum 76. de condit. & demonſtr.* ſed ita ſcriptum eſt ad excluſionem liberorum qui naturales tantùm ſint, non etiam legitimi; Naturales inquam, non qui ſint ſpurij, aut nati ex concubina (hi enim ne quidem naturales dicebantur olim non magis quàm liberi, (margin: *Qui ſint naturales liberi.*) *§. ſi aduerſus, ſupr. de nupt.* cùm naturalium liberorum nomen hoc ſenſu eſſet prorſus incognitum libris noſtris ante tempora Cõſtantini, vt dixi ad *tit. De nupt.* ex Iuſtin *Nouell. 89. in princ.*) ſed qui concepti natique ſint in ſeruitute; Hi námque ſunt, quos Naturales ſolent dicere Iureconſulti, ad differentiam eorum, qui vel naturales ſint & legitimi; vel naturales tantùm: *l. Lucius 88. §. Dama, verſ. Claudius, de leg. 2. l. vlt. D. de iur. delib. l. Lucius 45. De vulg. & pupill. ſubſtit.* Nec ſanè alij liberi vnquam tribuunt immunitatem, quàm qui ex iuſtis nuptiis ſuſcepti ſunt, vt eo veluti præmio inuitentur homines ad iuſtas nuptias contrahendas, replendámque liberis hominibus ciuitatem, *l. 1. D. ſolut. matr. l. 2. C. de indict. viduit. tollend.* (quomodo & alia pleraque olim habuit priuilegia [illegible], quæ vide apud Cuiac. ad *l. 2. D. hoc tit. ex l. 7. § ſi plures, de bon. damnat. l. 9. C. de decur. l. 2. D. de minor. l. 1. C. de legat. l. ſemper. 5. § 1. de iur immun. l. 14. C. de decur.*) Non quaſi imputari quidquam poſſit iis, qui in ſeruitute liberos ſuſceperunt, cur eos ex iuſtis nuptiis non quæſierint, quas vtique contrahere non potuerunt, tametſi maximè voluiſſent, ideóque nimirum habent priuilegium, vt quos in ſeruitute ſuſceperunt, ij liberorum nomen habeant, quamuis cum hac nota, *naturalium*; Sed quia per eos tantùm qui ex iuſtis nuptiis quæſiti ſunt, Reipublicæ dignitas augeri & amplificari creditur: *d. l. 2. C. de indict. viduit. tollen.* Qui verò nati ſunt ex concubina, cur etiam hodie non proſint ad immunitatem, ratio euidens eſt, ne huiuſmodi ſpe immunitatis viderentur homines inuitati ad concubinatum, potiùs quàm ad nuptias; id eſt ad turpitudinem potiùs, quàm ad honeſtatem. Concubinatus enim licèt legitimum nomen habeat, ideóque extra legis pœnã ſit, *l. 3. §. 1. de concub.* coitum tamen illicitum ſignificat, Iure diuino & pontificio prorſus prohibitum; Ciuili verò toleratum quidem, ſed non permiſſum, vt ſcripſimus *ad eum tit. De nupt.*

Liberos qui immunitatem præſtant viuos eſſe oportere.

Est verò ſuperioribus conſequens, vt liberos qui immunitatem præſtant viuos eſſe oporteat, & quidem eo tempore quo tutores patres dantur, imò quo petuntur, vt addit Cuiac. ad *l. 2. hoc tit. ex l. tutor petitus 28. eod.* Ad excluſionem ſcil. eorum qui poſt petitionem naſcuntur: Quomodo dicimus priuilegium fori quæſitum poſt vocationem in ius, nihil prodeſſe: *l. ſi quis 7. D. de iudic.* Qui autem antea deceſſerunt, his non connumerantur, ſicut neque nocent qui poſtea moriuntur: *d. l. 2. §. oportet, & §. numerum, D. hoc tit. d. l. 2. §. qui ad munera, D. de vacat. & excuſ. muner.* Nimirum quia nec iam mortui, nec qui nondum nati ſunt, oneri ſunt patri; ac proinde ceſſat in iis ratio immodici oneris, quæ hanc excuſationem, vt diximus, induxit. Ceſſat autem quantum ad iam mortuos, in perpetuum, quia non reuiuiſcunt. Quantum verò ad poſteà ſuſceptos, ſimiliter quidem in perpetuum, ſed alia ratione; Nempe quòd licèt iis poſtea natis, onus nouum ſuperueniat, eius tamen ratio haberi nulla poteſt quantum ad munus iam antea ſuſceptum, ſiue tutelæ illud ſit, ſiue aliud quodlibet: cùm huiuſmodi munera ſint ciuilia; Ius autem ciuile nihil faciat, vel ad tempus, vel ſub conditione; ſed omnia perpetua, quia & ipſum perpetuum eſt. *l. actus legitimi 77. de reg. iur.*

Excuſationum & immunitatum alia ratio eſt. Sunt enim quædam ex iis perpetuæ, quædam verò temporales, qualis illa eſt quæ ſumitur ex paupertate: *l.4 §.deficientiū D.de muner. & honor.* aut ex ratione domicilij, quæ ſemper temporaria eſt: *l.libertus 17.§.patris, D.ad municip.* aut ex valetudine, *l.idem Vlpianus 12.eod.* Ratio diuerſitatis eſt, quia excuſationes omnes ſola æquitate nituntur, *l.1.in princ.De vacat.& excuſat. muner.* Æquitatis autem regula non plumbea eſt, ſed Lesbia, quæ nunc ſe in hanc, nunc in illam partem deflectit, pro perſonarum & temporum varietate.

Qua de cauſa dubitari non inelegãter poteſt, Cur non ergo temporalis ſit illa quoque excuſatio, quæ ſumitur ex numero liberorum, vt qui amiſit liberos, excuſationem quoque hoc ipſo amiſiſſe videri debeat. Sed facilis reſponſio eſt, Liberos poſt excuſationem allatam receptámque amiſſos ideò non nocere, quòd eodem tempore alium tutorem dari neceſſe fuerit, qui tanquam purè ac in perpetuum datus non idcirco poteſt deſinere tutor eſſe, quod alius qui excuſatus fuerat, liberos exinde amiſerit. Cæterum ſi poſt allatam admiſſámque ſi voles excuſationem, nullodum tamen alio tutore creato, liberos amiſerit is, qui iam fuerat excuſatus, quod vtique facilè poteſt contingere, Aut ſi ponas tutorem anteà datum deceſſiſſe, aut qua alia ratione tutelam finitam eſſe, non dubito quin poſſit tutor nunc fieri is, qui nullam nunc iuſtam habet, licèt antè habuerit ob liberos excuſationem; Ac proinde erit in his caſibus hæc quoque excuſatio temporalis. Id enim omnino conſequens eſt ei, quod Modeſtinus ſcribit in *dict. leg. 2. §. numerum, hoc tit.* Numerum liberorum qui determinatus eſt conſtitutionibus, adeſſe oportere vnicuique tunc cùm creatur: vt intelligamus prioris temporis, quo alius creatus ſit, rationem haberi nullam poſſe, quoniam nunc alia tutela eſt. Et contrà, quandiu nulladum creatio facta eſt, tamdiu de iure ac æquitate excuſationis quæri poſſe.

Excuſatio ob numerum liberorum poteſt eſſe temporalis.

De filiis bello amiſſis.

ILlud non eſt prætermittendum, quod Iuſtin. addit *in hoc. tit.* Filios qui in bello amiſſi ſunt prodeſſe, at non omnes, ſed eos ſolos qui in acie amittuntur. An quia ſint illi adhuc oneri patri? Minimè. Sunt enim potiùs honori. Sed quia vt eleganter Iuſt. ait, hi qui pro Republica ceciderunt, in perpetuum per gloriam viuere exiſtimantur, ſi autem viuerent, oneri eſſent patri, & conſequenter prodeſſent ei ad immunitatem. Atque ita haud dubiè accipiendum eſt, quod alioqui nimis generaliter ſcriptum eſt in *l.vlt. D.de vacat. & excuſ. muner.* Ad excuſationem munerum prodeſſe filium qui in bello amiſſus eſt. Nec enim alij videntur pro Repub. cecidiſſe, quàm qui in acie perierunt, vt ex Vlp. proditum eſt in *l. bello amiſſi 18. D. hoc tit.* vbi tamen mirum videri poſſit quod additur *cuiuſcunque ſexus, vel ætatis ſint.* Quaſi verò etiam fœminæ & impuberes poſſint militare, & in acie occumbere. Verùm dicendum eſt, quamuis neque fœminæ, neque impuberes ad militiam admittantur, poſſe tamen fieri vt amittantur in acie. Aciem enim cùm dicimus, conflictum illum intelligimus in quo bellantes interimuntur. Fieri autem poteſt, obſeſſa fortaſſis vrbe ab hoſtibus populi Romani, vt qui intra vrbem ſunt impuberes & fœminæ dum pro ſalute & nomine populi Romani dimicatur, ſimul cum militibus trucidentur: quod cum euenit, non minùs verum eſt, eos & per cauſam belli abreptos fuiſſe parentibus, & pro Republica cecidiſſe, quod ſufficit vt patri proſint ad immunitatem, quamuis milites non fuerint. Planè qui per ſolam belli cauſam amiſſi ſunt, fortè in obſidione quidem, ſed morbo & morte naturali, non poſſunt videri, aut acie, aut pro Republica cecidiſſe, at nequidem in bello, quamuis per cauſam & occaſionem belli, ob idque nec ſuis parentibus proſunt. Multò minùs prodeſſe poſſunt qui bello capti ſunt; necdum reuerſi: *l. 2. C. de his qui num.liber.lib.10.tit.51.* quia ſcil. poſſunt reuerti; Quo caſu futurum eſt, vt ſemper in ciuitate fuiſſe videantur ex poſtliminij fictione, quæ ideò quandiu captiuus apud hoſtes viuit, omnia retinet in ſuſpenſo: *§. ſi ab hoſtibus, ſupr. quib.mod.ius patr.poteſt.ſoluit.l.illa inſtitutio 32. §. 1. De hæred.inſtit.*

De filio qui eſt in vtero.

QVi autem in matris vtero adhuc eſt, licèt in plerìſque partibus iuris comparetur iam nato, tamen neque in tutela, neque in reliquis ciuilibus muneribus prodeſt patri: *d. l. 2. §. qui autem, D. hoc t.* quia nimirum nec illi adhuc eſt oneri, quamuis futurus ſperetur: Nec rurſum habetur vnquam pro nato, cùm poſſit non naſci, niſi in iis quæ ad commodum ipſius pertinent, *l.qui in vtero 7. l.qui in vtero 16. D. de ſtat. homin.* Excuſatio autem de qua agimus, non filij qui in vtero eſt commodum reſpicit, ſed patris, cuius porrò immunitas ita eius propria eſt, vt ad liberos extendi non poſſit: cùm ideò proprium præmium immunitatis propter filios patribus datum ſit, quòd illi eadem onera & munera ſint aliquando ſubituri: *l.3.§. quamuis maior, D. de muner. & honor.* iunct. *l.ſemper 5.§.immunitati, D.de iur.immunit.* Eadem ratio facit vt nec patri proſit poſthumus qui in vtero eſt, ad remiſſionem annorum, vt pater maturiùs honores adipiſcatur, vt ex Accurſio defendit Cuiac. ad *l.5.D. hoc tit.* Nam nec matri proſunt in SC. Tertulliano, ſi abortum illa fecerit, *l.quod dicimus, de ver. ſignific.* Nec legatariis prodeſt is, qui eſt in vtero ancillæ hæreditariæ: *l.in falcidia 9.D. ad leg.falc.* ſecus eſt in ſpecie *l.fult. D. de bon.damnat.* iunct. *l.7 de ſtat.homin.* vt ex legis vtriuſque coniunctione bene obſeruat idem Cuiacius, vbi alia multa eleganter ac eruditè, vt ſolet, de poſthumis; Et quibus in caſibus pro natis habeantur.

De liberis quorum ſtatus eſt incertus.

REquiritur etiam vt liberorum iam natorum certus ſit ſtatus, id eſt vt non dubitetur quin liberi ſint, *l.1.C.qui num.liber.ſe excuſ.* Nam ij de quibus dubitatur an ſint liberi, non poſſunt prodeſſe patri de quo ſimiliter dubitari neceſſe eſt an ſit pater. Nec enim patri ſunt oneri vllo modo liberi; niſi ex quo conſtat eſſe liberos, cùm neque aliter debeant ali ab eo: *l.ſi quis à liberis 5.§.ſi vel parens, D.de agnoſc. & alen.liber.* Requiritur etiam vt certum ſit eos eſſe ciues. Nam qui ab hoſtibus capti ſunt, non proſunt, cùm ſtatus eorum pendeat, & interim verè ſint ſerui, vt iam diximus ex *l.2.C. de iis qui numer. liber.* iunct. *§ ſi ab hoſtibus ſupr.quib.mod.ius patr.poteſt.ſoluit.*

De

De excuſatione ob filias, vel ob nepotes ex filiis maſculis, ſiue maſculi ſint, ſiue fæminæ.

CÆterùm non ſolùm filij tribuunt remiſſionem & excuſationem, ſed etiam filiæ, adeóque nepotes ex filiis maſculis, ſiue maſculi ſint, ſiue fœminæ: *dicta lege* 2. *§. non ſolùm, D. hoc titul.* vbi ratio redditur, quia conſtitutio Seueri quæ torum hoc ius induxit, nuſquam de filiis loquitur, ſed ſempes de liberis, quorum appellatiooe certum eſt, non taotùm filias, ſed etiam nepotes contineri. Ex quo apparet huius excuſationis non illam eſſe rationem, quam quidam potant, quòd qui liberos tam multos ſuſceperuot, dederint Reipublicæ per quos ea munera obiri poſſint: *d. l.* 3. *§. quamuis maior. de muner. & bon.* Nec enim ea ratio caderet iu filias, quæ ſcilicet propter ſexum, tutelam, aut curam gerere prohibentur, quia virile officium eſt; Niſi ſi quando ex Principis reſcripto id eis permittatur: *l. vlt. D. de tutel.* Et tamen filiæ tribuont perinde excuſatioοem, *d. §. non ſolùm, & l. bello amiſſi* 18. *eod. tit. De excuſ. tutor.* Vera igitur ratio illa eſt, quam attulimos, quòd liberi ſint oneri patri, ob idque facere debeant ne magis oneretur. Nec minùs filiæ quàm maſculi. Quinimò tantò magis, quòd onus filiarum durius videtur quàm maſculorum, vel id maximè quod per filias noo poteſt cooſeruari familia, quæ per maſculos couſeruatur: *l.* 1. *in fin. D. de iur. immunit.* iunct. *l. pronunciatis* 195. *§. vlt. de verb. ſignific.* Planè ſunt perſonslia quædam munera quæ etiam fœminis pro conditione ſexus indicuntur, & ab his fœminæ quoque excuſantur, exemplo marium numero quinque ſoperſtitum liberorum: *l. pen. C. de his qui numer. liber. libr.* 10. *tit.* 51.

At ſi conſtitutio Seueri de liberis generaliter locuta eſt, cur inquies, etiam nepotes ex filia nou proſunt ad excuſationem? Nemo enim dubitat quin liberorum appellatione, perinde cōprehendantur, atque nepotes ex filio: *l.* 1. *C. de condit. inſert. l. vlt. D. de pollicit. l. cognoſcere* 56. *§.* 1. *de verb. ſignific. l.* 2. *D. qui ſatiſd. cogant* Ratio aperta eſt ex Principio ipſo, quia liberi ex filia ſuſcepti, non ſunt oneri auo materno, ſed patri, aut auo paterno, cuius & nomen & familiam ſequuntur: *l. penul. D. de agnoſc. & alend. liber.* Sanè nec aliter proſont auo paterno nepotes ex filio ſuſcepti, quàm ſi eorum pater ſit mortuus, cuius locum illi ſuppleant auo: *l. nepotes* 3. *C. de his qui num. liber. libr.* 10. *tit.* 51. *l.* 2. *C. qui numer. liber.* cùm ſubintrent in locum defuncti patris, & ipſius ſi non perſonam ſemper, ſaltem gradum repræſentent: *§. cùm filius. Inſt. de hered. quæ ab inteſt. defer.* Quandiu enim pater viuit, debent liberi ei prodeſſe, non auo, tametſi oon minùs ſint oneri auo, quàm pater ipſe, *d. l. pen.* Quæ dubitaudi ratio eſt, propter quam videantur debere nepotes prodeſſe auo paterno, etiam viuo patre. Ac omnino ita eſſet, ſi non poſſent prodeſſe patri. At quia neque poſſunt non prodeſſe patri, cui ſunt coniunctiores quàm auo, cuius perſonam non contingunt niſi per mediam perſonam patris; *l. dotem* 6. *D. de collat. bonor.* neque fieri poteſt vt duobus proſint; neceſſariò conſequens eſt vt auo prodeſſe non debeant, niſi mortuo demum patre. Nam nec ſibi ipſis prodoſſe poſſunt, cùm proſunt patri, *dicta lege* 3. *§. quamuis maior, De muner. & bonor.* Nec quod etiam viuo patre ſint oneri auo paterno, poteſt ſufficere. Alioqui ſi hoc vnum inſpiciendum eſſet, etiam vxor, & ſerui, qoi ad patrisfamilias onus æquè pertinent; *l. ſi is qui* 56. *§ is qui, D. de iur. dot.* ei prodeſſe deberent, quod tamen nemo vnquam dixit. Onus enim liberorum proprio quodam iure immunitatem hanc meruit, propter adnexum fauorem Reipublicæ, cuius maximè intereſt ampliari imperium adiectione hominum, vt Hadrianus dicebat, cuius reſcriptum refert Paulus in *l. vlt. § ſi plures, D. de bon. damnat. l.* 2. *C. de indict. viduit. tollend. l. hoc modo* 64 *in fin. D. de condit. & demonſtr.* iunct. *d. §. quamuis maior.* Hoc ſcilicet præmio propoſito. Vnde & priuilegium appellatur in *l. amiciſſimos* 36. *in fi. D. hoc tit.* Non videntur autem nepotes liberi eſſe auo quandiu patrem habent: Nec ei qui ex vno tantùm filio plures nepôtes habeat, plures ciues debet Reſpublica, ſed vnum tantùm. Ex quo illud etiam fit, vt etiamſi plures ſint, tamen non niſi pro vnó numerentur, vt ſubiongit Modeſtinus iu *d. l.* 2. *hoc tit.* quia non niſi vnam perſonam, vel vnius perſonæ gradum repræſentant: Quæ ratio etiam ius ſucceſſionis in ſtirpes induxit inter nepotes, ſi quando habeant ſuccedendum auo, ſiue ſoli, ſiue cum patruo ſuperſtite, *d. §. cum filius.* Simile quiddam eſt in *l. magiſtratus* 25. *D. ad municip.*

§. cùm filius Inſt. de hær. quæ ab inteſt. defer.

Illud quærendum reſtaret, Cur is numerus ad immunitatem potiùs quàm alius præſcriptus ſit, trium ſcilicet liberorum io Vrbe, quatuor in Italia, quinque in prouinciis. Sed eſt ea res ex earum numero, quarum nulla ſatis bona ratio ex iure ſumpta reddi poteſt, quia non iuris recepti eſt & commentitij, ſed conſtituti, & quidem vt credibile eſt conſtitutione illa Seueri, quam refert Modeſtinus in *d. l.* 2. *D. hoc tit.* Sæpius enim monuimus ad iſta tantùm quæ iuris conſtitoti ſunt pertinere quod iactari ſolet, Non omnium quæ à Maioribus conſtituta ſunt rationem reddi poſſe, *l. non omnium* 20. *de legib.* ad quam nominatim ita ſcripſimus *in Rationalibus.* Dici tamen poteſt minorem liberorum numerum ſufficere Romæ, quàm in Italia, & in Italia quàm in prouinciis, quia videatur intereſſe populi Romani ampliari hominom adiectione vrbem Romanam, potiùs quàm Italiam, & Italiam potiùs qoàm prouincias, propterea quòd maieſtas Reipublicæ in Vrbe potiſſimum reſideret, poteſtas verò io Italia; Tametſi Pompeius cùm & Vrbem, & Italiam deſereret, dicere ſoleret; *Non eſſe Rempublicam in parietibus.* Quod ipſum veréoe ac prudenter ab eo dictum ſit, an potiùs vt fugæ, quam inſtruebat, infamiam tegeret, ex ipſo tandem belli euentu apparuit.

Planè conſtitutio Seueri de tutoribus teſtamentariis tantùm locuta eſt; ſed non minùs protracta eſt ad datiuos, adeóque ad curatores, quamuis ij teſtamento dari vtiliter numquam poſſint. Imò etſi à Prætore curator detur mente capto, aut furioſo, aut prodigo, placet æquè excuſari eum debere ob numerum liberorum. Ex eadem æquitatis ratione. Quod quia verbis conſtitutionis omiſſum fuerat, neceſſe fuit à Prudentibus obſeruari, vt factum eſt à Modeſtino in *d. l.* 2. *§ hoc autem,* & à Calliſtrato in *l. pen. § vlt. D. hoc tit.* Sic io *l. quæſitum* 13, *D. de teſtibus.*

De excuſatione ob tres tutelas.

ITem qui habet tres tutelas, aut tres curatorias, aut commixtim tres curatorias & tutelas, & quidem adhuc manentes, hoc eſt nondum excedentibus ætatem pupillis & minoribus, hi excuſantur ad tutelam, vel curatoriam vocati, *l.2.§.vlt.D hoc tit.* vbi manifeſtum eſt, in illis verbis, *aut commixtim tres curatorias & tres tutelas*, abondare poſteriorem dictionem *tres*; Alioqui ſex eſſent, non tres. Ratio huius excuſationis eſt, quia tres tutelæ, aut curatoriæ, tria ſunt onera, *l. 3 eod. tit.* Tria autem onera in domo vna eſſe ſufficit, *l. tria onera 5. eod.* iunct. *§.vlt.l.4.eod.* ne alioqui opprimeretur domus pluribus oneribus preſſa, oppreſſáque; Nempe ſi nulla ex iis tutelis & curatoriis fuerit affectata: *§.item tria, hoc tit. l. ſpadonem 15. §. eſt autem, D. eod.* Sibi namque imputet qui affectauit, & eam ſibi neceſſitatem vltro impoſuit: *l. ſi fideiuſſor 7. §. ſi neceſſaria, D. qui ſatiſd. cog.* Domum autem vnam dicimus plures perſonas vnius poteſtati ſubiectas, *l. 1. C. de mun. & hon. lib. 10. tit. 40. l. 3. C. de filiisfa. & quemadm pro his pat. teneat. eod. lib. tit. 60.* Tutelarum verò numerum non ex numero pupillorum æſtimamus, ſed ex numero patrimoniorum; Ita vt ſi quis tribus fratribus tutor datus ſit, qui patrimonium indiuiſum habeant, vel quibuſdam tutor, & quibuſdam curator, non niſi vnam tutelam, vel vnam curatoriam ſuſcepiſſe credendus eſt: *d. l. 3. hoc tit.* Etſi enim tutor perſonæ datur principaliter, non bonis niſi per conſequentiam, præcipuum tamen onus & periculum tutelæ, ſicut & curatoriæ, circa bonorum adminiſtrationem verſatur. Proinde ſi ſint plures fratres diuiſo patrimonio, duæ tutelæ ſunt; Non enim numerus pupillorum, ſed difficultas rationum conficiendarum & reddendarum conſideranda eſt, inquit Paulus in *l. ſi is qui 31. §. vlt. eod. tit.* vbi addit, quod mirum & notandum eſt, Putare ſe facturum rectè Prætorem, ſi etiam vnam tutelam ſufficere ad excuſationẽ quãdoq; crediderit; ſc. ſi tã diffuſa & negotioſa tutela ſit, vt non immeritò pro pluribus cedere debeat. *l. ſi is qui 31. §. vlt. eod. tit.*

Quo exemplo dici fortaſſe ſimiliter non malè poſſit; nec omnimodo excuſandum eum qui tres tutelas iam habeat, ſi fortè tam exigua ſint patrimonia, vel tam expedita eorum adminiſtratio, vt pro tribus oneribus cedere non debeant. Nam & Calliſtratus ſcripſit magnitudinem patrimoniorum ineundam eſſe ſuſceptarum trium tutelarum, in *l. non tantùm 17. in princip. eod.* Addens, Etiam pupillorum ætatem conſiderandam eſſe. Nam ſi priorum pupillorum ætas, inquit, prope pubertatem ſit, ita vt tantummodò ſemeſtre tempus reliquum fuerit, aut eorum quorum ſuſcipere tutelam cogitur, non dabitur excuſatio; idque Principalibus conſtitutionibus caueri ait.

Ex quo apparet verum eſſe quod dicimus, in tota hac quæſtione, omnia ex qualitate & quantitate onerum eſſe æſtimanda, *l. ſpadonem 15. §. eſt autem, D. hoc tit.* de cuius ſententia dicemus *ad illat. 9. infr.* Nam & inde eſt, quòd ſi pater alicuius, vel filius, vel frater qui eſt in eiuſdem patris poteſtate tria onera ſuſtineat, quæ ad periculum patris ſui ſpectent, quia voluntate eius adminiſtrarent, omnibus excuſatio à tutela competit, non etiam ſi liberi non ex voluntate patris adminiſtrent, *d. l. tria onera 5. eod. tit.* Nempe quia priore caſu, non etiam poſteriore omnium onus eſt, & vnius domus. Loquimur enim de patre & liberis ſimul in eadem domo habitantibus, & de oneribus, quæ vni domui, non quę ſeparatis contingunt: *d. l. 3. §. vlt.*

De duabus tutelis ſimul ſuperinductis quarum vna futura ſit tertia, alia quarta.

HInc etiam eſt, quod ſi duas habenti tutelas aliæ duæ ſimul ſuperinductæ fuerint, quæ eſt ordine tertia debeat ei auxiliari ad remiſſionem quartæ, tametſi Imperator fuerit qui quartam iniunxerit, non quaſi quartam futuram, ſed quaſi tertiam. Idémque eſt ſi quis ex mandato Imperatoris tertiam tutelam ſuſcipere iuſſus, antequàm cognoſceret Imperatoris mandata, promotus ſit ad quartam. Sola enim tertia eum hoc caſu tenebit, non quarta. Quòd ſi ordo non apparuerit, ſed in vna die duæ creationes proponantur in diuerſis chartis, electio danda erit, non ei qui creatus fuit vtram velit ſuſcipere; ſemper enim is eligeret leuiorem: ſed ei qui creauit, vtram à tutore ſuſcipi velit: *l. ſi duas 6. D. eod.*

De quarta tutela quæ ſuperuenit pendente appellatione à tertia.

AT dubitari elegantius poteſt, ſi quis duas habens tutelas, deinde ad tertiam vocatus appellauerit, & adhuc pendente iudicio appellationis ad quartam tutelam promoueatur, vtrum à quarta poſſit ſe excuſare propter tertiã, & omnino quartam illam dimittere; An verò proponere debeat excuſationem facta mentione tertiæ, id eſt ſub illa veluti conditione, ſi tertiam de qua litigat ſuſcipere cogetur; ne alioqui ſi nihil de tertia dixerit, & poſtea ſuccumbat in cauſa appellationis, quartæ onus vltrò ſubiiſſe videatur. Proponit autem hanc quæſtionem Modeſtinus in *l. diximus 4. eod. tit.* Et refert conſtitutum fuiſſe à D. Seuero & Antonino, non oportere ad quartam promoueri eum, qui appellauit à tertia, ſed pendente tertiæ creationis excuſatione, illius finem expectandum eſſe, qui æquè futurus ſit terminus dubij circa quartam creationem emergentis. Idque recta, inquit, ratione. Quamuis enim appellatio dicatur extinguere iudicatum, *l. 1. §. vlt. D. ad SC. Turpill. l. furti 6. §. 1. D. de his qui notant. infam.* vt proinde nullum videatur decretum tertiæ tutelæ poſtquam ab eo appellatum eſt; Tamen ea extinctio non tam abſoluta extinctio eſt, quàm ſuſpenſio quædam quæ iudicati executionem differt in id vſque tempus, quo de appellatione pronunciatum ſit: *l. ſi cauſa cognita 32. C. de tranſact.* Ac proinde ſi in propoſita ſpecie quartam tutelam præpoſtero ordine quis ſuſciperet ante ſuſceptam tertiam, eueniret vt poſt tertiam extantem & manentem, iniuſta tertiæ appellatione apparente, quatuor oneribus grauaretur, extra & contra leges.

Si vnus ex pupillis qui iuſtam excuſationis cauſam præbebat, deceſſerit ante datam excuſationem.

QVid rurſum, ſi is qui tres tutelas adminiſtrabat, duobus pupillis tutor datus ſit diuerſis decretis, cùm poſſet excuſari, & priuſquàm excuſationis cauſas allegaret, vnus ex pupillis quorum iam adminiſtrabat tutelam, deceſſerit. Conſtat morte pupilli deſiiſſe competere excuſationem,

Digitized by Google

cuſationem, & conſequenter prius decretum tenere hunc tutorem quaſi in locum tertiæ tutelæ quarta ſubroganda, adeóque licèt deficientis tutelæ rationes nondum redditæ & purgatæ ſint, *l.vnic C.qui numer. tutel.* Et ita concludit Paulus in *l ſi is qui 31.in princip. D. hoc tit.* & addit rationem, *nam ipſo iure tutor eſt, & antequàm excuſetur.* Ex quo ſcilicet datus fuit; nimirum propter vim & poteſtatem decreti. Non enim ſufficit quòd poſſit quis excuſari, niſi excuſetur; adeò vt ſi non ſit admiſſa excuſatio, tùm demùm neceſſe habeat prouocare: *l. ſcire oportet 31. in princ. eod.* non antea. Fruſtra enim appellatur, id eſt non neceſſario, quandiu excuſatio allegari poteſt. *l. 1. §. ſi quis tutor. D. quand.appell.ſit, & intr.qua temp.* cuius ſcilicet allegatio ſemper commodior eſt, minúſque expoſita periculis præſcriptionum, quæ appellantibus opponi ſolent.

Cæterùm ſi malit quis ab initio & ante propoſitam excuſationem, appellare à decreto quo tutor nominatus eſt, vtique non eſt prohibendus: *l.tutor vel curator 20.D.de admin.tutor. l. cùm in vna 18. §. 1. D. de appellat. l. 4. D. hoc tit. l.tutores 18.C. eod.l.pen. D. de tutor. & curat. dat.* Atque ita accipiendum eſt quod ſcribit Modeſtinus in *d.l.ſcire*, Aduerſus ſententias aufferentes tutoribus excuſationes, licentiam iis eſſe appellandi. Non quaſi ante ſententias illas non liceat iis appellare; ſed quia poſt eas ſententias non videretur appellatio permittenda tutoribus, qui ab ipſa tutelæ datione non prouocaſſent, tanquam qui non ob reiectam excuſationem tutores ſint, ſed ob præcedens tutelæ decretum, à quo nulla interpoſita prouocatione intra tempora conſtituta, non videantur poſtea audiendi ſi velint appellare. Sed non ita eſt, quia cùm non habeant neceſſe prouocare quandiu poſſunt ſe excuſare, nihil eſt quod eis imputetur ſi non appellauerint, dummodò intra conſtituta tempora de quibus poſtea dicemus, allegauerint excuſationem. Et ideò benè Modeſtinus in *d.l.ſcire*, poſteaquam dixit neque datos tutores, neque teſtamentarios neceſſe habere prouocare, nempe quia ſe excuſare poſſunt, nec poteſt iuſta eſſe cauſa appellationis, quæ non vt etiam iuſtiſſima excuſationis, infert ex eo, Permittendum igitur iis eſſe vt à ſententia excuſationem aufferente poſſint appellare, nec ſummoueantur præſcriptione quaſi decreto acquieuerint à quo non appellarunt; Ea namque illatio eſt quæ verbis illis continetur, *Aduerſus denique ſententias auferentes eis excuſationes licentiam habebunt appellandi,* Idémque ferè ſenſus eſt *d.l tutores 18. C.hoc tit.*

Ergo vt ad Paulum redeamus, cùm ſit ipſo iure tutor is qui decreto datus fuit, non ſolùm antequàm excuſatio eius reiiciatur, ſed & antequàm excuſetur, non eſt dubitandum quin propoſita in ſpecie, tutela illa quæ per prius decretum data fuerat in quartam, euaſerit in tertiam ipſo iure poſt amiſſam excuſationem. Quo admiſſo illud relinquitur, vt ab ea tutela, quæ per poſterius ex duobus ſupradictis decretis data eſt, & quæ nunc quarta inuenitur, perinde excuſari tutor poſſit, atque poterat tempore decreti quo erat quinta. Perinde namque iuſta eſt excuſatio à quarta tutela, atque à quinta. Et hoc eſt quod Paulus concludit illis verbis: *Potuit ergo à tutela eius, qui nunc quarto loco inuenitur excuſari.* Quod addere neceſſe fuit, quia nō prius incipit locus eſſe quæſtioni, An excuſari quis poſſit à quinta tutela, quàm certum eſſe cœperit non eſſe amplius locum excuſandæ quartæ: An non enim ſtultus eſſet qui quæreret, Vtrū ſe habeat excuſandum à quinta tutela is, qui à quarta iam ſe excuſat.

Hoc verò ſi ita ſit, difficile eſt intelligere quis poſſit eſſe ſenſus eius verſiculi, qui ſequitur apud Paulum, *ſed cùm non ſit excuſatus, neceſſariè ſubeundum eſt onus illius quoque tutelæ.* Nec enim bona eſt conſecutio, vt quis tutelam ideò ſuſcipere cogatur, quod nondum ſit excuſatus, ſi modò excuſari adhuc poſſit. Iam verò ex Paulo dicimus poſſe hunc excuſari, cui quinta tutela decreta fuerat. Quidni verò poſſet? Niſi fortè poneres elapſa iam eſſe tempora, intra quę debuit proponi excuſatio. Sed non tractari à Paulo caſum hunc apparet ex verbis illis præcedentibus, *& priuſquàm cauſas excuſationis allegares*: itémque ex ſequentibus, *vbi deſiit ei competere excuſatio*: quæ probant amiſſam ab hoc tutore excuſationem non propter lapſa tempora, ſed propter defunctum intra tempus proponendæ excuſationis vnum ex pupillis, quorum idem tutor iam tutelam adminiſtrabat. Quid enim referret an defunctus eſſet, nécne, ſi lapſus temporis iam ademiſſet excuſationem? Sed neque potuit currere tempus excuſationis allegandæ aduerſus quintam creationem, quandiu excuſatio potuit aduerſus quartam admitti: *l.diximus 4 eod.tit.* ſi modò ſciri poſſit cuiuſnam decretum fuerit tempore anterius: *l.ſi duas 6.eod.*

An ergo dicemus quod à quibuſdam tentatum audio, totum illum verſ.eſſe inepti interpretis, vt & illa præcedentia, *qui potuit excuſari*, quę in Pand Flor.aſteriſco ſunt incluſa. Mouent illa etiam, quæ apud Paulum ſequuntur: Sic.n. ſubiicit, *Nec me mouet quòd dicat aliquis, Hęcne exigi an adminiſtretur tutela? Hoc enim eò pertinet ne ſit finita adminiſtratio. Cæterùm ſi periculum ſuſtineat ceſſationis puto ei imputandam eam quoque tutelam.* Quorum verborum is haud dubiè ſenſus eſt, vt velit Paulus diluere obiectionem quæ fieri poterat contra id quod proximè & immediatè ſcripſerat, Poſſe tutorem de quo agimus excuſari à tutela eius, qui nunc quarto loco inter pupillos eundem tutorem habentes inuenitur.

Obiectio illa eſt, Ad excuſandum eum qui tres tutelas habere dicatur, requiri vt non tantùm tutor ille ſit, ſed etiam vt habeat adminiſtrationem. Si quis enim ob honorem ſolum tutor conſcriptus ſit, vt loquitur Modeſtinus in *leg. ſpadonem 15.§. ſi ciuitatis D. hoc tit.* id eſt ſi quis tutor ſit honorarius, quamuis ad eum tutelæ periculū pertineat, *l.quòd ſi fortè 14. §. 1, De ſolut.* conſtat tamen non connumerari tutelam hanc inter eas quę excuſationem tribuere poſſunt, non magis quàm ſi quis magiſtratus periculo ſuo tutorem creauerit, aut fideiuſſerit pro tutore, *d.§.ſi ciuitatis, l.pen.D.de tut. & cur.dat.* Atqui in propoſita ſpecie, tutor de quo tractamus nullam habuit quartæ tutelæ adminiſtrationem in id vſque tempus quo de quinta quoque tutela agatur. Ponimus enim numquam eum ſe immiſcuiſſe adminiſtrationi, neque quandiu pupillus vixit cuius tutela fuerat primùm tertia, neque poſt ipſius mortem, ſed etiam hodie velle ſe ab vtraque tutela excuſare; nec minùs à quarta, quam diximus iam in locum tertiæ ipſo iure ſubrogatam eſſe, quam à quinta quæ non niſi quarta eſſe poteſt; Ratione illa vtrique cōmuni, quòd vtraque tutela quarta & quinta eo

tempore decreta ſit quo hic tutor iam tres tutelas adminiſtrabat; Vt proinde inſpecto vtriuſque decreti tempore, dubitandum non ſit quin vtrumque decretum contra leges ſcriptum videatur, neque poſſit ex poſtfacto conualeſcere quod ab initio non tenuit, quamuis deceſſerit vnus ex pupillis, cuius tutela cauſam præbebat excuſationi: *arg. l. quod initio 29. & l. pen. D. reg. iur.* Ergo quamuis verum ſit quod Paulus pro vero habet, vt quarta tutela in locum tertiæ ipſo iure ſubrogata ſit, non tamen erit bona conſecutio, vt excuſari poſſit hic tutor ab alia quæ incipiat eſſe quarta, cùm ſit verum tertiam nunquam fuiſſe adminiſtratam.

Huius verò ſyllogiſmi propoſitionem maiorem Paulus ſatis obſcurè & intricatè ſuo more expreſſit his verbis, *Dicas aliquis, hoc ne exigi an adminiſtretur tutela*, pro eo quod voluit dicere, dixiſſétque apertiùs, *nonne hoc exigitur vt tutela adminiſtretur?* Nec multò dilucidior reſponſio eſt quæ adfertur in illis ſequentibus, *hoc enim eò pertinet ne ſit finita adminiſtratio.* Senſus reſponſionis eſt, Quod dicitur non alium tutorem ob ſuſceptam tutelam excuſari poſſe quàm qui habeat adminiſtrationem, eò pertinere vt nihil proſit tutori quòd habeat tutelam, quam adminiſtrare amplius non poſſit, ſiue aliquando potuerit, nunc verò non poſſit, putà ſi Reipublicæ cauſa abeſſe cœperit, aut ſuſpecti accuſationem paſſus ſit, aliuſque in eius locum curator datus fuerit, vt in *l. quæſitum 15. D. de tut. d. l. quod ſi fortè 14. §. 1. D. de ſol.* ſiue numquam potuerit adminiſtrare, vtputa ſi non niſi honorarius tutor fuit.

Cæterùm ſi & poſſit & debeat adminiſtrare, nec tamen velit, perinde tamen tutela hæc imputabitur ei numero, qui neceſſarius eſt ad præbendam excuſationem, quia exinde ſuſtinet periculum propriæ ceſſationis, quod ſufficit: *l. ſi quis tutor 60. D. de rit. nupt.* Addidi *propriæ ceſſationis*, vt excludam tutelas honorarias; nam & illæ ſuſtinent periculum alienæ ceſſationis, cùm imputari poſſit tutori honorario, non cur minimè adminiſtrauerit; nec enim potuit, tametſi plus iuris habeat ſaltem in accipienda ſolutione à debitoribus pupillaribus, quàm ſi adminiſtratio ei interdicta eſſet, *d. l. 14. §. 1.* ſed cur non fecerit ſuſpectum tutorem qui poterat & debebat adminiſtrare, *l. quoties 9. §. pen. l. actus ſui 19. D. de adminiſtr. tutor.* iunct. *d. l. quòd ſi fortè 14. §. 1. De ſolut.* Atqui hic tutor de quo agimus, propriæ ceſſationis periculum ſuſtinet, ex quo die prius decretum cœpit eum tenere poſt amiſſam excuſationem per obitum vnius ex pupillis, quorum tutelam iam adminiſtrabat: Ergo imputanda ei eſt hæc tutela, non minùs quàm ſi eam adminiſtraſſet.

Quin etiam, quod mirabilius eſt, in ſuprascripta ſpecie delatis ſimul duabus tutelis tertia & quarta, etiamſi tutor quartæ priùs ſe obſtrinxerit nulla excuſatione allata, quòd ſciret non poſſe ſe recuſare tria onera tutelarum, mallet autem quartam ſuſcipere quàm tertiam, cui ſe iam ipſo iure obſtrictum eſſe per imperitiam fortaſſe iuris non putabat, placet tamen grauius eum ſuſtinere periculum pro tertia, quàm pro quarta. Quartæ ſiquidem periculum non ſuſtinet niſi ex quo iuſſus eſt adminiſtrare, *l. qui iuſſus 17. l. qui negotiationem 58. §. teſtamento, D. de admin. tutor.* quod eſſe potuit multo tempore poſt decretum, cuius nulla poteſtas eſſe debuit ad obligandum ipſo iure tutorem, vt quartam hanc tutelam ſuſciperet, quæ decernebatur contra leges, quouſque ſecutus eſſet iuſſus adminiſtrandi, quem tamen ſequi fuit neceſſe contra eum tutorem, qui numquam ſe voluit excuſare cùm poſſet. Tertiæ verò tutelæ periculum ſuſtinet, ex quo die datus fuit; vt idem Paulus ſcribit in *d. l. ſi is qui, §. illa quoque.* poſt Papinianum in *l. tutores 39. § tutor datus, D. de adminiſtr. tutor.* id eſt non ex die decreti interpoſiti, ſed ex quo demùm die primum illud decretum cœpit eum tenere ipſo iure poſt amiſſam excuſationem, quæ prioris decreti tempore competebat.

Atque hæc proculdubio Pauli ſententia eſt; Ex qua cùm appareat tractari ab eo caſum illum, quo tutor noluerit ſe excuſare à quarta tutela, cùm poſſet, nihil certæ cauſæ eſt cur verſiculum de quo quærimus, aut inepto interpreti, aut alij quàm Paulo ipſi tribuamus. Debet enim ſibi imputare qui competente ſibi excuſatione vti noluit, ac ſi vel paſſus eſſet ſe confirmari, vt in *l. Caius 16. D. h. t.* vel adminiſtrationi ſe vltrò immiſcuiſſet, vt in *l. idem Vlp. 12. §. qui non iuſtè, eo. ti.* Nihil enim intereſt an quis ſe adminiſtrationi immiſcuerit, an verò in eum ſtatum ſe coniecerit, vt iuberi & cogi poſſit adminiſtrare, quomodo iuberi & cogi poteſt quiſquis tutor datus neque excuſauit ſe, neque appellauit: *l. non quaſi 4. §. ſed enim, D. rem pupill. ſal. for.* Niſi quod hoc poſteriore caſu tenetur tantùm ex die quo adminiſtrare iuſſus eſt, vt Paulus ait in *d. §. illa quoque*, quia prius decretum non valuit, nec tam poteſtate prioris decreti tenetur, quàm poteſtate poſterioris, cuius interponendi neceſſitas ſicut ex vitio prioris proficiſcitur, ita nouam iuſtam cauſam habere debet, ne alioqui eodem vitio laboret, quo prius. Habet autem pro cauſa voluntatem tutoris nolentis ſe excuſare. Cum ſi prius decretum valuiſſet, exinde obligatus eſſet tutor, non ex quo tantum die adminiſtrare iuſſus eſſet, *d. l. tutor 20. D. de adm. tut. l. pro officio 20. C. eo.* Ergo inter hæc duo decreta, quib. quarta, & quinta tutela contra leges data eſt, illa erit differentia, quod decretum prius ad quartam tutelam pertinens, confirmatur ipſo iure, & obligat tutorem per amiſſionem excuſationis ſolam: poſterius verò per omiſſionem excuſationis nec ipſo iure, ſed per ſubſecutum adminiſtrandi iuſſum, quia ſola excuſationis omiſſio non facit quin ea tutela ſit quarta, ac proinde extra legitimum numerum, quod non ſimiliter cõtingit in alia, quæ priùs quarta, poſtea facta eſt tertia. Aliud igitur Paulus reſpondiſſet, ſi tutor hic non minùs à quarta tutela, quàm à tertia ſe excuſaſſet: aut enim admiſſa fuiſſet excuſatio, aut ob non admiſſam eam habuiſſet ille iuſtam appellandi cauſam. *d. l. ſi is qui, §. cum qui.*

Et hæc quidem ad illum Pauli locũ ſatis alioquin obſcurum dixiſſe ſufficiat. Niſi quod addẽdum eſt ex *§. idem euenire, eiuſd. leg.* nihil referre an ei qui iam tres tutelas habebat, aliæ duæ datæ ſint diuerſis decretis, an verò diuerſis teſtamentis. *§. idem euenire d. l. ſi is qui.* Nam & hoc caſu priùs data tutela à qua potuit tutor excuſari confirmabitur, faciétque illum tutorem ipſo iure, ac nullo magiſtratus facto interueniente, ſi pupillus ante allatam excuſationem deceſſerit aliquis ex tribus priorum tutelarum. Poſterior verò non aliter quàm ſi ob omiſſam per eum excuſationem iuſſus ſit à magiſtratu adminiſtrare: quod ipſum vix eſt vt fiat, niſi poſt elapſa tempora excuſationum.

At quia ex hoc ipſo apparet multum intereſſe vtra ex tutelis prior ſit, aut poſterior; Monet Paulus

Digitized by Google

Paolus ſi quæratur in hac ſpecie quænam prior delata ſit,non tempus teſtameoti,aut apertarum tabularũ inſpici debere, ſed vel aditæ hæreditatis ſi teſtamento vtroque tutores purè dati fuerũt, aut exiſtentis conditionis ſi ſub conditione, quomodo poſſe illos teſtamento dati non ambigitur:*l.ſi quis ſub conditione* 11.*D.teſtam.tutel.l.3.§ idem erit quærendum, D.de ſuſpect.tutor*. An quia tutelarum dies nec à die mortis cedit, nec ab apertis tabulis,non magis quàm libertatum, aut vſusfructus legati; ſed ab adita demum hæreditate,ſi pura fuit datio; aut à die conditionis exiſtentis,ſi conditionalis:*l.2. in princip. D. hoc tit.* Ita vulgo Noſtri putant poſt Bart.Sed hoc refutauimus io præcedentibus, cùm docuimus tutelas proficiſci protinus à teſtatore,ex *l. tut.7.D.de teſtam.tutel.* Nec requiri aditionem hæreditatis, niſi tanquam conditionem ſioe qua non valerent tutelæ, vt nec cætera legata vel fideicommiſſa, quorum dies tamen cedit à morte teſtatoris:*l.ſi nemo 9 eod.tit.*

Quod tamen diximus de tutela conditionali, intellige etiam admiſſa Bartoli opioione,ſi conditio extiterit poſt aditam hæreditatem. Nam eùm exiſtentia conditionis nihil aliod faciat,niſi vt datio qoæ fuerat conditionalis,fiat pura, ridiculnm eſſet putare priùs cedere diem tutelæ conditionalis, cuius cooditio ante aditiooem extitiſſet,qoàm dationis puræ: *l.pen.§.1. D. hoc tit.l.ſi nemo 9.D.de teſtam.tute.* Cùm tameo tutela nulla hæreditario iure ad alium tranſeat,*l.tutela 16 §.1.D.de tutel.*ſuperuacuum videtur quærere an tutelæ dies cedat ante aditam hæreditatem, quomodo in vſufructu legato ratiocinatur Vlp.in *l.3.D.quand.dies legat.ced.* Etſi Tribonianus in *l.vnic.§.libertatibus.C.de caduc.tollend.* tractans de legatis, quorum dies non cedit niſi ab adita hæreditate, præſertim verò de libertatibus & vſufructu, nihil tameo adiicit de tutelis. Ideò fortaſſe quia tractat eo loco de legatis tantùm & de fideicommiſſis; Tutelæ autem nec legata ſunt, nec fideicommiſſa, quia nec defuncti patrimonium delibant,ex quo potiſſimum legata & fideicommiſſa æſtimantur:*l.legatum* 116.*de legat.1.*

Caſus in quo poteſt quis licitè in quarta quoque tutela retineri.

ALios etiam caſus eſt,in quo quis poteſt licitè in quarta quoque tutela retioeri,nec vllam habet excuſationem;is eſt,ſi pupillom vnom ex iis quorum tres tutelas ſuſceperat,abſtinuerit bonis paternis,vt tractat idem Paulus in *d.l. ſi is qui §.cum qui*,vbi rationem addit, Quaſi videatur hic totor tertiam tutelam depoſuiſſe hoc ipſo qnod depoſuit curam adminiſtrandi patrimonij pupillaris. Ponimus enim patrimoniom pupilli non in aliis bonis quàm in paternis conſiſtere, Alioqui & ſententia, & ratio Paoli falſa eſſet, quæ tamen æquiſſima eſt, abſtento pupillo, qui paterna tantum bona habuit. Etſi enim non eo minus verum eſt, hæredem illum eſſe patris,etiam poſt abſtentionem, *l.cùm quaſi 30.§.ſed etſi ſuus, D.de fideic.libert.* non tamen habetur à Prætore hæredis loco, *l.ſi filius* 12.*D.de interrog.in iur. fac.* nec patrimonium vllum habere intelligitur,quia ex die abſtentionis bona paternа fiunt ſub creditoribus, *leg.quoties* 44.*D.de acquir.hæred.*iunct.*l.neceſſarius* 57.*eod.l.paterfamilias* 28.*de reb.autor.iudic.poſſid.*aliàs *l.*13.*De priuileg.credit.*Et cooſequenter nullum onus ſen-

d.l.ſi is qui, §.cum qui.

tit tutor ob hanc tutelam, qui nihil adminiſtrandum habet, ne quidem perſonam ipſam pupilli,cui priocipaliter & directo datus fuerat, quia nec de ſuo pupillum alere tutor cogitur: *l.vlt.C.de alim.pupill præſt.*

Periculum tutelæ in magiſtratu non eſſe pro tutela,ad excuſationem.

EAdem ratio facit, vt neque trium tutelarum numero adſcribendum ſit,ſi fortè magiſtratus incidente ei creatione obnoxium ſe fecerit periculo tutelæ,dando tutorem minus idoneum ſine fideiuſſore ſaltem idoneo, Aut ſi quis fideiuſſerit pro tutore, Aot denique ſi tutor hooorarius factus ſit. Hi enim omnes, etſi ſunt expoſiti periculo tutelæ, nullam tamen tutelam adminiſtrant,nec propriæ ceſſationis periculum vllum incurrunt, ideóque nec vllum tutelæ onus ſuſcepiſſe videntur, vt ſuprà attigimus ex *l. ſpadonem* 13. *§.ſi ciuitatis.D.hoc tit.l.pen. D. de tutor.& curat.dat.* Nec enim tutelæ periculum quod eſt ſine adminiſtratione tutelæ,onus dici poteſt, cùm fieri poſſit vt nunquam eo nomine teneatur is,cuius periculo fuit adminiſtratio; nempe ſi is qui adminiſtrauit rectè ac ex pupilli vtilitate adminiſtraſſe quandocumque probetur. At ipſa tutelæ adminiſtratio ſicuti abſque periculo eſſe vix poteſt, ita fieri nequit vt noo ſit onus, cùm quanto melius quis adminiſtrat,tantò maiorem diligeotiam & ſollicitudinem oeceſſe ſit vt conferat in res popillares. Quæ portò de pupillis & tutoribus diximus,ea intelligenda ſunt dicta etiam de miooribus & curatoribus: In pauciſſimis enim diſtant illi, quantum ad alia: Quantum verò ad hoc,in nullo penitus: *l ſcire 13.in princ. D.hoc tit.*

l. pen. D. de tutor. & curat.dat.

De illo qui tutelam filij ſui emancipati adminiſtrat.

ILla dubitatio non inelegans eſt, quàm ex Vlp.Modeſtiuus proponit in *d.l. ſpadonem, §. Vlpianus*,alias *l.ſi quis,eo.*Si qois inter tres tutelas emancipati filij ſui tutelam adminiſtret,quæ legitima parentum tutela dicitur,An in numero trium onerum hæc qooque tutela eſſe debeat. Ratio dubitandi eſt, quia licèt huiuſmodi quoque tutela adminiſtrationem habeat cum periculo coniunctam,Paterna tamen adfectio facere videatur, vt non debeat pater ſollicitudinem hanc oneri adſcribere, non magis quàm quod ſuom patrimonium ingens fortaſſe amplum curet.Nec enim quod filius emancipatos habeatur extranei loco poſt emancipationem, *l. quinetiam 55.in. fin.D.de rit. nupt.* facere debet vt paternæ adfectionis ratio penitus extincta videatur, cùm non eò minùs remaneat naturaliter filius, quia ciuilis ratio oaturalia iura corrumpere nunqoam poteſt. *l. eas 8. D. de capit. minut. §. vlt. ſupr. de legit. agnat. tutel.* Quam ob cauſam ſolet etiam Prætor reſciſſa emancipatione perinde conſeruare ſucceſſionis iura inter patrem & liberos emancipatos, ac ſi nulla emancipatio interueniſſet:*l.3.§.ſi emancipatus,& tot.tit. De bonor poſſ.contr.tab.*Sed tamen reſcriptum eſt, vt ſopra dicto loco Modeſtinos refert, Emaocipatæ quoque filiæ tutelam (in filio idem iuris eſt)numerari inter onera oportere.Quidni verò? Cum non minus incommodi & ſollicitudinis ex huiuſmodi tutela ſentire patrem neceſſe ſit, qoàm ex alia qualibet. Atquin etſi poſt tres alias tute-

d.l.ſpadonem §.Vlpianus: alias l.ſi quis, hoc tit.

vis, alteri fecerit. Iunge *l. ſed & milite* 8. *§. vlt. l. Spadonem* 15. *§. ſi quis autem tutor.* 3. *l. propter* 23 *§.* 1. *l. adminiſtrantes* 41. *§. vlt. eod. tit. l. pen. C. eod.*

De excuſatione ob diuerſitatem prouinciarum.

DIuerſitas prouinciarum vna etiam eſt ex cauſis, propter quas poteſt quis excuſationem & remiſſionem petere à tutela, ſcilicet ſi quis ſe dicat ibi domicilium non habere vbi tutor datus eſt: idque Imperator Antoninus cum Diuo patre ſignificauit, teſte Paulo *in l. vlt. in fin. D. hoc tit.* Iam enim ſatis per ſe magnum onus tutela eſt, tum quoque cùm is qui tutor datus eſt adminiſtrationem gerendam habet in loco ſui domicilij, vt non præterea ſit cogendus domicilij locum deſerere, ad res pupillares in alia prouincia adminiſtrandas. Nam & ob hanc cauſam receptum videmus, vt non facile permittendum ſit euocari quem ab vna ciuitate in aliam ad ferendum teſtimonium, niſi ſic ferat loci conſuetudo: *leg.* 3. *§. vltim. D. de teſtibus*, iunct. *leg. ſed ſi quis* 7. *De teſtament. & quemadm. aper.* Denique tutela onus quidem eſt, ſed neceſſarium, id eſt neceſſariò ſubeundum ab aliquo, ne pupilli ſint & maneant indefenſi. Proinde nemini iniungendum eſt, niſi quatenus fert neceſſitas vtilitatum pupilli; ex quibus æſtimanda ſunt, vt ſæpius monuimus, omnia, quæ circa tutelas conſtituuntur. Nulla autem ſubeſt neceſſitas creandi tutoris in vna prouincia, qui res in alia ſitas adminiſtrare cogatur, cùm nihil prohibeat plures pro diuerſitate prouinciarum tutores conſtitui, inter quos diuidatur adminiſtratio. Neque verò tutorum duntaxat vtilitas hoc ius euicit, ſed etiam pupillorum. Adeò vt ſi tutor, qui hanc excuſationem allegare potuit, non tamen eam allegauerit intra conſtituta tempora, debeat nihilominùs iudex aliquos ei curatores adiungere, ſi tutorem inſufficientem eſſe videat ad bonorum in diuerſis prouinciis ſitorum adminiſtrationem, *l. teſtamento* 11. *C. hoc tit.* iunct. *l.* 2. *eod.* Quis enim credat tam benè adminiſtratum iri res pupilli à tutore, quin in alia prouincia domicilium habeat, atque ſi in ea prouincia vbi pars bonorum ſita eſt, alium tutorem haberet? In ſumma iuſtior excuſatio tutoris nulla eſt, quàm quæ ipſius quoque pupilli vtilitatem admixtam habet, *l. humanitatis* 23. *C. hoc tit.*

l. humanitatis 23. *C. eod.*

De tutore liberando ab adminiſtratione rerum quæ ſunt in alia prouincia.

AD hanc excuſationis cauſam pertinet reſcriptum illud, cuius iam meminimus ex Paulo in *d. l. vl.* relatum à Modeſtino in *l. non ſolum* 10. *§. & qui teſtamento, D. eod.* quo diſertè conſtitutum eſt, vt tutor teſtamento datus ſi ante præfinitum diem adeat Præſidem prouinciæ, debeat impetrare vt ab adminiſtratione rerum quæ in alia prouincia ſunt, liberetur. Etſi autem non niſi de teſtamentariis tutoribus reſcriptum loquitur, dubitandum tamen non eſt quin ad datiuos quoque pertineat; Exemplo eius, quod de conſtitutione dante excuſationem ob liberos ſuprà diximus ex eodem Modeſtino, in *l.* 2. *§. hoc autem, eo. ti.* Vtroque enim caſu eadem dubitandi ratio eſt, Nempe quòd tutor ſicuti datur perſonæ, quæ vnica & indiuidua eſt, ita & ad vniuerſum patrimonium datus intelligatur, vt ratiocinatur Marcianus in *l. propter litem* 21. *§. licèt datus tutor, eo.* Et certè ita eſt, & ob id nimirum vtroque caſu indiget excuſatione, vt liberetur ab adminiſtratione rerum in alia prouincia exiſtentium, quamuis non ideò à tutela ipſa liberetur. Ratio autem decidendi vtroque caſu eadem illa eſt quam in præcedentibus attulimus, ſumpta partim ex perſona tutoris, ne ſupra modum oneretur; partim ex perſona pupilli, ne res ipſius in alia prouincia ſitæ minùs diligenter tractentur. Itaque Marcian. in *d. §. licèt*, poſtquàm dixit Tutorem etiamſi ad vniuerſum patrimonium datus ſit, poſſe tamen ſe excuſare ne vltra centeſimum lapidem tutelam gerat, niſi in eadem prouincia pupilli patrimonium ſit; ſubiungit, *& ideò illarum rerum dabunt tutores in prouincia Præſides eius.* Loquitur enim *toto illo §.* de tutoribus datis, & vt loquuntur, *datiuis*, vt & *l.* 2. *C. eod.* Sic & Vlpian. in *l. illud* 19. *eod tit.* illud vſitatiſſimum eſſe ait, vt his, qui in Italia domicilium habent, adminiſtratio rerum prouincialium remittatur. Eſt igitur iſta excuſatio non à tutela, vt ceteræ, ſed à parte adminiſtrationis, manente nihilominùs tutela.

Sed quid ſi proponatur is qui tutor datus fuit, oriundus eſſe ex prouincia, & tamen habere domicilium Romæ, ita vt & Prætor eum dederit Romæ, & Præſes in prouincia, (poteſt enim quis prout ſuppoſitus eſt iuriſdictioni magiſtratus, ita & ab eo tutor creari, non aliter: *l. ſcire oportet* 13. *§. vltim. D. hoc tit.*) An poterit aliquam habere excuſationem? Vtique poterit, non quidem Romæ, vbi domicilium habet; ſed in prouincia, ne adminiſtrationem ibi ſuſcipere cogatur: quia quod oriundus eſt ex prouincia, facit quidem vt rectè tutor datus ſit à Præſide prouinciæ, ſed non adimit ei excuſationem quam haberet ſi ex vrbe oriundus quoque eſſet. Niſi ponas, quod tamen perdifficile eſt, vt habeat domiciliũ etiam in prouincia, quòd in vtroque loco æquè ſit inſtructus. Quo caſu nullam quidem poterit ille habere excuſationem, ſed ad vtriuſque magiſtratus officium pertinebit, vt videat an hic tutor vtrique adminiſtrationi ſufficiens eſſe poſſit; vt ſi minùs ſufficiens videatur, alius tutor creetur, vel curator ei adiungatur, ſiue vrbanarum rerum, ſiue prouincialium, perinde ac ſi domicilium vnicum haberet, & à ſui domicilij magiſtratu datus tutor eſſet ad vniuerſum patrimonium, cui tamen adminiſtrando par eſſe non poſſet, nec eo magis vellet ille vti excuſatione ſibi competente. Quid enim pupilli refert, cuius vtilitates offenduntur, an tutor vniuerſi patrimonij adminiſtrationem ideo ſuſcipiat, quod à duobus magiſtratibus tutor rectè datus ſit; An quia nolit ſe excuſare? *dicta lege* 2. *l. teſtamento* 11. *C. hoc tit.* Planè ſi vtrobique adminiſtrationem ſuſceperit, nec pupilli vtilitas aliud ſuadeat, non ideò duas tutelas adminiſtrare videbitur, ſed vnam duntaxat. Nec enim vnius pupilli duo patrimonia eſſe poſſunt, inquit Papin. in *l. iuriſperitos* 30. *§.* 1. *D. eod.* non magis quàm vnius hominis defuncti duæ hæreditates: *l. ſi certarum* 17. *§.* 1. *D. de teſtam. milit.* Neque verò ſola creationum diuerſitas, & magiſtratuum qui creauerunt, & locorum vbi ſita ſunt bona, diuerſitatem tutelarum inducere poteſt, ſed ſola diuerſitas & pluralitas pupillorum.

d. l. ſcire oportet. §. *vl.*

Ex qua ratione apparet, vt hoc obiter ſubiungamus, Quoties quæritur quis tutorem dare

poſſit,

poſſit, An magiſtratus eius loci in quo pupillus domicilium habet, an potiùs illius loci in quo ſunt pupilli facultates, Iudicem domicilij præferendum eſſe, tanquam qui habeat iuriſdictionem in perſonam ipſam pupilli, cui proinde tutorem dare poſſit ad vniuerſum patrimonium, etiam quod alibi, ſiue maiori ex parte, ſiue totum conſiſtere proponatur, dummodo tutorem det eum qui etiam domicilium habeat in eodem territorio, ſiue tanquam ciuis, ſiue tanquam incola. Nec aliter ſe in eo debere interponere magiſtratum loci in quo ſunt facultates, quam ſi tutor ab alio magiſtratu datus, aut ſe excuſet ab adminiſtratione rerum in alia prouincia conſtitutarum, aut inueniatur minùs ſufficiens ad vniuerſum patrimonium adminiſtrandum. Atque ita intelligi debet quod ſcriptum eſt in *l. pupillo 27. D. de tutor. & curator. dat. & in l. vnic. C. vbi petant. tutor.* vt ſcilicet ad iudicem loci facultatum ea iuriſdictio & cura pertineat ſecundariò, vt loquuntur, & ſubordinatè eo demum caſu, quo tutor datus à iudice domicilij vniuerſum patrimonium adminiſtrare, vel nolit, vel non poſſit: Aut ſi forte magiſtratus eius loci, in quo pupillus domicilium habet, negligentior fuerit in dando tutore. Idque ita eſſe apparet tam ex iunctis legibus ſupradictis; quàm ex *l. magis puto 5. §. illud quæri poteſt, D. de reb. eor. qui ſub tutel.* Maximè verò ex *dicta lege propter litem 21. §. licèt, D. hoc tit. l. neque à Præſide 5. C. qui dar. tutor. vel curator. poſſ. leg. 1. §. vltim. D. de tutor. & curat. dat.*

De excuſatione ob nobilitatem ciuitatis.

NOuum hoc & perrarum excuſationis genus eſt, quod propter nobilitatem ciuitatis conceditur ciuibus, ne pupillorum qui aliunde oriundi ſint, cogantur eſſe tutores; QualeIlienſibus datum eſſe antiquitus, & Senatuſconſultis & Conſtitutionibus Principum refert Calliſtratus in *dicta leg. non tantum 17 §. 1. D. hoc tit.* Tributa illis pleniſſima immunitate, vt etiam tutelæ excuſationem habeant, ſcilicet eorum pupillorum, qui Ilienſes non ſint: Idque propter inclytam, inquit ille, nobilitatem ciuitatis, & propter coniunctionem originis Romanæ. Nam cùm tutela ſit onus, æquum ſanè eſt, vt quemadmodum nobilitas cuiuſque priuati præſtat ei immunitatem ob oneribus plebeiis, ita & nobilitas inclyta ciuitatis tribuat ciuibus ſuis immunitatem, etiam ab onere tutelæ, quamuis tutela non ſit munus plebeium, a quo ſcilicet, ne quidem Senatores excuſantur: *l. ſpadonem 15. §. ſciro oportet, eod.* dum ne vltra centeſimum lapidem vrbis tutelam adminiſtrare cogantur, *dicta leg. propter litem 21. §. nec Senatores, eod.* Ideóque vocat Calliſtratus pleniſſimam illam immunitatem, quæ tutelas quoque comprehendat. Honor verò magnus eſt Ciuitatis, cuius ciues onus hoc non ſentiunt, à quo ne immunes quidem ſunt Senatores.

Datum etiam eſt Ilienſibus aliud priuilegium, de quo Vlpian. in *l. 1. D. ad municip.* vt qui ex diuerſarum ciuitatum parentibus oriundi ſunt, matris Ilienſis originem ſequantur. Sed priuilegium illud neque ad rem noſtram pertinet, neque proprium eſt Ilienſium. Simile enim & Delphis & Ponticis datum fuit, vt *ibidem* Vlpianus refert. Neſcio autem an his noſtris temporibus ciuitas vlla ſit tam inclytæ nobilitatis, vt tale priuilegium habeat, id eſt tam plenæ immunitatis, vt tutelæ quoque comprehendantur.

l. 1. D. ad municip.

De excuſatione à cura eius, cuius tutelam quis geſſerit.

DEnique qui tutelam alicuius geſſit, inuitus curator eiuſdem fieri non compellitur: Intantum vt, licèt paterfamilias qui teſtamento tutorem dedit, adiecerit ſe eundem curatorem dare, tamen inuitus ille curam ſuſcipere non cogatur, *§. qui tutelam, hoc tit.* vbi refert Iuſtinianus ita reſcriptum fuiſſe ab Imperatoribus Seuero & Antonino, quorum tamen reſcriptum non habemus. Extat ſanè aliud Imperatorum Diocletiani & Maximiani, quo idipſum continetur, in *l. curator: 20. C. eod.* Ratio eſt, quia licèt non pauciores quàm tres tutelæ, vel curatoriæ, ſiue ſeparatæ, ſiue mixtæ, ſoleant tribuere immunitatem, vt diximus in præcedentibus; Tamen cùm tutela ſit onus, abſurdum & iniquum eſt duplici onere quem prægrauari ratione eiuſdem perſonæ, ſicut & ratione eiuſdem rei: *l. Titia cùm teſtamento 34. §. qui inuita, de legat. 2.* Nam nec Reipublicæ defenſionem amplius quàm ſemel ſuſcipere quiſquam cogitur, ne in eo nimis oneretur: niſi id fieri neceſſitas poſtulet, quæ ſemper excipienda eſt, *l. æſtimationem 16. §. vltim. D. de muner. & honor.* vt neque prouinciæ ſacerdotium iterare, *l. ſponte 17. eod.* Diſſimile eſt, quod Modeſtinus ſcribit in *l. vltim. §. 5. De vacat. & excuſat. muner.* Neminem eodem tempore duas curas operis adminiſtrare. Nec enim eodem tempore tutela & cura eiuſdem perſonæ adminiſtrantur.

ILLATIO III.

De excuſando à tutela eo qui Reipub. operam nauare cogitur.

TErtiò ex eodem noſtro Princ. fit, vt ſi quando is qui tutor creatur, Reipublicæ operam nauare cogatur, excuſari ob eam cauſam debeat à tutela. Nam cùm tutela non ſit onus aut munus Reipublicæ, vt Principium noſtrum habet; Reipublicæ autem præcipuam ſemper cauſam eſſe neceſſe ſit, ex vetere illa lege 12. Tabularum, quæ nullas vnquam patitur exceptiones, *Salus populi ſuprema lex eſto*; prorſus conſequens eſt, vt oneri tutelæ anteponi debeat onus & fauor Reipublicæ. Hinc natæ ſunt variæ excuſationes aliæ, puta, Ob abſentiam reip. cauſa, Ob militiam, Ob magiſtratum, Ob profeſſionem aliquàm, ſiue literatum, ſiue aliam quæ tanto hoc fauore digna videatur, Ob immunitatem Collegiis conceſſam, Ob aſſumptionem in Collegam, aut aliam curam pro Repub. ſuſceptam, & ſi quæ ſunt aliæ ſimiles, de quibus etiam ſingulis tractandum nobis eſt.

Variæ excuſationum ſpecies, quæ omnes à reipub. fauore proficiſcuntur.

De excuſatione ob abſentiam Reipub. cauſa.

QVi Reipublicæ cauſa abſunt, à tutela curáque excuſantur: *§. item reipublica, hoc tit.* Cùm fieri nullomodo poſſit vt abſint Reipublicæ cauſa, & adſint tutelæ gratia. In pari autem iure, potior & fauorabilior ſit cauſa Reipublicæ, vt diximus. Proinde nihil intereſt an quis iam abſit, an verò abfuturus ſit Reipublicæ cauſa: Niſi quod hic non abſolutè excuſare ſe poteſt, ſed ad tempus, quandiu ſcil. abfuturus eſt: *l. 5. C. ſi tut. vel curat.*

d. l. non tantum. § ſi ante.

Digitized by Google

curat. reipub. cauſ. aber. quia vbi redierit, nihil cauſæ erit cur nō poſſit & debeat tutelam ſuſcipere. Quod ſi ſe non excuſauerit vtique medij tēporis periculū ſuſtinebit, ſed ita tamen vt qui poſtea in eius locū datus fuit, vt adminiſtraret, & adminiſtrauit, prior conueniatur, *d. l. 1.* Nam & qui cùm iam dati eſſent tutores, vel curatores, poſtea Reipub. cauſa abeſſe cœperunt, à tutela quidem vel cura excuſantur, ſed non ſimpliciter & abſolutè; at catenus tantùm, quatenus Reipub. cauſa abſunt, & interea curator eorum loco datur, qui vbi reuerſi fuerint, ſtatim recipiunt onus tutelæ; adeò vt nec anni habeant vacationem, quam habent ij qui ad nouas tutelas ſunt vocati: *l. 2. C. hoc tit.* Alia igitur & melior conditio eorum eſt qui reipublicæ cauſa abfuerūt, quàm qui vel abſunt, vel abfuturi ſunt. quoniā qui abfuerūt, anni vacationem habent ſi ad nouā tutelā vocentur: *l. non ſolùm 10 in prin D. hoc tit.* vbi Modeſtinus ait, priuilegium hoc non iis tantùm competere qui ad caligatas, id eſt minores & leuiores militias, & reliquas primipilarij militauerunt, ſed omnibus etiam qui qualitercunque neceſſitatis publicæ plebis Romanorum gratia abſentes fuerunt, vt anni vacationem habeant poſt reuerſionem: nimirum vt reſpirationem aliquam habeant, nec longiore & aſſidua oneris cōtinuatione prægrauentur: non tamen iis competere, qui tutelas quas prius habebant, propter hoc depoſuerunt, quod publici negotij cauſa abibant. Annus enim, inquit Modeſtinus, ad futuras nouáſque tutelas datur, non ad eas, quæ reſumi debent. Eſt enim fauorabilior excuſatio aduerſus tutelam nondum ſuſceptam, quàm aduerſus eam, quæ iam ſuſcepta, licèt depoſita ſit. Adeò facilius eſt, vt multa facta teneant, quæ tamen fieri prohibentur, *vulg. l. patre furioſo 8. de his qui ſunt ſui vel alien. iur.* Sic dicimus, Honorem gerentibus vacationem tutelarum concedi, ſed iis tantum qui tunc primum vocantur ad ſuſcipiendum officium tutelæ. Cæterum eos qui iam ſe miſcuerint adminiſtrationi, etiamſi poſtmodùm honorem gerant, vacationem non habere, *d. l. non tantum §. ſanè notum eſt.* Quinimo ſufficit petitum eſſe tutorem antequam haberet vllam excuſationem: Vt nimirum excuſatione quæ poſtea nata ſit, quamuis ante decretam tutelam vti prohibeatur, *l. tutor petitus 18. in princip. eod. tit.* Non enim poteſt videri petitio minùs legitimè inſtituta, ob id quod ex poſtfacto ſuperuenit quomodo idem Papin. cuius illa lex eſt, argumentatur, in alia licèt ſpecie, in *l. verbis 5. D. ad leg. falcid.*

Neque in iis tantùm qui Reipublicæ cauſa abſunt, aut abfuerunt, aut abfuturi ſunt, hoc ius ius obtinet, vt antea ſuſceptam tutelam non deponant, ſed & multos magis in eorum comitibus, quos perinde excuſari placet à tutela, ſiue abſentibus ſiue profecturis delata, ſi modò ſint intra numerum conſtitutum, *l. adminiſtrantes 14. §. eorum, eo. tit.* Io hoc planè minus iuris habent Comites, quod reuerſi non vacant per annum, ſi fortè noua iis tutela deferatur. Nuſquam enim ita proditum eſt. Nam cùm nullum aliud onus prærerquam abſentiæ pro Republica ſuſceperint, non eſt æquum tanto illos gaudere priuilegio, quanto ſi quid pro Republica geſſiſſent, ſufficitque hactenus iis prodeſſe ſuam abſentiam, vt & in eo tempore & quatenus abſunt, paratam habeant excuſationem. Annum autem hunc continuum eſſe vult Modeſtinus *d. l. non ſolum, §. annus,* &, vt ille loquitur, copulatotum dictum com- *d. l. non ſolum. §. annus.*

putandum, ex quo quis reuerſus eſt, vel reuerti potuit, per rectam viam, non ex circuitibus, Ne alioqui facile eſſet reuerſuro tempus excuſationis producere contra mentem legis, pupillorumque vtilitatem. Competit tamen reuerſis omnibus, etiamſi militiæ, aut aliis publicis neceſſitatibus conſtitutum tempus non compleuerint, *d. l. non ſolum*, §. 1. quia ſufficit abfuiſſe quem Reipub. cauſa & reuerſum eſſe, vt videri poſſit dignus hoc priuilegio, quod nec aliam ob cauſam datur.

De vacatione & excuſatione vnius anni, quæ datur iis qui Reipub. cauſa abfuerunt.

QVod autem diximus, vacationem & excuſationem anni vnius dari ei qui Reipublicæ cauſa abfuit, ſi reuerſo noua tutela deferatur, poteſt in aliquibus ſpeciebus nonnullam recipere dubitationem. Quid enim ſi quis teſtamento ita ſcripſerit, *Titius filiis meis, quoad republica cauſa non aberit, tutor eſto*, & Titius tutelam ſibi ex teſtamento delatam geſſerit, deinde Reipub. cauſa abeſſe cœperit, poſteà deſierit abeſſe & reuerſus ſit; an quaſi noua tutela nunc delata debebit excuſari per annum ob præcedentem abſentiam Reipublicæ cauſa? An verò quia teſtamentum præceſſit abſentiam ob cauſam publicam, & eſt à Titio iam adminiſtrata tutela, non oportet eum excuſari? Quæſtio in eo eſt, An vna tutela ſit, an duplex. Hanc verò quæſtionem tractat Tryphoninus in *l. pen. in prin. D. hoc tit.* & poſteaquàm dubitandi rationem propoſuit in vtramque partem, iiſdem penè verbis quæ nos proximè attulimus; Concludit vnam duntaxat tutelam eſſe, quamuis habentem interualla, vt Vlpian. loquitur in *l. 3. §. quod ſi quis ita, D. de ſuſpect. tutor.* & conſequenter nullam Titio excuſationem competere, necdum agi tutelæ cum eo poſſe ob prioris temporis adminiſtrationem. Cur autem vna tantum tutela dici debeat, non duplex, Tryphoninus non aperit. Sed ratio non obſcura illa eſt, quia is qui cum tutor antea eſſet, poſteà cœpit abeſſe Reipublicæ cauſa, non ideò tutor eſſe deſinit, cùm non niſi ad tempus à teſtatore ſit excuſatus. Idem namque euenit & in aliis omnibus qui ad tempus excuſantur. *l. in omnem rem 13. & ſeq. D. de tut. & cur. dat.* vbi ob hanc cauſam ſcribit Paulus, in locum huiuſmodi tutoris dandum eſſe alium, non tutorem, ſed curatorem. *l. penult. in pr. D. hoc tit.*

Adieci *à teſtatore*, quia ſi quis abfuturus Reipu. cauſa ita ſit à magiſtratu excuſatus, vt alius in eius locum tutor datus ſit, magis eſt vt tutor eſſe deſinat, & iam exinde actione tutelæ poſſit conueniri, & quidem directa, *l. ſi tutor. 9. in prin. D. de tutel. & rat. diſtr.* aut ſaltem vtili, poſt reaſſumptam à reuerſo tutelam & adminiſtrationem, *l. 3. §. ſi quis abfuturus, D. de ſuſpect. tutor.* Quod in teſtamentaria tutela non ſimiliter tractari poteſt. Quamuis plerique putent poſt Accurſium, Eum qui in locum abſentis cauſa reipublicæ datur, tutorem dici minus proprie pro curatore, in *l. quæſitum 12. iunct. l. ſeq. D. de tutel. l. 1. 2. & paſſ. C. in quib. caſib. tut. habent. l. quòd ſi fortè 14. §. ſed et ſi abfuturo, D. de ſolut. l. 3. § ſi quis abfuturus, D. de ſuſpect. tut. l. ſi tutor. 9. De tutel. & ration. diſtr. l. 1. C. arbitr. tutel. l. ne lucrum. C de curat. furioſ.* Sanè neque neceſſe, neque poſſibile eſt, nouam tutelam dici quàmdiu ſupereſt vetus:

Proinde

proinde nec Titio quicquam proderit quod aliam quoque excuſationem, puta ob liberos, interim quæſierit; quia poſt ſuſceptam tutelam ſuperueniens cauſa excuſationis, non adfert excuſationem: *l. 2 §. oportet, & §. numerum, D. hoc tit.*

Planè qui in perpetuum excuſantur à tutela, fere eſt, vt tutores eſſe deſinant, idcóque in eorum locum dari alium tutorem nihil prohibet, vt ſentit Cuiac. ex *§. vlt. Inſt. quib. mod. tutel. finit. l. pen. D. de tutel. l. ſi quis ſub conditione 11. §. vlt D. de teſtam. tutel. l. pen. C. in quib. caſib. tutor. habent.* Sed & fieri alio caſu poteſt, vt qui abeſt Reipublicæ cauſa, in perpetuum excuſetur, puta ſi abſit trans mare; vt in *l. verum 11. §. ex facto, D. de minor.* vbi dicitur hunc deponere tutelam, vt proinde in eius locum etiam tutor dari poſſit, & debeat, non curator. Extra hos caſus, tutorem habenti, tutor non datur: ſiue quòd actus legitimi non reiterentur, vt ait Cuiacius, quia eſſet abſurdum legem actum agere: ſiue potiùs quòd non poſſit quiſquam eſſe eodem tempore in poteſtate duorum in ſolidum: *l. filiusfamilias 33. D. de teſt. m milit.* Nam etſi plures ſimul fieri tutores poſſunt, *l. ſimul 23. de tutor. & curat. dat.* id tamen ita eſt, quia tunc omnes vnius tantùm vice funguntur, nec niſi omnium ſimul vna eſt poteſtas.

De tutore teſtamentario dato in diem, vel ſub conditione non abſentiæ.

AT finge in teſtamento ita ſcriptum eſſe, *Titius tutor eſto. Cum Republicæ cauſa aberit, tutor ne eſto: Cùm redierit, tutor eſto.* In qua ſpecie cùm poſterioribus verbis videatur Titius datus tutor & poſt diem, & ſub conditione (nam in teſtamentaria tutela vtrumque fieri poteſt, non etiam in datiua, *l. muto 6. §. ſub conditione, D. de tutel. l. ſi quis ſub conditione 11. D. de teſtam. tutel.*) illa priùs quæſtio tractanda videtur, An qui ſic datus eſt tutor, habeat ſe excuſandum intra tempora conſtituta, priùs etiam quàm dies, vel conditio venerit; an verò exſpectare diei, vel conditionis euentum debeat. Sed cùm veriſſimum ſit non eſſe illum tutorem priùs quam dies, aut conditio venerit, adeoque nec antequam ſit adita hæreditas, ſi fortè dies, vel conditio veniſſe proponatur ante aditam hæreditatem; Conſequens eſt, vt neque proponendæ excuſationis tempora priùs currere incipiant: ne abſurdum illud ſequatur, vt ſe quis à tutela excuſare debeat, priuſquam ad ſuſcipiendam tutelam vrgeri poſſit.

Hoc igitur ita ſuppoſito, ſi quæratur an Titio poſtquàm rediit, & abeſſe Reipublicæ cauſa deſiit, danda ſit anni excuſatio ne tutelam ſibi eo teſtamento delatam iterum ſuſcipere compellatur? Eadem inſpectio occurit in qua ſuperioris quæſtionis ſtatum conſiſtere diximus; An vna tutela ſit, an duæ. Nam ſi vna tantùm tutela eſt, non debet admitti excuſatio. ſi duæ, admittenda eſt. Concludit autem Tryphoninus in *d. l. pen.* §. 1. Nouam eſſe banc tutelam quæ reuerſo Titio defertur: nempe quia deſiit eſſe tutor teſtamentarius ex illis teſtamenti verbis, *cum republicæ cauſa aberit, tutor ne eſto*, ſiquidem poteſt quilibet teſtator, vt ex die & ſub conditione, ita & ad diem dare, & vſque ad certum tempus, & vſque ad conditionem. Quod cùm euenit, tutor eſſe ipſo iure deſiuit, qui ad tempus illud datus fuit: *l. tutor datus 8. §. 1. & 2. D. de teſtam. tutel.* Porrò qui ſemel tutor eſſe deſiit, non poteſt iterum fieri tu-

l. pen §. 1. hoc tit.

tor quin noua tutela ſit. Ergo quamuis ille qui antea excuſatus ideò eſt, quòd abfuturus eſſet Reipub. cauſa, continuo atque reuerſus eſt hæreat tutelis antè ſuſceptis, id eſt etiam intra annum: Fatendum tamen eſt, hunc, de quo agimus, poſſe intra annum ſe excuſare, quia ſecunda tutela eſt, & noua: nec intra annum duntaxat, ſed etiam in perpetuum ſe excuſare poterit, ſi fortè medio tempore aliam nouam, eámque non temporalem, ſed perpetuuam nactus ſit excuſationem; puta ob liberos interim ſuſceptos ad eum vſque numerum, qui legibus & conſtitutionibus præfinitus eſt.

l. pen & ibi.n.

De excuſatione ob Militiam.

SVperiori excuſationi proxima & finitima illa eſt, quæ ob militiam datur: Omnium enim maximè abeſſe Reipublicæ cauſa videntur ij qui pro Republica militant. Intantùm vt illi etiam qui Romæ militant, pro Reipublicæ cauſa abſentibus habeantur: *l. milites 7. D. ex quib cauſ. maior. l. ſi maritus 15. §. quod ſi præſens, D. ad leg. Iul. de adult.* Imò hoc amplius eſt in milite, quod nec volens tutor dari poteſt: *§. idem in milite, hoc tit.* Nec magis ſi legitimus tutor, quàm ſi teſtamento, vel à magiſtratu datus ſit, *l. militia 4. C. qui dar. tutor vel curat. poſſ.* Cùm cæteri qui Reipublicæ cauſa abſunt, vel abfuturi ſunt, poſſint omittere excuſationem, *l. 1. C. ſi tut. vel curat. reipub. abeſſ. excep.* Nempe quia milites armis, non priuatis negotiis occupari oportet, vt numeris & ſignis ſuis iugiter inhærentes, Rempublicam, à qua aluntur, ab omni bellorum neceſſitate defendãt, inquit Leo Imperator in *l. milites 31. C. de locat.* Veteranus tamen quia miles amplius non eſt, poteſt tutor eſſe ſi velit, & ideò indiget excuſatione, *l. 1. C. de excuſat. veteran.*

De iis qui poſt militiæ tempus honeſtè completum milites eſſe deſierunt.

NOn ſolùm autem milites hanc excuſationem habent, ſed etiam ſi qui milites eſſe deſierunt, ſi modò militiæ tempus honeſtè compleuerint, *l. ſed & milites 8. D. hoc tit.* vbi Modeſtinus ait habere iſtos remiſſionem tutelarum aduerſus omnes hodie priuatos, id eſt aduerſus omnium hodie priuatorum liberos. Nam vt ille ſubiungit aduerſus filios eorum, qui eidem ordini communicauerunt, id eſt (ſic enim malo legere quàm &) eorum qui olim milites fuerunt, non idem ſine diſtinctione dici poteſt. Intra annum dimiſſionis quidem habent remiſſionem, ſed poſt annum non habent. Coæqualitas enim honoris militiæ videtur fortior priuilegio veteris militiæ. Id ſiquidem eſt quod ſignificant verba illa Modeſtini *olim militum*. Vt intelligamus, eum qui hodie miles ſit, aut qui intra annum miſſionis conſtitutus, & veteranus, adhuc miles eſſe videatur, melioris eſſe conditionis, ſiue quod miles adhuc ſit, ſiue quòd militiæ ipſius memoria tam ſit recens, vt militis iure cenſeri propemodum debeat; quamuis non in omnibus hoc generaliter & indiſtinctè procedat. Plus enim priuilegij in quibuſdam habet miles, quam veteranus, *l. eius militis 34. §. 1. D. de teſtam. milit.* Priuilegium ergo præſentis, aut recenter præteritæ militiæ potentius eſt coæqualitate honoris militaris; Sed coæqualitas illa potentior eſt priuilegio veteris militiæ, & poſt miſſionis annum iam ſeneſcentis. Et hoc eſt quod Noſtri tactitant,

Qui proxi. mior, dilatiur.

l. eius militis 34 §. 1 de teſta. milit.

Digitized by Google

factitant, Priuilegiatum non vti priuilegio contra æquè priuilegiatum: quod admitti quidem poteſt, vbi cætera ſunt paria, ſed non aliter; vt ſcripſimus *in Rationalibus* ad *l. verum* 11. *§. penult. D. de minor. & ad l. vlt. D. ex quib. cauſ. maior.*

d. l. ſed & milites.

Addit verò Modeſtinus in *d. l. ſed & milites*, Niſi qui compleuerunt militiæ tempus, & poſt annum à die miſſionis vocantur ad tutelam, alias fortaſſis habeant iuſtas tutelæ excuſationes, vtputa numerum liberorum, vel quid aliud tale, quale & priuatos quoſlibet aduerſus omnes excuſare conſueuit. Nec enim amiſſio, aut denegatio vnius excuſationis alias perimit, vel adimit, ſi aliud nihil obſtet: *§. qui autem, hoc tit. l. præter* 21. *§.* 1. *D. eod.*

Subiungit, Eorum qui olim milites fuerunt ſolos filios, non etiam nepotes priuilegium illud habere, ne contra eos poſſint vti excuſatione illi, qui militiæ tempora compleuerunt, ſi ad tutelam vocentur poſt annum miſſionis: Nepotes námque ipſorum, ſicut ſunt vno gradu remotiores, ita minus habent priuilegij, Imò nihil penitus, ſed eodem loco & iure cum priuatis cenſentur, vt contra eos perinde ac contra priuatos alios quoſlibet poſſit adferri excuſatio, id eſt acſi eorum auus numquam militaſſet. Priuatos enim hîc Modeſtinus intelligit non eos tantùm qui non ſunt milites, ſed illos qui nec milites ſunt, nec militum filij, qui ſcilicet hac parte, quamuis & ipſi priuati ſint non milites, priuatorum tamen iure non cenſentur, quaſi ſuccedant in partem honoris militiæ paternæ. Idque tamen non tam proprio quodam iure, quàm intuitu & contemplatione patris quondam militis, cuius valde interfuit militando acquirere priuilegium hoc liberis ſuis impuberibus, ne quãdo eorum vtilitates tam facilè deſererentur; affectu ſcilicet paterno, cuius maximè proprium eſt, patrem de liberis longè magis quàm de ſeipſo ſollicitum reddat: *vulg. l. iſti quidem* 8. *D. quod met. cauſ. l. vlt. C. de curat. furioſ. l. amiciſſimos* 36. *in fin. D. hoc tit.*

Cur autem melior hac parte cauſa ſit filiorum, quàm nepotum, ratio non alia, vel melior quærenda eſt, quàm quæ à nobis iam indicata eſt, quòd coniunctiores ſint parentibus filij, quàm nepotes, qui non niſi per mediam filij perſonam auo coniunguntur: *l. decem* 6. *D. de coll. bon.*

Qui proximior, dilectior.

ideóque & minùs dilecti auo fuiſſe credendi ſunt, cùm prout quiſque proximior eſt, eò & dilectior fuiſſe videatur: *l. omnia* 32. alias *l. cùm ita, §. in fideicommiſſo, l. peto* 69 *§. fratre, de legat.* 2. *l. heredes mei* 57. *§. vlt. D. ad SC. Treb. l. vlt. C. de verb. ſignific.* Quamuis dici ſoleat, filij appellatione, etiam nepotes omnes intelligi: *l. filij appellatione* 84. *iunct. l. liberorum* 220. *De verbor. ſignific.* Id enim ſic accipiendum eſt, vt non ea vocabuli proprietate verum ſit, quod conſtat ex *l. quid ſi nepotes* 6. *D. de teſtam. tutel.* ſed iuſta tantùm interpretatione, vt Iulianus ait in *l. iuſta* 201. *de verbor. ſignific.* Interpretatio autem illa non ſemper, ſed aliquando tantùm iuſta eſt: nimirum cùm neque iuris ratio, neque æquitas aut vtilitas vlla repugnat: vt in *l. pen. C. de SC. Maced. l. Senatuſconſulto* 59. *De rit. nupt. l.* 3. *Cod. de interd. matrim. l. ſi quis filium* 34. *C. de inoff. teſtam.* In propoſito autem fauor militiæ repugnat, ne tam facilè priuilegio ſuæ excuſationis priuandus ſit is, qui militiæ tempora honeſtè compleuit, vt excuſationem quam allegare non poſſet aduerſus filium militis, nec aduerſus nepotem allegare poſſit. Denique odioſa & iniuſta eſſet interpretatio, quæ quondam militi ſuum priuilegium auferret. Et ideò Calliſtratus in *d. l. liberorũ, §.* 1. non ait ſimpliciter & abſolutè filij appellatione nepotem contineri ſemper, ſed *filij appellatione nepotes ſæpe accipi.* Ergo non ſemper. Quamuis paullo aliter ſentire videatur Cuiacius ad *d. l.* 2. *D. hoc tit.*

De militibus ignominioſè dimiſſis, & de immunitatibus quæ ob pœnam dantur.

LOquimur autem cum Modeſtino de illis, qui militiæ tempus honeſtè compleuerunt: quia nimirum illi qui ignominioſè dimiſſi ſunt, exiſtimantur ſimiles illis qui numquam militauerunt, vt ſubiicit Modeſtinus in *§. qui nimirum*, Nempe quod ad eam rem pertinet de qua tractamus, vt ſcilicet non poſſint ſe excuſare, ne quidem intra annum miſſionis, nec contra priuatos, quemadmodum nec aliam vllam immunitatem habent: *l. nec infames* 12. *C. de decur. l.* 7. *§. vlt. de interd. & relegat. l.* 1. *C. de iis qui non implet. ſtipend.* Cæterùm deterioris in eo conditionis ſunt, quàm ſi numquam militaſſent, quòd neque recipiendi ſunt ad militiam ſi poſteà velint militare, tametſi à ſuo iudice ſint abſoluti: *l. qui cum vno* 4. *§. ignominia miſſus, D. de re milit.* Ergo neque ipſi habent priuilegium excuſationis ſi vocentur ad tutelam priuati cuiuſlibet, neque obligabitur quiſquis aliquando miles fuerit, ſi eorum filiis tutor detur, quominùs habeat excuſationem, ſi ea velit vti vocatus ad tutelam, etiam poſt annum à die miſſionis. Nulla enim coæqualitas honoris militiæ eſt inter eum qui honeſtè militiam ſuam compleuit, & eum qui ignominioſè dimiſſus fuit.

Et hic ſenſus eſt eorum Modeſtini verborum, quæ alioqui ſunt, ſatis intricata, *neque filiis eorum qui olim fuerunt milites, tutores dati obligabuntur.* Cur enim aut iis faueamus, aut liberis eorum qui etiam pœnam meruerunt? Ignominioſa autem miſſio eſt, quoties quis propter delictum ſacramento ſoluitur, etiamſi fuerit dimiſſus ſine ignominiæ mentione, *l. milites* 13. *§. miſſionum, D. de re mili.* vbi additur, eum qui ignominia miſſus eſt, neque Romæ, neque in ſacro Comitatu agere poſſe. At cùm miſſionum ſpecies generales tres ſint, Honeſta, cauſaria, & ignominioſa, Et cauſaria illa ſit cùm quis vitio animi, vel corporis minùs idoneus renunciatur, *d. §. miſſionum, l.* 2. *§. ignominia, D. de his qui notant. infam.* apparet cauſariam miſſionem propiùs accedere ad honeſtam, quàm ad ignominioſam; eſt enim & illa honeſta, & ideò idem iuris in vtraque conſtitui debebit: *d. l. ſed & milites, §. ita autem, l. vlt. C. de his qui non implet. ſtipend. ſacram. ſolut. ſunt, lib.* 10. *tit.* 54. *l.* 1. *Cod. de excuſat. veter. l. cauſaria, Cod. de re milit.*

Planè etiam ignominia miſſi, ab vrbicis tutelis excuſantur. At nõ ex priuilegio, cùm vrbicæ tutelæ ſint omnium fauorabiliſſimæ, ſed propter pœnam, quia eis vrbem ingredi non licet, *§. ſcribit autem, ead. leg. d. l. milites, §. miſſionum, D. de re milit.* Exemplo tutoris qui in exilium perpetuum datus eſt; hunc enim conſtat habere excuſationem: *l. planè* 29. *D. eod.* quam tamen non habet is, qui tantùm ad tempus exulare iuſſus eſt: cui ſcilicet ad tempus ſaneri abſurdum eſſet, cùm per tempus exilij curator in locum eius dari poſſit & debeat: *l. tutor petitus* 18 *§. vlt. eod.*

Denique ſunt quædam immunitates, quæ non ob honorẽ & fauorem dãtur, ſed quam aliam ob

Digitized by Google

cauſam, vt in *l.5.§. conductores, D. de iur immunit. l.pen.§ vlt. D.hoc tit.* Rurſus aliquando euenit, vt quis militiæ tempus in deſertione impleat, quo caſu non poteſt videri honeſtè compleuiſſe, & ideò tanquam deſertor emerito priuatur: *l. 3. §. qui militiæ, D.de re milit.*

De illo qui neque ignominioſam, neque cauſariam miſſionem paſſus, non tamen honeſtè compleuit militiæ tempora.

QVid verò ſi quis neque ignominioſam, neque cauſariam miſſionem paſſus ſit, nec tamen militiæ tempora honeſtè compleuerit? An habebit etiam remiſſionem tutelarum? Habebit, ſed non ſine diſtinctione, quomodo habet ille, qui honeſtè compleuit, id eſt qui militauit ab anno ætatis ſuæ decimo ſeptimo vſque ad quadrageſimum ſextum. Hæc enim ætas militaris definita eſt ex inſtituto Seruij Tulli & lege Gracchana, quam qui honeſtè compleuerunt, Emeriti appellantur, quia pleno ſtipendiorum numero functi ſunt, ſtipendiis omnibus decurſis, vt ſcriptum eſt in *l. 2. C de his qui non implet. ſtipend. ſacr. an. ſolut. ſunt lib. 10 tit. 54.*

Diſtinguendum igitur eſt, an qui ſtatutum militiæ tempus non compleuit, viceſimum tamen militiæ annum exceſſerit, an verò ante viceſimum dimiſſus ſit. Qui viceſimum militiæ annum exceſſit, ſimilis eſſe creditur ei qui compleuit tempus legitimum, ſi modò in legione vel vexillatione militauerit. *l. vlt. eod. tit.* vt ſcilicet habeat perpetuam immunitatem, Quod tamen intelligi ſi vel ob ſenilem ætatem, vel cauſſaria miſſione dimiſſus ſit; alioqui miſſionem ignominioſam, vel militiam deſertam fuiſſe neceſſe eſſet: ſi verò intra viceſimum annum dimiſſus ſit, non habet continuam id eſt præſentem excuſationem, ſed vel nullam, vel ad tempus, ſicut & quod ad reliqua ciuilia munera pertinet: Nullam ſi intra quinque annos militia ſolutus ſit: At poſt quinque annos, vnius anni habet immunitatem, ita vt neque ad tutelam, neque ad cætera munera vocari poſſit primo poſt amiſſioné anno Qui autem poſt octo annos dimiſſus eſt, habet immunitatem biennij; qui poſt duodecim, triennij: qui poſt ſexdecim, quadriennij. Qui denique poſt viginti, is omnimodo & perpetuò vt diximus excuſatur. Et ita Modeſtinus in *d.l.ſed & milites. §.quandoque & ſeq.* Neque alia huius diſtinctionis temporum ratio quærenda eſt, quàm quia ſic fuit conſtitutum, *l.omnium 20. D.de legib.*

l.vlt.eod.tit.

Ideò autem adiecimus, *ſi modò in legione vel vexillatione militauerit*, ex *l.vltim.C.de his qui non implet.ſtip.* quia ſi quis fortè inter nocturnos cuſtodes & vigiles, qui Romæ ſunt, militauerit, etiamſi per viginti annos, anni ſolius habet remiſſionem, *d.l.ſed & milites, §.qui autem*, tanquam qui minore priuilegio dignus ſit, idcirco fortaſſe, vt puto, quia & minore periculo militat; quamuis non co minùs ſit veteranus, ſi modò & ipſe honeſtè ſolutus ſit: habétque priuilegium quod alij veterani habent, vt etiam legionatius filiorum iſtius qui inter nocturnos cuſtodes militauit, tutor eſſe cogatur: *§. veteranus ead.leg.*

Planè qui in cohortibus vrbanis permilitauit, cùm & legionatius ſit, *d. l.vlt.* legio enim ex cohortibus conſtabat, & prætereà ſit vrbanus & vrbicus miles, habet priuilegium, vt quamuis ante, viginti annos dimiſſus ſit; dummodò vel honeſtè, vel ſaltem cauſariè, perpetuam habeat à tutelis excuſationem: *§.ſcribit autem, verſ. planè ſi quis*, fauore ſcilicet vrbis Romæ, cuius potiſſimum conſeruandæ neceſſitas facit vrbicas militias fauorabiliores, aut vt loquitur Paulus vrbanicianas, in *l.qui mittuntur 45. §. ſed & in vrbaniciants, D. ex quib. cauſ. maior.* Nam & ſimili ratione dicimus prætorias militias, quibus cuſtodia corporis ipſius Imperatoris committitur, eſſe omnium fauorabiliſſimas; non vt pretorij milites plus priuilegij & immunitatis hac parte habeant quàm cæteri, ſed hactenus tamen vt Tribunus, qui in cohortibus prætoriis permilitauit, id eſt aſſiduè, non per interualla militauit, excuſetur à tutela etiam filiorum eius quem habuit in Tribunatu collegam: *l.ſi Tribunus 9. D.hoc tit.* Quod in cæteris omnibus diuerſum eſt: Nam & primipilarij, hoc eſt qui primum pilum exercent, & primi ordinis cẽturiones ſunt, licèt reliquarum tutelarum excuſationem habeant, filiorum tamen alterius primipilarij tutores eſſe coguntur: *d.l.ſed & milites, §.vlt.* non etiam filiorum eius, qui mortis ſuæ tempore non fuerit primipilarius, id eſt qui primum pilum ante mortem ſuam exercere deſierit. *d.l.ſed & milites §.vlt.*

Cùm autem dicimus non poſſe quem ob militiam ſolam excuſari à tutela filiorum commilitonis ſui, non diſtinguimus qua de cauſa filij illi impuberes, vel adulti, indigeant tutore, vel curatore: An quia ſint emancipati, An quia pater eorum deceſſerit. Omni enim caſu ceſſat excuſatio, ſi alia, quàm militiæ cauſa nulla ſit excuſationis, *d. l.ſed & milites §. pen.* Planè ſi habeant conſtitutum numerum liberorum, potuerunt haud dubiè excuſari. Nam & pater poſſet ex ea cauſa excuſari, adeóque computato in liberis eo cui tutor peteretur, etſi videretur pater in ea re facere contra ſtimulos naturales, vt iam ſuprà diximus ex *l.amiciſſimos 36.§.vlt.eo.* Ponendum autem neceſſariò eſt, patrem aliquam habere excuſationem quoties tractatur de tutela filij emancipati, cùm alioqui patrem ipſum neceſſe ſit legitimum eſſe filij ſui emancipati tutorem, *eod. tit. ſupr. De legit. parent. tutel. 201*, quod frequentius eſt, patrem eſſe adhuc militem, qui proinde nec volens tutor eſſe poſſit, adeò vt neque vlla egeat excuſatione, ne quidem tanquam tutor legitimus: *l. militia 4. C. qui dar. tut. vel cur.poſſ.* *d.l.ſed & milites §.pen.*

Quid ſi dandus ſit curator puberi minori annis vigintiquinque qui iam ſit ipſe miles? Diximus enim primam militiam incipere anno decimoſeptimò: Non ideò tamen poterit quiſquam dari curator qui ſit miles, nec ſi ſit pater, qui filium hunc emancipauerit, necdum ſit defunctus: Sed dari debebit alius, etiam qui miles olim fuerit, cum priuilegium nullum ſit eorum qui milites fuerunt, quominùs tutelam vel curam filiorum ſui cõmilitonis ſuſcipere cogantur; *d.l.ſed & milites, §.iam verò militi*, vbi manifeſto errore ſcriptum eſt *impuberi*, pro *puberi*, cu impubes miles eſſe nõ poſſit, nec de curatore impuberi dando tractari oporteat, ſed de tutore, vt neque tutor puberi datur, ſed curator: *l. impuberi 40. D. de adm tutor. l.ſi filio puberi 6. D.de confirm. tutor.* Non tamen vſque adeò tenetur is, qui primipilum explenit, tutelam ſuſcipere filiorum vnius ex ſuis commilitonibus plmipilariis, quin poſſit & debeat ſolicitudinem tutelæ deponere, ſi rurſus in militares neceſſitates aſſumptus erit: *l.non ſolùm 10.§.qui primipilum, eo tit.* Nempe quia

ſe mper

Digitized by Google

ſemper caoſa Reipublicæ potior eſt cauſa pupillorum, quibus facilius eſt alium tutorem idoneum quætere, quàm nouum Reipublicæ primipilarium in locum huius, de cuius virtute poſt expletum feliciter primipilum dubitari amplius non poſſit.

De illis qui in caſtris merent.

Militibus proaimè ſimiles ſunt illi qui in caſtris merent. Nec enim iſti milites ſunt, quamuis iam fortè lecti tyrones, adeóque licet publicis eapenſis iter faciant, donec in numeros relati ſint, *l.ex eo tempore 42. D. de teſt.milit.* præterquàm in caſu *l. vnic. in fin. D.de bonor.poſſeſ. ex teſtam. milit.* Et tamen habent excuſationem, ſi fortè eo tempore tutores dati ſint ab alio, quàm ab eo qui & ipſe in caſtris merebat, *l.propter magiſtratum* 23.§.1.*D.hoc tit.* Nimirum quia licèt non ſit miles, nauat tamen operam Reipublicæ.

In hoc ſanè minùs iuris habet quàm miles, quòd indiget excuſatione, nec prohibetur tutor eſſe ſi velit, nec denique eacuſationem yllam habet, ſi ab eo qui in caſtris ſimiliter merebat, tutor datus ſit. Quæ omnia in milite ſunt diuerſa, *l militia 4.C. qui tutor.dar.poſſ.* Omnes milites ſunt in caſtris merentes, aut ſaltem pro talibus habentur, etiam qui Romæ militant: *l. milites 7.D.ex quib.cauſ.maior.* At non omnes in caſtris merentes, ſunt milites: Debet igitur Vlp. in *d.l.*23.§.1.de iis ſolis intelligi, qui ſic merent in caſtris, vt tamen milites non ſint.

De excuſatione ob magiſtratum.

ESt etiam hæc vna ea iis excuſationum ſpeciebus quæ cauſam ſuam habent à fauore Reipubl. Vt qui poteſtatem aliquam in Republica habent, id eſt, qui ſunt Magiſtratus, poſſint ſe excuſare: ſic enim Diuus Marcus reſcripſit; quamuis antè ſuſceptam tutelam deſerere non ideò poſſint: §. *& qui poteſtatem, hoc tit.* vbi Poteſtatis appellatione, haud dubiè Iuſtinianus eos Magiſtratus intelligit qui habent imperium: *l. poteſtate* 215. *de verb. ſignific.* id eſt maiores Magiſtratus, de quibus in *l.* 2. *D.de in ius vocand.* ad eaeluſionem minorum magiſtratuum, qui imperium non habent, puta Ædilium; quos ideò conſtat neque à tutelis, neque à cæteris oneribus publicis vllam immunitatem habere, ſed tantùm à priuatis muneribus: *l.non tantùm 17.§.it qui adilitate, D.hoc tit.* Nec enim Ædiles poteſtatem vllam & imperium habuerunt niſi in ſeruos, aut alias perſonas viles, quæ propemodum haberi poterant pro nullis: *arg.l.eos qui* 12. *D. de decur. & filiis eor.* Et tamen fuerunt Magiſtratus, & conſequenter cũiuriſdictione, *l.itẽ quæritur.*13.*§.ſi quis menſuras, D.locat.l.lectos,*12.*D.de peric & commod.rei vend.l.*1.*& tot.tit.D.adil.edict.*

De immunitate tributa Præſidibus prouinciarum.

HInc eſt quod ſcribit Modeſtinus in *l. ſi duas* 6.aliàs *l.athleta, §.gentium, D.hoc tit.* præſidatos gentium tribuere immunitatem quoad in Præſidatu ſunt; ne ſcilicet Præſides prouinciarum toto eo tempore cogantur eſſe tutores. Sunt enim Præſides prouinciarum ea maioribus Magiſtratibus, cùm omnium Magiſtratuum, qui in Vrbe ſunt, vice ac partibus fungantur & plenissimam authoritatẽ habeant in prouincia poſt Principem: *l.ex omnibus* 10.*& ſeqq. D.de offic.præſid.l.ſi in aliã 7.§.vlt.& leg.ſeqq.D.de offic.Proconſ.*

De Magiſtratibus ciuitatum.

SEd & ciuitatum Magiſtratus eandem remiſſionem habens à tutela & cura: §.*remittuntur, ead. leg.* ad eaemplum ſcilicet Magiſtratuum reipublicæ, quamuis illi non rem publicam, ſed rẽ ciuitatis tractent: *l.legatis 8.l.ſed etſi 26.§. vlt. D.ex quib.cauſ.maior.l.*2.*C.eod.* Non ergo tutores dari prohibentur; poſſunt enim dari decreto Decurionum: *l.pen. D.qui pet.tutor.* vel à collega, *l.vbi abſunt* 19.§.1. *D.de tut. & cur. dat.* ſed dati poſſunt ſe excuſare, *d.§.remittuntur.* Sed hoc ita ſi Magiſtratus quis inueniatur eo tempore, quo tutela ei deſertur. Nam propter Magiſtratum quem quis adminiſtraturus ſit in municipio, certum eſt non habere illum tutelæ excuſationem: *l.propter magiſtratum 23.in pr.D.hoc tit.* Non magis quam propter magiſtratum, quem iam adminiſtrauerit, nec ſi ea cauſa creationis alicuius factæ in illo magiſtratu, cœperit eſſe obnoaius periculo tutelæ: *l. ſpadonem* 15.§.*ſi ciuitatis, eod.tit* Quod & Cuiac ſentit ad *l.*2.*in fi. D.hoc tit.*

Scio eſſe qui putent Magiſtratus municipales non excuſari à tutela, ea *d. l propter.* Sed errant meo iudicio qui non diſtinguunt magiſtratum quem quis adminiſtraturus ſit, de quo ibi Vlp. à magiſtratu quem quis iam adminiſtret. Cur ergo Vlpianus ita locutus eſſet, *quem in municipio quis erat adminiſtraturus*, ſi neque is excuſationem haberet, qui iam adminiſtraret? Quod ſi verum eſt id, quod Calliſtratus notum eſſe ſcribit in *l.non tantùm* 17.§.*ſanè notum eſt, eod. tit.* gerentibus honorem magiſtratibus, concedi vacationem tutelarum, quæ tum primùm deferantur, quis neget magiſtratus municipales honorem gerere, adeóque habere poteſtatem aliquam, tametſi ſane per modicam? *l. magiſtratibus* 32.D. *de iuriſdict.* An ergo non minùs priuilegij & immunitatis habebunt Magiſtratus ciuitatum & municipiorum, quàm Magiſtratus vrbis Romæ? Imò habent minùs in hoc ipſo, de quo tractamus: Nam cùm nemo excuſetur propter magiſtratum quem in municipio adminiſtraturus eſt; eacuſatur tamen qui magiſtratum Reipublicæ adminiſtraturus ſit, non minùs quàm is qui Reipublicæ cauſa abfuturus eſt, licèt nondum abſit: *l.*1.*C.ſi tut.vel curat.reipub.cauſ. abes.*

Atqui, inquies, dignitas nulli tribuit excuſationem; adeò vt ſi quis Senator ſit, nihilominùs tutor creari poſſit etiam eorum qui inferioris ordinis ſunt, quàm Senatorum: *l. ſpadonem 15.§.ſcire oportet, D.hoc tit.* Quis ergo ferat magiſtratus municipales habere immunitatem quam Senatores non habeant; Sed facilis reſponſio eſt, Senatores ſingulos dignitatem tantùm habere, non etiam poteſtatem, nec poſſe dici magiſtratus. At magiſtratus municipales ſunt magiſtratus, & quamuis tantam dignitatem non habeant quantam Senatores, habent tamen cum dignitate poteſtatem aliquam quæ iis hanc tribuit immunitatem; à tutelis ſcilicet, vt iam diaimus, deferendis; non tamen à delatis. Nam qui iam ſe miſcuerunt adminiſtrationi tutelari, ne tempore quidem magiſtratus vacant, vt ſcriptum eſt in *d.* §. *ſanè notum eſt.* Ex quibus verbis apparet priorem *illius* §. partem, non generaliter de omnibus Honorem

gerentibus intelligi debere, ſed tantùm de Magiſtratibus. Magiſtratus enim omnes honorem habent; at non item omnes qui honorem gerunt, ſunt Magiſtratus.

De excuſatione ob profeſſionem literarum, aut aliam.

AD Reipublicæ dignitatem & vtilitatem hęc quoque pertinet excuſatio, & immunitas, quam tribuit fauor & honor literarum, vt hoc etiam propoſito præmio inuitentur homines ad bonas literas capeſſendas & ad philoſophandum: Ergo Grammaticis, Sophiſtis, Rhetorib. Medicis, non omnibus tamen, ſed qui περιοδευταί, id eſt circulatores, circuitores, at nun circumforanei ſunt, immunitas à tutela & à cura datur, vt à reliquis muneribus, *l. ſi duas 6. §. Grammatici, D. hoc tit.* ſicut & illis ſolis ius extra ordinem dicitur, *l. 1. §. 1. D de extraord. cognit.* Hoc verò Iuſtinianus noſter meliùs ſic exprimit, vt dicat Romæ Grammaticos, Rhetores, & Medicos, & qui in patria ſua has artes exercent, & intra numerum ſunt, à tutela & cura vacationem habere. *§. item Romæ 15. hoc tit.* Eſt enim numerus Rhetorum in vnaquaque ciuitate, qui vacationem munerum habent, & hæreſes quædam, id eſt conditiones propoſitæ ea ipſa lege, quæ immunitatem conceſſit. Inter quas illa eſt vt tam Profeſſores quam Medicos probari oporteat decreto Ordinis, *d. l. ſi duas, §. eſt autem*, vbi refert Modeſtinus epiſtolam quandam Antonini Pij, quæ licèt ad communitatem Aſiæ miſſa, generalis tamen eſt ad omnia loca, quæ imperij Romani ambitu & legibus continentur. Verba epiſtolæ hæc ſunt, *Minores quidem ciuitates poſſunt quinque Medicos immunes habere, & tres Sophiſtas, & Grammaticos totidem: Maiores autem ciuitates, ſeptem qui curent, quatuor qui doceant vtramque doctrinam. Maxima autem ciuitates decem Medicos, & Rhetores quinque, & Grammaticos totidem. Supra hunc autem numerum ne maxima quidem Ciuitas immunitatem præſtat. Decet autem maximo quidem numero vti Metropoles gentium: Secundo autem eas, quæ habent vel forum cauſarum, vel loca iudiciorum. Tertio autem reliquas.* Hæc Epiſtolæ verba ſunt, in cuius interpretationem, ſubiungit Modeſtinus, non licet hunc numerum excedere, neque ſententia Senatus, neque alia quauis adinuentione; Minuere autem vtique licere. Non quia non interſit Reipublicæ quamplurimos eſſe, qui has profeſſiones exerceant; ſed quia nec publica vtilitas ferre poteſt, vt tam multis immunitas concedatur, quæ in aliorum[a] ceſſura ſit incommodum. Et hoc eſt quod ait Modeſtinus, *quoniam pro ciuilibus muneribus appareat hoc tale factum.*

Subiungit etiam, non aliter vtique huius immunitatis fructum conſtare poſſe, quàm ſi decreto Senatus inſcripti ſint numero conceſſo quotquot immunes eſſe volent, & præterea ſe negligenter non habeant circa operationem, id eſt verſentur diligenter in tractanda ea profeſſione quæ tribuit immunitatem, quam ſcilicet non ſolius ſcientiæ fauor extorſit, ſed operatio potiſſimùm & actio, cùm interſit parum Reipublicæ doctum quem eſſe, niſi & alios doceat. Vnde eſt quod quemadmodum non datur immunitas Medicis quibuſlibet, ſed tantùm circuitoribus, ita neque Rhetoribus quibuſlibet, ſed tantum Rhetoribus Sophiſtis, id eſt præceptoribus & magiſtris, qui docēt præcepta dicendi: vt benè Cuiac. interpretatur ad *d. l. 6. § grammatici, hoc tit.*

Porrò quod diximus, non licere excedere numerum immunitati præſtitutum, nō vſque adeò generaliter verum eſt vt non pati debeat aliquam exceptionem. Si quis enim valde ſit diſciplinis inſtructus, id eſt tam excellenter, vt cæteris omnibus qui intra numerum ſunt, præcellat, etſi ſupra numerum ſit, & in aliena patria moram faciat, placet immunem eum eſſe oportere. Et ita ipſe quoque Antoninus Pius iuſſit, vt idem Modeſtinus noſter refert in *d. l. ſi duas, §. valdè tamen.*

d. l. ſi duas § valde tamen.

Sed & quod diximus, Non alios numero conceſſo inſcribi oportere, quam qui à Senatu probati ſint, non ita accipiendum eſt, quaſi non liceat reprobare illos qui ſemel fuerint probati: Poſſunt enim reprobari quandocumque, præſertim Medici, *§. ſed & reprobari. d. l. ſi duas*: cùm in Republica ſicut nihil eſt ſalutarius bono Medico, ita nihil ſit periculoſius malo, vtpote ad quos ſalutis hominum cura pertineat: *l. in pr. D. de extr. cogn.* Atque ita Imperator Seuerus cum Antonino patre Lælio Baſſo reſcripſit: itémque Gordianus & generalius in *l. 2. C. de profeſſ. & medic lib. 10 tit. 52.*

§. ſed & reprobari d. l. ſi duas.

De Philoſophis.

PHiloſophorum alia ratio eſt. Nullus enim certus eorum numerus conſtitutus eſt. Non quia videantur fauorabiliores cæteris, qui bonas literas, aut medicinam docent, ſed quia rari ſunt, qui verè philoſophantur, vt conſtitutio ait. Proinde verendū non eſt ne ex eiuſmodi immunitate, quaſi nimis ampla, nulliſque finibus circumſcripta lædatur Reſpublica, quæ proculdubio ex immunitate aliis Profeſſoribus conceſſa, ſi nullo numero coarctata eſſet, læderetur.

Excipit autem conſtitutio munera patrimonialia, ſic enim ſubiicit *Exiſtimo autem quoniam qui diuitiis ſuperabundant voluntariè tribuent pecuniam in vtilitates patriæ, ſi autem propriè loquātur de ſubſtantia*, id eſt quaſi propriam aliquam habeant ſubſtantiam, propriúmque ius aliquod immunitatis propter quod non debeant contribuere, *vnde iam manifeſti fient non Philoſophantes.* Cui conuenit etiam reſcriptum elegans Imperatorum Diocletiani & Maximiani in *l. profeſſio 6. C. de muner patrim. lib. 10. tit. 41. l. reddatur 8. Cod. de profeſſ & medic. eod. lib. tit. 52. l. 1. §. an & philoſophi, D de var. & extraordin. cognit. l. in honoribus 8. §. philoſophi, D. de vacat & excuſat. muner.*

De profeſſoribus liberalium artium, Muſicis, & Poëtis.

ADde dari immunitatem etiam profeſſoribus liberalium Artium, ex *l. 1. C. de decret. decur. l. 4, C. de profeſ. & medic. l. ab his 10. §. angariorum. D. de vacat. muner.* Non tamen Muſicis, *l. 4. C. de excuſ. muner* vt & Poëtis, *l. 3. C. de profeſſ. & medic.* Non quòd non mereantur, ſed quia lex deficit, inquit Cuiac. & rectè, *ad d. §. Grammatici.*

De immunitate Philoſophorum, Medicorum, legum Doctorum, Geometrarum.

SEquitur apud Modeſtinum in *§. eſt autem*, aliud caput epiſtolæ eiuſdem Antonini inſertum conſtitutionibus Imperatoris Commodi, ex quo idipſum apparet quod proximè diximus etiam Philoſophos immunitatem habere tutelarum: Verba ipſa tranſcribemus, quia proſunt

proſunt ad interpreratione ſupradictorum, támque aperta ſunt vt non indigeant ipſa explicatione. Conſimiliter autem his omnibus, inquit Commodus, Diuus pater meus mox ingrediens Principatum conſtitutiune exiſtentes honores & immonitates firmauit, ſcribens Philoſophos, Rhetores, Grammaticos, Medicos immunes eſſe: itémque gymnaſis Sacerdotij ſtantes, & neque ad frumenti & vini & olei emptiones & præpoſitiones, & neque iudicare, neque legaros eſſe, neque in militia numerari nolentes, neque ad alium famulatum eos cogi. Porrò ita demum habent iſti immunitatem ſi vel Romæ, vel in patria ſua aut doceant, aut medicentur. Romæ quidem ſiue cum ſalario, ſiue ſine ſalario, non minùs quàm ſi in propria patria doceret, quia in Regia vrbe, quæ & haberot & eſt communis patria, *l. Roma 33. ad municip.* magnum eſt & publicè vtiliſſimum ſe vtilem præbere: *§. Roma, d. l. ſi duas, & l. eos qui Romæ 9. D. de vacat. & excuſ. muner.* In patria verò, quoniam hoc ſuæ patriæ quiſque debet, vt vtilem ei ſe præbeat, tanquam cui potiſſimùm natus ſit: *l. 1. §. & generaliter, D. de ventr. in poſſ. mitt.* Cæterùm ſi quis exiſtens Comanenus in Cæſarea doceat, aut medicetur, apud Comanenſes immunitatem non habebit, *d. l. ſi duas, §. amplius, & illud.*

Quid verò de legum Doctoribus: Nihil enim de iis hucuſque diximus. Certum eſt, eos ſi Romæ doceant, remiſſionem habere à tutela & cura, ſed non ſimiliter ſi doceant in aliquo Præſidiatu, quomodo loquitur Modeſtinus in *§. legum verò Doctores, eiuſd. leg.* Quod ego ſic accipiendum puto, vt quamuis non Romæ, ſed tamen in patria ſua doceant, eandem immunitatem habeant quam habent cæteri. Cur enim deterioris conditionis ſint qui nobiliore profeſſione gloriantur? Præſertim cum vetani illi nec fucatam philoſophiam profiteantur, *l. 1, § 1. De inſti. & iur.* réſque planè ſacra & ſancta ſit ciuilis ſapientia, *l. 1. §. proinde iunct. § præced. De variis & extr. cogn.* Sanè de hoc non eſt qui dubitare hodie poſſit, poſt nouam Conſtantini legem, quæ extat in *l. medicos 6 C. de profeſ. & med. libr.* 10. *tit.* 53. Quidni autem etiam legum Doctoribus faueamus, cùm nec Athletis hæc immunitas denegata ſit. Quamquam non Athletæ omnes habent excuſationem à tutela, ſed ij tantum qui in ſacris certaminibus coronati ſunt quas coronas ſacras vocat Papinianus in *l. commodis 40. D. de re iudicat.* Ideo autem de certaminibus loquimur in plurali numero, quia non pauciora quàm tria certamina ſacra eſſe oportet extra vrbem, vt ciuilium munerum tribuenda ſit Athletæ vacatio. Romæ ſanè ſemel viciſſe, ac coronatum eſſe ſufficit: *l. 1. C. de athlet. lib.* 10. *tit.* 53. Soli Geometræ deterioris conditionis ſunt quàm athletæ. Nec enim vacant à tutelis, *l. Geometra 25. D. hoc tit.* quamuis hodie pleniſſimam habeant immunitatem ex Imperatorum Conſtantij & Conſtantis conſtitutione, quæ extat in *l. 2. C. de excuſat. artific. lib.* 10. *tit.* 64. Siue quòd immunitas licèt pleniſſima non ſoleat tribuere immunitatem à tutela, vel cura, niſi id expreſsè dictum ſit, vt putat Cuiacius, ſiue potiùs quod Geometræ non minùs quàm architecti inter mechanicos numerentur, quibus proinde nullum competebat priuilegium ante *d. l.* 2. quæ tamen non tam de iis loqui videtur qui theoricam Geometriæ docent; quæ cùm ſit pars Mathematicæ diſciplinæ, & conſequenter philoſophiæ, nobiliſſima ſanè ſcientia eſt, eádemque digna priuilegio immunitatis; quàm de Geometria practica, quæ planè mechanica eſt: quod & ipſa legis verba oſtendunt, ſi modò legas initio legis *mechanicos*, non vt antea *mathematicos*. Mathematicorum enim nomen tanquam ſonans in malam partem, legibus noſtris exoſum & odioſum erat: *tot. tit. C. de malefic. Mathemat. & ſimil.* De quibus eleganter Tacit. in Hiſtor. *Hoc genus hominum in ciuitate noſtra & ſemper damnabitur; & ſemper retinebitur.*

De excuſatione ob immunitatem collegiis conceſſam.

ETſi neque ſocietas, neque collegium, neque corpus vllum haberi regulariter conceditur, niſi vel ex Cæſaris, vel ex Senatus authoritate id factum ſit, *l. 1. & paſſ. D. de colleg. illicit.* In quibuſdam tamen cauſis conceſſa ſunt huiuſmodi corpora, idque non alia de cauſa quàm ob publicam vtilitatem, quòd ſine his corporibus non ſatis commodè Reſpublica conſiſtere poſſe videatur. Vt ecce, Vectigalium publicorum ſociis permiſſum eſt corpus habere; item aurifodinarum, & argentifodinarum, & ſalinarum conductoribus. Sed Romæ potiſſimùm certa collegia ſunt, veluti piſtorum, & quorundam aliorum, & nauiculariorum, qui & in prouinciis ſunt, inquit Caius in *l. 1. D quod cuiuſque vniuerſit.*

Porrò quæ ratio publicæ vtilitatis fecit vt huiuſmodi collegia induci & approbari oportuerit, eadem cauſam præbuit concedendarum huiuſmodi corporibus immunitatum, *l. penultim. §. penultim. & l. vltim. D. de iur. immunit.* iis ſcilicet corporibus & collegiis, in quibus artificij ſui cauſa vnuſquiſque aſſumitur, vt fabrorum corpus eſt, & ſi qua eandem rationem originis habent, id eſt quæ idcirco inſtituta ſunt, vt neceſſariam operam publicis vtilitatibus exhiberent *dict. § penultim.* vbi tamen addit Calliſtratus quod notatu dignum eſt, non omnibus promiſcuè qui aſſumpti ſunt in his collegiis immunitatem dari, ſed artificibus duntaxat. Nec rurſus alia quàm tenuioribus per collegia diſtributus: Eos namque qui ſuas facultates augeant, & munera ciuitatum ſuſtinere poſſunt priuilegiis iſtis vti non poſſe. Et hoc eſt quod ex eodem Calliſtrato traditur in *l. non tantùm 17. §. eos qui D. hoc tit.* Eos qui in corporibus ſunt, veluti Fabrorum, immunitatem habere etiam circa adminiſtrationem tutelarum exterorum hominum, id eſt aliorum, quàm qui ſint filij fabrorum in iiſdem collegiis defunctorum, niſi, inquit, ſi facultates eorum auctæ fuerint vt ad cætera quoque munera publica ſuſcipienda compellantur. Idque Principalibus conſtitutionibus cauetur. Quò etiam pertinet quod Paulus ſcribit in *l. vlt. in* *l. vlt. in pr. eod.*
princip. eod. tit. Eos qui in collegio piſtorum ſunt, à tutelis excuſari, ſed ita demum ſi per ſemetipſos non per alios piſtrinum exerceant. Requirit enim conſtitutio propriã actionem & operationem eius qui immunitate gaudere velit. *l. ſi duas 6. §. 1 & §. & vtique e ti.* Sed nec alios excuſandos eſſe quàm qui, intra numerum ſint, ne alioqui plenior ſit immunitas piſtorum quàm Philoſophorum, de quibus diximus in præcedentibus.

Quod autem de adminiſtratione tutelarum exterorum hominum ſic interpretati ſumus, vt tamen qui has immunitates habent à colle-

garum filiorúmque eorum tutela vel cura non excuſentur, omnino conuenit cum eo quod Hermogenianus ſcribit in *l. adminiſtrantes* 41. §. *vlt. eod. tit.* vbi ratio additur, *exceptis his quibus hoc ſpecialiter tributum eſt.* Sunt enim qui hoc priuilegium habeant, vt collegarum quoque filiorum tutelis excuſentur, *d.l.vlt.§.1.eod.* Fauore ſcilicet vrbicarum immunitatum quæ ſolent vt plurimùm eſſe pleniores.

Denique ſunt iſta omnia iuris conſtituti, pendéntque ex conſtitutionibus, & quamuis non ſine rationis colore aliquo conſtituta ſint, magis tamen nituntur voluntate ipſa conſtituentium, quàm ratione aliqua iuris. Nam & inde eſt, quod addit Calliſtratus in *d.l. non tantùm* 17. §. *non omnia, eod. tit.* Non omnia corpora vel collegia vacationem tutelarum habere; Ne quidem ea, quæ muneribus municipalibus obſtricta non ſint, niſi nominatim id priuilegium eis indultum ſit. Neque enim quiſquis acceperit, vel habet immunitatem ciuilium vel publicorum munerum, hic ſtatim à tutela vel cura excuſatur, *l. ſpadonem* 15. §. *qui accepti, D. hoc tit.* Sanè domini nauium non habent priuilegiū vt à tutelis vacent: *d.l. non tantùm, § penult.*

De excuſatione ob aſſumptionem in Collegam, aut aliam curam pro Republ. ſuſceptam.

dict. l. non tantùm §. penult.

TAntus eſt fauor publicæ vtilitatis, & eius operæ quæ pro Republica impenditur, vt non tantùm Magiſtratibus honorem gerentibus immunitas conceſſa ſit, quemadmodum *in praecedentib.* diximus, ſed etiam collegis eorum, ita vt quemadmodum Præſides prouinciarum habent immunitatem, non quidem perpetuam, ſed temporalem quandiu prouinciam regunt; *l. ſi duas* 6. aliàs *l. athleta*, §. *gentium*, *D. hoc tit.* ita & ſi quē collegam ſecum duxerint, etiam qui iam antea tutor erat debeat ille excuſari, & in eius locum alius curator dari, *d.l. non tantùm* 10. §. *ſimiliter, eod. tit.* vbi refert Modeſtinus ſic à Diuo Seuero conſtitutum eſſe. Ex eáque conſtitutione ſi quis eam benè adaptet ſimilibus capitulis, non malè induci poſſe vt in locum eorum omnium, qui temporalem vacationem receperint, curatorem dari oportear. Eſt enim licita huiuſmodi conſtitutionum, quę fauorabiles ſunt, extenſio ad caſus ſimiles.

dict. l. non tantùm §. ſimiliter, eod. tit.

Huc etiam referendum eſt, quod Papinianus noſter ſcribit in *l. iuriſperitos* 30. *D. hoc eod tit.* Iuriſperitos qui tutelam gerere cœperunt in Conſilium Principis adſumptos, omnimodo, nec ad tempus, ſed in perpetuum excuſandos eſſe, ex Imperatorum conſtitutionibus. Propterea quòd, inquit, circa latus Principis agunt, & honor iis delatus neque loci, neque temporis certi finem habet. Quæ ratio etiam eſt *l. vlt. C. hoc tit.* vbi datur idem priuilegium Silentiariis, qui circa Principis latus militant, vt à tutelis & curis excuſentur. Item quod Hermogenianus in *l. adminiſtrantes* 41. §. *penult.* Eorum, qui reipublicæ cauſa abſunt, comites qui ſunt intra ſtatutum numerum, à tutela quæ abſentibus, vel profecturis delata eſt, excuſari, ſed ita tamen vt antea ſuſceptam non deponant. Nam nec illi ipſi quorum ſunt comites, & qui reipub. cauſa abfuturi ſunt ſuſceptas tutelas deponunt, ſed ad tempus tantùm excuſantur, vt diximus in ſuperioribus, ex *l. 1. C. ſi tut. vel curat. reipub. cauſ. abſ.*

De immunitate illorum, quibus Princeps curam alicuius rei iniunxit.

SImilis cauſa eſt eorum, quibus Princeps curam alicuius rei iniunxit; nam & hi excuſantur à tutela ad tempus, id eſt donec eius rei curam gerunt, *l. Geometra* 21. §. 1. *D. hoc tit.* Multò magis ſi rem ipſam Principis adminiſtrent, ſiue ex codicillis, ſiue ex nuda Principis indulgentia, id eſt etiam citra codicillos, *d. l. adminiſtrantes* 41. *in princip. eod.* vbi addit Hermogenianus, idem cuſtodiri in iis qui præfecturam annonæ, vel vigilum gerunt. Sunt enim iſti etiam magiſtratus & habent poteſtatem aliquam, *l. 1. & paſ. de offic. praef. vigil. l. penult. D. de condict. cauſ. dat.* certè habent honorem, quod ſufficit vt immunitatem à tutela & cura ſibi vindicare poſſint, *l. non tantùm* 10. §. *ſanè notum eſt*, *D. hoc tit.* Parum verò intereſt, an quis rem Principis adminiſtret, an rem fiſci. Nam & Diuus Marcus in Semeſtribus reſcripſit, eum qui res fiſci adminiſtrat à tutela, vel cura quandiu adminiſtrat excuſari poſſe: §. *item Diuus Marcus, hoc tit.* quod & de tributorum exactoribus ſcriptum eſt in *l. exactores* 10. *C. eod.* Itémque de menſoribus frumentariis, in *l. menſores* 26. *D. eo.*

Illud magis mirum eſt, quod libertinus qui Senatori patrono procurat, excuſationem habet ab aliorum tutelis, dummodò non tranſierit in ordinem ingenuorum, iure fortaſſis aureorum annulorum impetrato, vt Tryphoninus ſcribit in *l. cùm ex oratione* 44. §. *vlt. eod. tit.* Sed obſeruandum eſt ſolis maſculorum Senatorum, non etiam vxorum ipſorum libertis hoc priuilegium conceſſum eſſe, *l. ſpadonem* 15. §. *liberti, eod.* Nec pluribus libertis, ſi fortè plures ſint, ſed vni tantùm: *l. ne Senatorum* 13. *C. eo.* Nec enim tam facilè concedi potuit, aut debuit tanta immunitas.

ILLATIO IV.

De excuſatione quæ tutori creato competit ob vtilitatem pupilli.

QVartò ex eodem Principio noſtro fit, vt tutor creatus plerumque iuſtam habeat excuſationem, non ſolùm ob perſonæ ſuæ conditionem, ſed etiam ob commodum & vtilitatem pupilli; Quia cùm tutela ſit onus publicum & ciuile, non alia de cauſa inductum, quàm vt pupillorum ſaluti & vtilitati pleniſſimè conſulatur, fieret omnino contra mentem ciuilis Legiſlatoris, ſi is tutor daretur, aut curator, qui neque tutelam, neque curam adminiſtrare poſſet, niſi cum incommodo & diſpendio pupilli, vel adulti. Et hæc ſanè omnium iuſtiſſima excuſatio eſt, vt ſuprà iam attigi: Ne alioqui quod fauore pupillorum & adultorum conſtitutum eſſet, in ipſorum odium retorqueretur, contra *l. quod fauore* 6. *de legib. l. nulla* 25. *D. eod. l. penult. C. ad SC. Trebell.* Multa verò ſunt excuſationum capita quæ ad hanc vnam cauſam referuntur: ſed iſta potiſſimùm, ſi quis ob ætatem excuſari velit, ſi ob paupertatem, ſi ob valetudinem, ſi ob litem, ſi ob inimicitias, ſi denique ob imperitiam & ruſticitatem, De ſingulis verò dicendum eſt ex ordine, ea ipſa methodo, quam in præcedentibus tenuimus.

De

De excuſatione ob ætatem.

EXcuſantur à tutela & curatoria, qui ſeptuaginta annos compleuerunt : *§.item maior 13. hoc tit.l.2.in princip. D.eod l.vnic.C qui ætat.ſe excuſ.l.qui filium 74.§.1. D.ad SC. Trebell.l.3 C. qui ætat.vel. profeſſ lib.10.tit.49.l.& qui originem 3. §. quamuis maior.6. & §. cura frumenti 12. D.de muner. & honor. l. maiores 3. D.de iur. immunit.* vbi dicitur debere quem eſſe maiorem annis ſeptuaginta, nec ſufficere, vt iam qui ingreſſus ſit annum ſeptuageſimum, ſi nondum egreſſus ſit; quia non poteſt dici maior ſeptuagenario qui annum adhuc agit ſeptuageſimum. Nec tantùm à tutela & cura excuſatur ſeptuagenario maior, ſed & multò magis à reliquis muneribus ciuilibus; idque non tam veneratione ſenectutis, quæ ſemper in ciuitate Romana venerabilis fuit, & eundem penè honorem meruit qui Magiſtratibus tribuebatur, vt ait *l. ſemper 5. in princip. D. de iur. immunit.* (Senectus enim eſt etiam priuſquàm ſeptuageſimus annus completus ſit, *l. non aliter 99.§. 1. de leg. 3.*) ſed quia difficile eſt, vt in ea tam graui & prolixa ætate poſſit quiſquam alienis negotiis ſupereſſe, qui nec ſuis ſupereſſe poteſt, vt proinde dubitandum non eſſet, quin & pupillus damnum paſſurus eſſet, & Reſpublica, ſi vel tutela, vel quoduis aliud munus publicum ei qui ſeptuaginta annis maior eſſet, committeretur: *l.penultim.§.vltim. D. hoc tit.*

Quod cùm ita ſit, mirum ſanè videtur quod Modeſtinus ſcribit in *dicta lege 2. in princip. eod.* Exceſſiſſe oportere ſeptuaginta annos tempore illo, quo quis creatur, aut quo hæreditatem ſcriptus hæres adiit: ſi de teſtamentaria tutela loquamur, aut denique quo conditio quæ teſtamento inſerta eſt completa ſit, non autem intra tempora excuſationis. An non enim abſurdum & inconueniens futurum eſt, vt male adminiſtretur res ſiue pupilli, ſiue publica, ſi ei credatur adminiſtratio qui tùm impleuerit annum ſeptuageſimum, tametſi neque creationis, neque aditionis, neque impletæ conditionis tempore annum illum exceſſiſſet? Quid vero poteſt impedire excuſationem quandiu res integra eſt intra tempora proponendæ excuſationis? Sed dicendum eſt in huiuſmodi cauſis quæ ad ius publicum pertinent, neceſſariò debuiſſe ius ita conſtitui, vt certum eſſet: Nihil enim eſt quod à iuris noſtri dignitate tantopere abhorreat, quàm vt incertum exiſtimetur, *l.1. D.de iur.& fact.ignor.* Non aliter autem certum ius eſſe poteſt, cùm de ætate quæritur, quàm ſi tempora de momento in momentum computentur: *l.3 § minorem, D.de minor.l. 1. D.de manumiſſ.* Momentum igitur aliquod conſtitui neceſſe fuit, quo inſpici oporteret, an tutor creatus qui ſe excuſare vellet, ſeptuageſimum annum impleuiſſet. Illud verò inſtans non potuit conſtitui tempore ipſo excuſationis inſpecto. Quiſquis enim ob ætatem excuſari vult, eum neceſſe eſt iam ætatem illam impleuiſſe, priuſquàm de excuſatione quæri oporteat. Prius enim eſt, vt excuſatio nata ſit, quam vt de proponenda excuſatione tractari poſſit. Non ergo poteſt naſci excuſatio ætatis iam completæ, ob id ſolùm quòd intra tempora proponendæ excuſationis complementum ætatis superuenerit.

Rectè igitur conſtitutum eſt, vt oporteat impletos eſſe annos ſeptuaginta, vel ipſo creationis tempore, quod maximè inſpici ſolet cùm de excuſatione quacumque agitur: *dict.leg.2.§ oportet, & §.numerum* Vel ſaltem eo tempore quo aditur hæreditas, ſcilicet ſi de teſtamentaria tantùm tutela, non de alia loquamur, quia nec dies tutelæ teſtamentariæ cedit ante aditam hæreditatem: *l.pen.§.1.eod.tit.* Vel denique eo tempore quo teſtamentariæ tutelæ conditio extiterit, ſi data ſit ſub conditione, quo etiam modo dari teſtamento poteſt, quia conditionalis tutelæ teſtamentariæ dies, nec prius cedere poteſt quàm conditio extiterit, licèt iam adita hæreditas ſit, nec rurſus ex die conditionis exiſtentis ante aditam hæreditatem, vt iam alio loco à nobis dictum eſt in præcedentibus, cùm egimus De excuſatione ob tutelas.

De excuſatione ob imbecillam nimis ætatem.

QVemadmodum autem tam longa & prolixa ætas excuſationem præbet à tutela, Sic & ea quæ nimis imbecilla eſt, vt loquitur Calliſtratus in *l.5.§.penult.D.de iur. immunit.* qualis ea eſt, quæ minor eſt annis viginti quinque; imbecilla ſcilicet conſilio: vt è contrario ætas excedens annum ſeptuageſimum, debilis eſt & imbecilla corpore: *l.2.§ quem ita ſenio, D.de vacat.& excuſ. mun.* iunct. *l.1. D. de minor.* Egebant igitur olim minores excuſatione, *d. §. item maior. hoc tit.* vt non moleſtarentur, quomodo loquitur Modeſtinus in *l.non ſolùm 10.§.ſi libertus, D. eod.* Addens interim alterum in locum eius creari curatorem oportere: ſiue teſtamento datus ſit tutor impubes, aut minor; fortaſſis libertus, à patrono; ſiue etiam legitimus tutor ſit, quem impuberem eſſe contingat. Etſi enim legitimi tutores excuſari non ſolent, neceſſitas tamen facit, vt in eius locum dari curatorem oporteat. Sed cùm ita ius vetus ſe haberet, Iuſtinianus noſter id non malè correxit in *l.vlt.C.de legit.tutel.* vbi conſtituit, vt nec pupillus, nec adultus poſſit vocari ad tutelam nequidem ad legitimam, quòd abſurdum ſit & inutile, illos qui alieno auxilio in rebus ſuis adminiſtrandis egere noſcuntur, & ab aliis reguntur, aliorum tutelam, vel curam ſubire. Nec enim fieri poteſt quin fœda & nominum & rerum confuſio inducatur, vt ſcriptum eſt in *d.l.vlt.* Ab honoribus ſane ætas non excuſat, vt neque numerus liberorum, *l.in honoribus 8. D. de vacat. & excuſ.muner.* Niſi quod Cuiac.ad *l.2.hoc tit.* notat. Ab honoribus annos ſexaginta excuſare in Vrbe: Ab honore autem Decurionatus excuſare annos quinquaginta quinque, de quo iam aliquid in præcedentibus diximus. De variis ætatum diſtinctionibus, & definitionibus, vide Cuiacium *ibidem.*

l.in honoribus 8. de vacat. & excuſ muner.

De probatione ætatis.

AEtatem porrò probari neceſſe eſt hoc caſu, vt in omnibus, ab eo qui allegat, quiſque ſuam intentionem in ea allegatione fundat: *l. 2. l.cum de ætate 13. D de probat.l. cùm te minorem 9. C.eod.l de ætate 43. D.ex quib.cauſ.maior.* Probatur autem vel ex ſcriptura natiuitatis, quas natales profeſſiones vocant, de quibus in *l.etiam matris 16.D.de proba.* iunct *l. ne epiſtolis 13. C. eod.* vel per teſtes, qui naſci & educari viderint, *l.2 C. de iis qui ven.ætat.impetr.* Vel ex aſpectu, *l.minor. 32. D.de min. l. 3.C ſi min.ſe maior.dixer.l.1.C. Greg.ſi maior fuer. probat.* vel aliis denique legiti-

Digitized by Google

mis demonſtrationem, vt loquitur Modeſtinus in *d.l.2.§.ætas autem, D. hoc tit.* de quibus nunc plura dicendi non eſt locus.

De excuſatione ob paupertatem.

HAbet etiam paupertas ſua priuilegia, ſed quæ captet, & ambiat nemo: Nam & propter paupertatem tribui debere excuſationem à tutela Imperatores voluerunt, *§. ſed & propter paupertatem, hoc tit.l.paupertas 7. D.eod.* At non quælibet paupertas habet hoc priuilegium, ſed illa ſolùm quæ tanta ſit vt tutor datus poſſit ſe probare imparem oneri iniuncto, vt lex ait. Quod Paulus in *l. poſt ſuſceptam 40. §. 1. eod.* ſic exprimit vt dicat paupertatem quæ operi & oneri tutelæ impar eſt, ſoleat tribuere vacationem. Etſi enim tutela non videtur ex eorum munerum perſonalium numero, quæ ſumptibus patrimonij damnúſque adminiſtrantis expediuntur, qualia ſunt ea quæ patrimonialia vocamus, *l. vlt. §. patrimonium, D. de muner. & hon.* Tamen neque pupillo vtile, neque honeſtum eſſet ad tutelam vocari eum, qui tam tenuis & exhauſtus eſſet, vt vix de ſuo victum ſuſtinere poſſet, præſertim ſi alij ſint qui conueniemtiùs creari poſſint, *arg. l. ſcripto 6.eod.* Quomodo enim fieri queat, vt pupilli rebus adminiſtrandis operam aliquam & diligentiam impendat tutor, qui victum ipſe ſibi quæritare compellatur: Sane excuſatio & immunitas quæ ob paupertatem tribuitur, nunquam perpetua, ſemper temporalis eſt. Nam ſi ex voto cuiuſque honeſtis rationibus patrimonium acceperit incrementum, æſtimabitur ſuo tempore an aliquis idoneus ſit, ſiue ad tutelam: ſiue ad alia publica munera, ad quæ fuerit creatus, *l.cura 4.§.deficientium, eod.tit.l.ab his oneribus 10.§.auctis, D.de vacat.& excuſ.muner.*

De excuſatione ob valetudinem.

ADuerſa quoque valetudo excuſat, & quidem non tantùm à ſuſcipienda tutela, ſed etiam à ſuſcepta, vt etiam ceptam adminiſtrationem deſerere quis impunè poſſit. At non quælibet valetudo, ſed ea tantùm quæ impedimento ſit, quominùs ſuis rebus ſupereſſe tutor poſſit, *l. non ſolùm 10 §.vlt.& l.ſeq.D.hoc tit.* vnde ſumptus eſt *§.item propter, noſtr.tit.* Nam cùm tutores non ad aliud obligentur, quàm vt circa rerum pupillarium adminiſtrationem adhibeant eandem diligentiam quam rebus ſuis diligens paterfamilias ex bona fide præbere debet, *l. à tutoribus 33.in princip.D.de admin tutor.* quis ferat vt tutor creetur, vel maneat is, qui rebus propriis ſupereſſe nullomodo poſſit? An non ea res pupilli vtilitates omnino læderet, tametſi tam locuples tutor eſſet, vt ab eo eiúſve fideiuſſoribus indemnitatem conſequi poſſet? *arg.l.ſuſpect.5.& ſeq.D.de ſuſpect.tutor.* Sed & an non eſſet longè iniquius ex ea cauſa morari in damno tutorem, cui nihil poſſet imputari?

Nec diſtinguemus an corporis valetudo fuerit an mẽtis & animi: ſed illud tantùm inſpiciemus, An ſiue corporis, ſiue aut creatũ mentis valetudo tanta ſit, quæ ab agendis rebus tutorẽ, aut creandũ prohibeat; vt ne ſuis quidẽ negotiis ſufficiat: Neceſſitati.n. ſuccumbendũ neceſſariò eſt, etiamſi libertus ſit is, cui tutela defertur, quique alioqui vix iuſtam vllam poteſt habere excuſationem: *l.liberos 5.C.hoc tit.* Ne impoſſibile munus tutelæ iniungatur, quod obiri ab eo non poſſit, idque cum incommodo pupilli & aduerſus ipſius vtilitatem, vt Tryphoninus ait in *l. penult. §. vlt. D. hoc tit.* Idque eſt quod Paulus ait in *l. poſt ſuſceptam 40.in princip. eod.* Poſt ſuſceptam tutelam cæcum, aut ſurdum factum, aut mutum, aut furioſum, aut valetudinarium deponere tutelam poſſe: *l.vnic.Cod.qui morbo:l.3. Cod. qui dar. tutor. poſſ.*

Diſtinguendum tamen eſt, an perperpetuus morbus ſit, an temporalis; vt perpetuus perpetuam excuſationem pariat, temporalis verò non niſi temporalem: *l. Idem Vlpianus 12.in princip. D.de vacat. & excuſ. muner.* vbi addit Vlpianus generaliter perpetuam excuſationem habere illos, qui aliqua de cauſa in perpetuum impediuntur ne operam illam dare poſſint ad quam vocantur, puta ſi quis etiam ſacerdotium nactus ſit, vt ab eo diſcedere ſine religione non poſſit. Ergo ſi quis ita ægrotus fuerit, vt oporteat eum non omnino dimitti à tutela, ſufficiet in locum eius dari curatorem interim, vt poſteaquàm ſanatus erit, recipiat tutelam, ſiue in corporis ægritudinẽ inciderit, ſiue in inſaniam: *d.l.non ſolùm 10.§.ſi quis ita,* Vt fieri ſolet & debet, quoties eius qui iam tutor aut curator datus fuit, temporalis tantùm excuſatio & vacatio eſt: *§.ſimiliter ead. leg.* In quo curatorum genere, id eſt eorum qui dãtur in locum excuſatorum, obſeruandum illud eſt, non durare illos vltra pubertatem, non magis quàm ſi tutores eſſent: *l. 2. C. in quib. cauſ.tutor habent.*

De excuſatione ob litem.

EXcuſatur etiam quis à tutela propter litem quam cum pupillo habeat, ſi fortè, vel de omnibus bonis, vel de maiore illorum parte controuerſia ſit, vel de aliqua hereditate: *§. item propter litem, hoc tit. l. propter litem 21.eod.* Nam cùm amiciſſimos & fideliſſimos quoſque eligi oporteat, ſiue à parentibus, ſiue à magiſtratu vt tutelæ onera & incommoda ſubeant alacriùs, *leg. amiciſſimos 36. eod.* Difficilè ſanè eſt, vt qui litem cum pupillo habet, vel de bonis omnibus, vel de maiore parte bonorum, vel de hæreditate aliqua, tam amicus ſit pupillo, vt pro eius commodis laborem ſuſcipere vllum velit. Tritum enim eſt, nimiúmque quotidiana rerum experientia compertum, litibus concordiam quæ anteà fuerat etiam inter amiciſſimos non modò diminui, ſed & penitus etiam diſſolui: odia verò & inimicitias generari. Propter quam cauſam ciuilis Legiſlator tanto odio lites execratur, vtpote qui ſciat non niſi concordiæ vinculo Rempublicam teneri & conſeruari poſſe.

§. item propter litem hoc tit.

l. amiciſſimos, 36.D. hoc tit.

Planè pro liticula, id eſt pro ea lite, quæ ſit de re parui momenti, non eſt æquum tribui excuſationem, ne per rem minimam rei maiori præiudicium fiat: *l.rei maiori 21. D.de except.* Magna autem res eſt tutela, quæ & publicum & ciuile munus eſt, à qua proinde non ſine magna cauſa excuſari quis debet; adeóque nec ſi plura excuſationum iura velit coniungere, vt ſimul iuncta poſſint apparere iuſta, quæ ſingula auxilium non præbent, *l.Spadonem 15.§.qui iura, D.hoc tit.* Atqui, inquies, non poteſt tutor pupillo ſuo autor fieri in rem ſuam, *l. 1. l.quod dicimus 7 D. de tutor. autor.* neque rurſum pupillus ſtare in iudicio ſine authoritate tutoris, vt neque adultus ſine autoritate curatoris, *l.1.§ in cauſis, l. 2. de admin.tutor.* Qui ergo fieri poteſt, vt inter pupillum & tuto-

tem,

rem, aut inter adultum & curatorem lis aliqua vel de minima re agitetur? Reſponſio facilis eſt dandum eſſe hoc caſu ſiue pupillo, ſiue adulto curatorem, ſi non alius ſit contutor qui autoritatem præſtare poſſit: *l. 1. & ult. Cod. de in lit. dand. tutore, vel curat.*

Sanè nec quantumcunque magna lis excuſationem præbere poteſt, ſi forte per calumniam euidentem inſtituta ſit, & ob hoc ipſum vt tutori, vel curatori nullam excuſationem aliam habeori immunitatem præbere poſſet: *leg. ſi duas 6.* aliàs *leg. athleta §. amplius autem. D. hoc tit.* Nec enim lis per calumniam inſtituta prodeſſe vnquam debet calumniatori, *leg. in ſumma 65. §. D. de condict. indeb.* Ergo ſi pupillum patruus in legitimum tutorem petitus contendat exhæredatum eſſe, & ſe hæredem ſcriptum; æquiſſimum eſt, imò neceſſarium dari pupillo alium tutorem recepta patrui excuſatione, quamuis legitimi tutores non ſoleant excuſari. Quinimò ſi nolit patruus excuſationem petere, cùm iam ſit tutor ipſo iure, remouendus eſt à tutela, vt alio tutore dato lis inter eum & pupillum expediatur: *l. ſi pupillum 10. D. hoc tit.* Sed etſi pupillo litem eſſe neceſſe ſit, non cum tutore ipſo, ſed cum ſorore, aut liberis ſororis pupilli, alius tutor æquè vel curator in locum tutoris dandus eſt, quia nec humanitatis, nec religionis ratio permittit, vt aduerſus ſororem, vel filios ſororis actionum neceſſitates tutelæ cauſa quis ſuſcipiat, cùm & ipſius quoque pupilli aliud exigere videatur vtilitas, ſcilicet vt eum tutorem potiùs habeat, qui ad eius defenſionem non inhibeatur affectu, vt eleganter ait *l. humanitatis 23. C. hoc tit.* id eſt qui nulla maiore erga alium affectione prohibeatur ne pupilli ſui defenſionem ſuſcipiat.

De excuſatione ob inimicitias.

IVſtior eſt ea excuſatio quæ ob inimicitias competit, quàm quæ ob litem, quia ex lite etiã de re graui, præſertim ſi de bonis tantum ſit, aut de maiore bonorum parte, non de capite vel exiſtimatione, præſumptio tantùm naſcitur odij & inimicitiarum: Nos verò nunc agimus de inimicitiis, quæ ſint non modò veræ, ſed etiam probatæ: cùm è contrario amiciſſimos eſſe oporteat eos, qui in tutores eliguntur. vt proximè dicebamos ex *l. amiciſſimos 36. D. hoc tit.* Sicuti tamẽ de lite diximus non ſufficere qualemcumque litem, vt excuſationem tribuat, & immunitatem, ſed oportere vt ſit vel de bonis omnibus, vel de maiori bonorum parte, Ita neque ſufficit qualiſqualis inimicitia, ſed ea demum quæ ſit capitalis, *l. ſi duas 6.* alias *l. athleta, §. dat remiſſionem, D. hoc tit.* ſiue capitalem intelligas, quæ ex capitali accuſatione orta ſit inter eum qui tutor petitur, & defunctum pupilli patrem; ſiue illam quam ſola mors alterutrius diremptura videatur.

l. amiciſſimos 36. D. hoc tit.

Sed hoc ad eos tantùm tutores pertinet, qui à magiſtratu dati ſunt, non ad teſtamentarios. Magnum enim ac propemodum irrefragabile argumentum eſt remiſſæ ac diſſolutæ inimicitiæ, ſi quis eum quem ante habuit inimicum, poſtea liberis ſuis teſtamento det tutorem: cùm tutor ferè alter pater ſit, & tutoria poteſtas quodammodo vicaria patriæ poteſtatis, vt diximus initio *Tit. de tutel.* Nam ſi poſt factum teſtamentum tutelámque datam ei, qui tunc amicus credebatur, ſuperuenerint capitales inimicitiæ, non poteſt dici maiorem teſtamenti anterioris, quàm poſteriorum inimicitiarum rationem habendam eſſe. Credendus enim potiùs eſt pater à priore voluntate receſſiſſe, ob eam cauſam quæ poſteà ſuperuenit, & quæ teſtamenti tempore ignorabatur: *l. in confirmando 8. cum duab. ſeqq. D. de confirm. tutor l. 3 §. ſi tutor, D. de ſuſpect. tutor*, Leuis planè ne offenſa, quæ ſuperuenerit, non nocet, ne quidem fideicommiſſo, *l. 3. §. ult. D. de adimen. legat.* Multò minus ergo nocebit tutelæ, quæ non ad honorem & commodum tutoris pertinet, vt fideicommiſſum; ſed ad onus ipſius, commodum verò pupilli.

Poteſt tamen interdum fieri vt inimicitia teſtamento antiquior ſit, nec per teſtamentum remiſſa & purgata intelligatur. Quid enim ſi inimicus inimicum mala mente & inimico animo tutorem dederit, id eſt ob hoc ipſum vt obligaret eum & ſupponeret debito ac negotiis? Non erit vſque adeò indulgendum malitiæ hominis, vt inimicitiarũ oblitus videatur, qui de vindicta eo tempore cogitauit: *d. § dat remiſſionem, l. 1. C. ſi propt. inimicit. § item ſi propter, & §. inimicitia; hoc tit.*

Illa verò ſemper iuſtiſſima excuſationis cauſa eſſe creditur, ſi quis ſtatus ſui controuerſiam paſſus ſit à patre pupilli, id eſt ſi pater pupilli eum in ſeruitutem petierit, *d. § inimicitia.* Nec enim grauior lis, aut inimicitia eſſe poteſt, quàm quæ eſt de ſtatu & de capite: *§ item is qui ſtatus 12. hoc tit.* Sunt enim iſta paria, Capitis accuſare, & in ſeruitutem petere; ita vt ex vtraque cauſa etiam ius patronatus amittatur: *l. qui cum maior. 4. D. de bon. libert.* Niſi in caſu *l. ſi inimicitia 9. D. de his quæ vt indig.* Quare nec aliud erit, ſi tutor datus controuerſiam ſtatus faciat pupillo, dummodò non per calumniam ea lis moueatur, ſed bona fide: *d. l. ſi duas 6.* aliàs *l. athleta, §. amplius autem.*

De excuſatione ob imperitiam & ruſticitatem.

EAdem ratio vtilitatis pupilli facit, vt mediocritas quoque & ruſticitas interdum iuſtam præbeat excuſationem, ſecundum epiſtolas Diuorum Hadriani & Antonini, vt ex Paulo refert Modeſtinus in *l. ſi duas 6.* & alias *l. athleta, §. vltim. D. hoc tit.* vbi tamen additur, Eius qui ſe neget literas ſcire non admitti excuſationem, ſi modò non ſit expers negotiorum. Tutela enim nomen rei & negotiationis eſt, non ſcripturæ & literarum: Videmúſque quotidie multos literarum penitus imperitos, nihilominus negotia & ſua & aliena benè prudentérque adminiſtrare.

Ex quo Iuſtinianus noſter in *§. ſimiliter eos, hoc tit.* ſcribit, Eos qui literas neſciunt excuſandos eſſe, quamuis, inquit, & imperiti literarum poſſint ad negotiorum adminiſtrationem ſufficere; de iis omnino accipiendum eſſe, qui non minùs negotiorum quàm literarum ſint imperiti. Niſi dicas cum Cuiac. ad *d. l. 6. §. Grammatici, in fine, hoc tit.* ius verus fuiſſe hac parte à Diuo Pio immutatum: quod tamen parum probabile eſt. Quamquam ea ratio ſuadere maximè videbatur, vt ſola literarum imperitia poſſet tribuere excuſationem, quòd actus ſui rationem tutores & curatores omnes conficere neceſſe eſt, vt poſſint eam poſtea ſine pupillo, ſiue contutori reddere: *l. 1. §. officio, D. de tutel. & ration. diſtrahend.* quod tamen ſine ſcriptura fieri nec commodè, nec vllo modo poteſt. Sed cùm non ſit neceſſe vt ipſius tutoris manu exaratæ ſint, & conſcriptæ,

§. ſimiliter eos, hoc tit.

Digitized by Google

ptæ, quid vetat conſcribi eas ab alio, dictati verò ab ipſo tutore qui geſſerit, vt proinde nec ab alio quàm ab ipſo confectæ dici poſſint? eam planè ſcripturam ſi a tutore ipſo fieri nequeat, certum eſt, pupilli ſumptibus fieri debere. Omnes enim ſumptus bona fide in tutelam facti, dum ne in tutorem ipſum, omnimodo præſtandi ſunt à pupillo, niſi cùm ab eo qui tutorem dedit, certum, ſiue ſolatium, ſiue ſalarium conſtitutum eſt, ex quo potuerit tutor & debuerit ſumptus illos protogare: *l. à tutoribus 33 §. vlt. D. de adminiſtra. tutor.*

Apparet etiam ex ſupradictis, quod de mediocritate ſcribit Modeſtinus ex Paulo in *d. l. 6. §. vlt.* non ad mediocritatem & tenuitatem patrimonij referendum eſſe, vt quidam volunt, ſed potius ad mediocritatem & tenuitatem induſtriæ, quæ non valde diſtet ab imperitia negotiorum, & ruſticitate. Sumpſit enim Paulus, & poſt eum Modeſtinus iſta pro ſynonymis, vt probant præcedentia illa & prima verba *§. De ruſticis autem & humilibus & illiteratis ſcribit Paulus ita.* Item quod in *l. ſeq.* ſcribitur de paupertate, tanquam omnino diuerſum quid, Paupertatem dare excuſationem. Nec enim tenuitas & mediocritas patrimonij excuſat a tutela, cùm nec paupertas ipſa excuſet, niſi quæ tanta eſt, vt tutorem faciat imparem oneri iniuncto.

ILLATIO V.

De excuſatione ob diuerſitatem conditionum.

QVintò ex ſupradicto eodem Principio noſtro fit, vt aliquando competat excuſatio à tutela, vel cura ob diuerſitatem conditionum, Puta ſi ingenuus libertino tutor detur, *l. 1. §. libertinis D. hoc tit.* vbi ſcriptum eſt, Libertinis pupillis ingenuos tutores vel curatores à Præſidibus dari non debere, niſi omnimodo libertinorum penuria ſit in illo loco. Libertinis enim libertinos ſolos dandos eſſe, & quidem qui ex eodem loco ſint, Diuus Marcus reſcripſit. Nempe quia cum tutelæ munus ſit publicum & ciuile, vt Principium noſtrum habet, Nemo neſcit quammaximè intereſſe publicè, vt conditionum diſtinctio ſeruetur ſuaque cuilibet ciuium conditioni dignitas & prætogatiua; maximè verò vt ingenui dignoſcantur a libertinis: *l. 1. § ſed etſi ſeruus, D. de inſpic. ventr. l. 1. & tot. tit. D. ſi ingen. eſſ. dicet. l. diffamari 5 & tot. tit. C. de ingen manumiſſ.* Etſi libertinos ingenuis tutores dari nihil prohibet. Ne ſi aliter obſeruetur, inducamus æqualitatem inter eos inter quos conditionum diuerſitas inducit potiùs inæqualitatem. *l. 1. §. libertinus D. hoc tit.*

Non tamen vſque adeò prohibitum eſt, vt libertino pupillo ingenuus tutor detur, vt non ſit ei neceſſaria excuſatio: debet enim excuſari, *l. cùm ex oratione 44. D. hoc tit.* Alioqui tutor manebit & perſeuerabit, ſiue nullomodo ſe excuſauerit, vt in *l. pupillo 27 §. 1. D. de tutor. & curat. dat.* ſiue excuſationem fortaſſe tardiùs & extra tempora propoſitam iudex admittere noluerit, & nihilominus tutor iudicato acquieuerit. Hoc enim facit autoritas rei iudicatæ: *l. 3. C. eod.* Itémque fauor pupilli ne incertum ſit an tutorem habeat, an non: *l. .. hoc tit. D.*

Excipimus tamen caſum illum *Niſi libertinorum penuria ſit in illo loco.* Nimirum ex generali regula *l. vt gradatim 11. § quotiès penuria ſit, D. de muner. & honor. l. 2. C. qui ætat.* vbi dicitur etiam minores vigintiquinque annis adſtringi muneribus ciuilibus cùm penuria eſt ciuium. Requirimus autem, vt libertinus, cui tutor datur, ſit & ex eodem loco, etiamſi detur à Præſide prouinciæ, contra quam putet Cuiac. ad *l. 5. huius tit.* Ne ſi ex alio loco euocetur, incommodo aliquo patronus afficiatur. Quod non perinde poteſt dici de ingenuis, de quibus accipe *l. 10. D de tutel. l. diui 24. de tut. & cur. dat.*

De illo qui ius annulorum impetrauit, ſi datus ſit tutor libertino.

AT quid ſi non ingenuus tutor libertino datus ſit, ſed is qui ius annulorum impetrauerit: Eandem habebit excuſationem, quia licet ingenuus non ſit, ingenuitatis tamen iura omnia nactus eſt, *l. 1. & tot. titu. D. de iur. aureor. annul.* Et ab Imperatoribus reſcriptum eſſe teſtatur Tryphoninus in *dict. l. cùm ex oratione 44. in princip. D. hoc tit.* Ergo, inquit, ſi pupillo libertino habenti ius annulorum datus ſit ingenuus tutor, vel curator conſequens eſt, vt excuſatio eius ob hanc conditionum diuerſitatem accipi non debeat. Nulla enim conditionum diuerſitas eſſe intelligitur inter eum, qui ingenuus natus, & eum qui ingenuitatis iura nactus eſt; quamuis hic reuera non tam ſit ingenuus, quàm habeat iura, & honorem ingenuitatis. *l. cùm exoratione 44 in prin. hoc tit.*

At ſi antequàm pupillus vel pubes minor annis vigintiquinque ius annulorum acciperet, Lucius Titius ei datus tutor vt ingenuus excuſatus fuerit, maior dubitatio eſt, an poſt impetratum à pupillo vel minore beneficium, denuò eidem tutor curatórve dari poſſit, videtur enim prior excuſatio debuiſſe perpetua eſſe, non temporalis. Sed non ita eſt; Nam imò verò tutor dari poſtea poterit ſuo loco & tempore: Exemplo eius quod placuit & reſcriptum eſt in eo, qui tempore, quod intra annum erat, ex quo reipublicæ cauſa abeſſe deſierat, excuſatus fuit, ſcilicet præterito anno ipſum ſuo loco dari poſſe. Ceſſante enim cauſa excuſationis ipſa quoque ceſſare debet excuſatiò, vt in ſuperioribus diximus, ex *l. ſi duas 6.* aliàs *l. athleta §. gentium, l. idem Vlpianus 15. eod. D.*

Rurſum pone libertinum hominem qui Senatori patrono procurat impetrare ius annulorum, atque ita tranſire in ordinem ingenuorum; an habebit excuſationem ab aliorum tutelis, quomodo habent liberti cæteri, qui Senatoris rem & patrimoniū adminiſtrant, in *l. ſpud. 15. §. libert. 8. eod. tit. l. ne Senat. 13. Cod. eod. l. libert. 17. §. 5. D. ad municip.* Minimè, quia nec libertus aut libertinus dici amplius poteſt qui tranſit in ordinem ingenuorum: *d. l. cùm ex oratione, §. vlt.* Si tamen libertus hic, qui annulorum ius impetrauit, datus ſit tutor liberis patroni ſui, non habebit excuſationem quaſi ingenuus, ſed pro libertino hac parte habebitur: *l. libertum 14. § ſed etſi, eod.* Ne ſcilicet excuſatione vtatur contra eum qui dedit ei vt excuſare ſe poſſet, *arg. l. 4. C. de obſeq. patron. praeſt. l. filis 7. D. vt legat. ſeu fideicom. ſeruand. cauſ. caueat.* Sic apud Senecam *lib. 3. De benef.* Quicquid eſt quod dat patri filius, vtique minus eſt, quia hanc ipſam dandi facultatem patri debet. Et hæc vera ratio eſt, non quam affert Cuiac. ad *l. 1. huius tit.* vt datio teneat, ita enim ſequeretur libertum, qui impetrato iure annullorum datur eſſet tutor pupillo libertino, non poſſe ſe excuſare; quod *l. 1. D. de va. & ex. tutel. muner.*

etſi

etſi ita eſſe defendit idem Cuiacius, contra Accurſium, Pugnat tamen ex diametro cum *d.l. cum ex oratione 44 in princip.*

ILLATIO VI.

De excuſatione ob pœnam.

SExtò ex eodem Principio noſtro fit, vt poſſit & debeat tutor interdum ob pœnam quoque excuſari, puta ſi in perpetuum exilium datus ſit, *l. planè 29. D hoc tit.* Nam cùm tutela ſit munus publicum & ciuile; Publicè autem intersit præcipuè, vt & delicta vindicentur, & culpam, vt ille dicebat, pœna premat comes: *l. ita vulneratus 51. §. vlt. D. ad leg. Aquil. l. à reo 70 §. vlt. D. de fideiuſſ.* Ideòque vt rerum iudicatarum executio ſequatur, tùm quoque cùm malè ac perperam iudicatum eſt; *l. ſeruo 65. § cùm prætor, D. ad SC. Trebell.* conſequens eſt, vt ſi quis pro crimine ad pœnam aliquam condemnatus ſit, nou debeat illi prodeſſe ad eam euitãdam quòd tutor datus ſit; Præſertim cùm in locum excuſati tutoris, alij plerique idonei dari poſſint: pœnas verò publico exemplo dare non alij, quàm qui deliquerunt: *l. ſancimus 22. C. de pen.* Eſt igitur hæc quidem excuſatio, ſed non tam immunitas dicenda, quam non impunitas, ne ſcilicet impunè ferat qui delictum amiſit, quamuis tutor fiat, nec in honorem tribuitur, vt neque illa de qua in *l. 5. §. conductores, D. de iur. immunit.* ſed in pœnam, & ob pœnam, Proinde ſi pœna poſſit cum tutela ſubſiſtere, neque pœna tribuet immunitatem, neque tutela impunitatem, vt puta ſi qui ad tempus exulare ſit iuſſus, Non enim excuſari hunc oportebit ſed per tempus exilij alium in locum ipſius curatorem dari: *l tutor. pemius 28. § vlt. D. hoc tit.*

De temporibus excuſationum.

HActenus de cauſis excuſationum diximus, ſupereſt iam vt de excuſationum temporibus dicamus.

ILLATIO VII.

De neceſſitate proponendæ excuſationis intra legitimum tempus.

SEptimò igitur ex eodem Principio noſtro fit, vt illi etiam qui iuſtam habent à tutela vel cura excuſationem, ob aliquàm ex iis cauſis de quibus hucuſque egimus, non aliter tamen audiendi ſint quàm ſi intra conſtituta tempora iudicem adeant vt ſe excuſent. Nam cùm tutela ſit munus publicum & ciuile, ad quod obeundum proinde tenentur omnes niſi qui habent excuſationem, non eſt cuiquam credendum prætendenti excuſationem ſine iudice, Ne alioquin ſi paſſim, & ſine vllius temporibus præfinitione prout cuique libuerit permiſſum ſit ſe excuſare, non repetixntur qui tutelas aliaque munera publica neceſſaria in rebus publicis
l.1. D.de vacat. & excuſ. munier. obeant: *l. 1. D. de vacat. & excuſat. muner* qui locus etſi non ſpecialiter eſt de tutelis, ſed generaliter de publicis omnibus muneribus; aptiſſimè tamen conuenit tutelis & curis, vel hoc ipſo quòd munerum publicorum appellatione continentur.

Et hoc eſt quod Modeſtinus ait in *l. ſcire oportet 13. §. 1. D. hoc tit.* Multa obſeruari oportere vt concedatur tutores vel curatores cauſas remiſſionis tribuere. Oportere enim eos conſtituto legibus tempore ad iudicem accedere. Eſt autem hoc tempus regulariter quinquaginta dietum, *l. quinquaginta dies 6. Cod. eod.* Sed tamen alia atque alia tempora pro locorum varietate ſunt conſtituta: quæ omnia ſupradicto loco proſequitur Modeſtinus. Primùm autem ait, eum, qui in ipſa ciuitate eſt vbi creatur, vel intra centeſimum lapidem à ciuitate, debere intra quinquaginta dies excuſari, poſtea verò non admitti, ſed teneri ad ſollicitudinem. Nocet enim illi quandocunque poſtea ſe excuſare volenti præſcriptio temporis. Vt ſit in eadem cauſa, in qua eſſet, ſi apparuiſſet proprio periculo ipſum negligere, id eſt ſi agnitâ tutelâ ceſſaſſet nihilominùs in adminiſtratione, quod non niſi proprio ſuo periculo facere poſſet, *l. pro officio 20. C. de admin. tutor. l. tutor vel curator 20. D. eod.* Nec proinde vlla ei via relicta erit ad excuſationem. Qui autem ſupra centum miliaria à ciuitate abeſt, viginti miliaria habebit numerata in vnamquamque diem, à quo tempore cognouerit ſe datum tutorem, ſiue à teſtatore, ſiue à Præſidibus; & extra hoc tempus, alios triginta dies habebit ad excuſationem. Oportet autem manifeſtari tutori à Præſidibus quod tutor datus, idque vel in faciem, vel ad domum; & quidem intra diem trigeſimum, vt Diuus Marcus reſcripſit, ſcilicèt ſi peregrè agant qui tutores vel curatores dati ſunt: *l. vlt. D. de tutor. & curat. dat.* l. tutor vel. curator 20. D.de adm tutor.

Hoc autem non ad eos tantùm tutores & curatores pertinet qui dati ſunt à magiſtratu, ſed etiam ad teſtamentarios ſiue tutores, ſiue curatores, Non quia teſtamento curatores dari poſſint ſed quia inutiliter quoque datos confirmari à magiſtratibus conſuetum eſt: *l. 1. & tot. titul. D. de confirm. tutor.* Et hic Modeſtini ſenſus eſt in *verſicul. hoc autem conuenit*, non quem illi putant, qui ex eo inferunt etiam teſtamentarios tutores ritè datos confirmari. Quod nos *in Erroribus pragmaticorum* refutauimus.

Sed an & legitimis tutoribus idem conueniet? Nec enim poſſe videntur illi ſe excuſare, Niſi eo caſu quo etiamſi non ſe excuſarent, tamen inuitis iis alius vel curator in eorum locum dandus eſſet, ſi excuſationis cauſa eſſet temporalis, vt in *l. non ſolùm 10. §. ſi libertus, D. hoc tit.* vel tutor perpetuus, remoto in perpetuum legitimo, vt in *l. ſi pupillum 30 eod.* Nimirum ita ferente ac ſuadente vtilitate, non ipſius tutoris legitimi, ſed pupilli. Verius tamen eſt legitimos quoque excuſari poſſe, *d. l. ſi pupillum, l. ſi ſorores 9. C. qui dar. tutor.*

De computandis diebus datis ad proponendam excuſationem

SEquitur apud Modeſtinum, id quod proximè dictum eſt ex Diui Marci conſtitutione, ei qui vltra centum miliaria habitat, in vnamquamque diem numeranda eſſe viginti miliaria, & extra hoc adiici oportere triginta dies alios ad excuſationem; non ita ſimpliciter & abſolutè verum eſſe, ſed cum temperamento, iuſtàque interpretatione, ne alioqui abſurdum ſequatur. Quid enim ſi euius habitatio abſit centum & ſexaginta miliaribus. An octo tantùm & triginta miliariorum nomine in vnáquamque diem viginti milliariis numeratis, Triginta verò ad faciẽdam excuſationem? Atqui ita fiet, vt deterioris conditionis ſit qui longius habitat, quàm ſi intra cẽtum mil-

liaria

liatia habitaret, aut in ipſa ciuitate. Huic enim ſemper quinquaginta ſpatij dies ſunt. Illi verò eſſent pauciores. Hoc verò abſurdum eſſet, & contra propoſitum, mentémque conſtitutionis, quæ melioris conditionis eſſe voluit illum, qui longiùs habitaret. Ergo ne abſurdum hoc eueniat dicendum eſt ita interpretandam conſtitutionem, vt numquam alicui detur tempus minus ſpatio quinquaginta dierum; Tunc autem longius tempus dandum ſit, cùm annumeratio dierum, qui in viam computantur, adiectis triginta diebus quos dat conſtitutio ad excuſationem, excedit quinquaginta dies; vt puta ſi ponas aliquem in eo loco habitare qui diſtet à ciuitate quadringentis quadraginta miliariis: Hic enim viæ quidem habebit dies viginti duos; ad excuſationem verò alios triginta: qui numerus quinquaginta dies excedet.

Nec ſanè pugnat hæc interpretatio cum verbis conſtitutionis, ſed quod verbis deeſt ſupplet commodiſſimè ex mente conſtituentis, quod fieri etiam à Prudentibus poteſt, quomodo in propoſita ſpecie factum eſſe à Scæuola, Paolo, & Vlpiano teſtatur Modeſtinus: Alioqui manca Prudentium autoritate, vel ſeruanda eſſet conſtitutio quantumuis dura, vt in *l. proſpexit 12. D. qui & à quib. manumiſ.* vel noua Imperatoris lege aliqua & conſtitutione eſſet corrigenda, vt in *l. 1. C. de legib.* Simile quiddam eſt, ſed audentioris interpretationis apud Papinianum in *l. 3. in princ. De vſur.* de cuius ſententia ſcripſimus *lib. 7. Coniect. cap. 1.* *l. 3. in princip. D. de vſur.*

De illo qui intra conſtitutum tempus vnica tantùm ſpecie excuſationis vſus eſt.

CVm verò hoc temporis ſpatium obſeruare omnes debeant, qui qualitercumque excuſantur à tutela, vel cura, nec ſolum ſi in totum excuſentur, ſed & ſi pro parte, non quidem tutelæ quæ indiuidua eſt, ſed adminiſtrationis, quæ diuidi commodè poteſt, *l. inter tutores 36. D. de adminiſtr. tutor.* vt in *l. illud 19. & l. propter litem 21. §. licèt D. hoc tit.* Conſequens eſt, vt ſi quis ſpecie aliqua excuſationis fuerit vſus intra conſtitutum tempus, non aliter audiendus ſit aliam proponere volens, quam ſi idem tempus obſeruet, *d. l. ſcire oportet, § obſeruabunt, & ſeq.* Hoc enim eſt quod Vlpianus ſcribit in *d. l. propter litem, §. 5.* Eum qui ſe vult excuſare ſi plures habeat excuſationes, & de quibuſdam non probauerit, aliis quidem vti non prohiberi, ſed intra tempora; ne quis fortè putet ſingulis excuſationibus ſingula temporis ſpatia data eſſe. Addenda tamen eſt exceptio quam addit Modeſtinus, *niſi fortè alterius alicuius ciuitatis eſt ciuis.* Nam qui neque ciuis, neque incola eſt, cùm non ſit ſuppoſitus iuriſdictioni Magiſtratus, apud quem proponenda eſſet excuſatio, ſicut non habet neceſſitatem ſe excuſandi, cùm ipſo iure non teneatur, *l. 1. §. vlt. D. de tutor. & curat. dat.* ita neque conſtituta excuſationum tempora obſeruare cogitur, vt idem Modeſtinus explicat pluribus in *d. l. ſcire oportet, §. vlt.*

De illo qui per imperitiam magiſtratus fuit abſolutus ob excuſationem propoſitam poſt legitimum tempus.

ADeò autem neceſſe eſt cuſtodiri conſtitutum tempus, vt etſi dimiſſus atque abſolutus fuerit per Magiſtratus inſcitiam ille, qui poſt tempus ſe excuſauit, non ideò liberetur, nec eo minùs tutor maneat, qui ſemel ita tutor fuit, vt deſierit poſſe & debere excuſari: *d. l. ſcire oportet, §. ita verò* Quamuis è contrario ſi is qui iuſtam habuit excuſationem, eámque intra tempora allegauit, per iniuriam iudicis retentus ſit in tutela, cogendus eſt iniunctum munus implere ſi acquieuerit iudicato: *l. 3. C. eod.* Nempe quia tutor cui à iudice facta eſt iniuria, poteſt prouocare ſi velit, debétque ſibi imputare ſi nõ prouocauerit. *d. l. ſcire oportet, §. ita verò.* At iniuria quæ fit pupillo per admiſſam à Iudice poſt tempora excuſationem, quam admittere nullo modo debuit, non ita facilè corrigi, neque pupillo ipſo appellante, neque alio volente pro eo appellare: Et ideò intactam & illibatam ipſo iure pupilli cauſam à lege ſeruari æquum fuit, ſi quid aduerſus eius vtilitatem factum eſſet à Magiſtratu contra leges, in admittenda poſt tempora excuſatione: *arg. l. vlt. C. in quib. cauſ. reſtit. in integr. non eſt neceſſ.* Proinde ſi quis alius ab eodem Magiſtratu creatus tutor ſit in locum huius malè excuſati, reſcriptum meritò eſt ab Imperatoribus non debere hunc in tutela detineri, quamuis nec à creatione ſua appellauerit, quaſi qui nec volens tutor eſſe poſſit eius pupilli qui iam alium tutorem habeat, *d. §. ita verò*, ſcilicet propter repugnantiam quæ eſt ex parte rei, vt loquuntur Philoſophi, quæ repugnantia impedit ne res iudicata pro veritate haberi poſſit, cùm nequeat res iudicata facere poſſibile id quod eſt impoſſibile: Quale eſſe cenſetur quicquid eſt contra leges: *l. filius 56. D. de condit. inſtit.* iunct. *l. ſi ſororis 9. C. qui tutor. dar. poſſ. l. cùm iure 9. C. qui pet. tutor. l. licèt 4. C. in quib. caſib. tutor. habent.*

De neceſſitate quam tutor habet allegandi ſpecialiter cauſam excuſationis & remiſſionis.

POrrò non ſufficit, vt quis accedat ad iudicem ad ſe excuſandum, ſed oportet vt ſe excuſet, cauſamque excuſationis & remiſſionis ſpecialiter alleget, ita vt ſi multa iura habeat, id eſt varias excuſationis cauſas, omnia iura omnéſque cauſas nominare debeat: Alioqui ſimilis fiet ei qui nequaquam acceſſerit ad ad iudicem; vel qui acceſſerit quidem, ſed iuſtam remiſſionis & excuſationis cauſam nullam attulerit: *§. ſcire autem oportet, d. l. ſcire.* Quid enim refert an quid nullo modo fiat, an verò malè fiat & perfunctoriè, ac dicis vel puritatis cauſa, quomodo loquitur Vlp. *l. 2. §. 1. D. qui pet. tutor. l. 4. D. commod. l. quoties 6. D. qui ſatiſd. cogant. l. 2. D. de autor. tutor.* Sufficit ſanè vt intra conſtitutum tempus tutor ſe excuſauerit ſolùm: Nec requiritur vt intra illud tempus admiſſa ſit excuſatio, ita vt ſi tutor nolẽs poſtea deſierit, id eſt ſi inuitus deſtiterit à perſequenda excuſatione, ad alia fortaſſe negotia vocatus, non quòd ab excuſatione vellet diſcedere, non ei nocebit quandocumque poſtea eandem excuſationem repetenti etiam poſt tempora, nec præſcriptione temporis repelletur, *§. ſufficit autem, ead.*

leg

leg. Planè ſi volens & vltrò deſierit proſequi excuſationem, ei nocebit, quaſi qui in ea perſeuerare noluerit; fortè quod improbam & illegitimam illam eſſe ſciret, aut ſuſpicaretur: *arg. l. deſtitiſſe* 10. *D. de iudic. l. mora* 32. *D. de vſur.* Multò magis ei nocebit, ſi ſe tantùm repræſentauerit intra conſtitutum tempus apud iudicem, nec tamen permanſerit poſtea vt ſe excuſaret: perinde enim poſt conſtitutum tempus repelletur præſcriptione, ac ſi nunquam ſe repræſentaſſet: *dict. §. ſufficit, in fin.* quia ſcilicet minùs hic fecit quàm ſi ſe excuſaſſet in genere, nulla allata in ſpecie cauſa excuſationis: Quo tamen caſu iam diximus nihil ei profuturum: *d. § ſcire.*

De illo qui ob aliquam iuſtam cauſam non potuit intra conſtitutum tempus ſe excuſare.

QVid ergo ſi quis propter ægritudinem, vel aliam neceſſitatem, putà maris, vel hyemis, vel incurſus latronum, aut quam aliam ſimilem, non potuerit intra conſtitutum tempus venire? Ignoſcendum ei eſt; quia nemo caſum fortuitum præſtare cogitur, nec vim illam maiorem cui reſiſti non poteſt: *l. 2. §. ſi quis iudicio, & ſeq §. vis fluminis, D. ſi quis cautio. l. contractus* 23. *De regul. iur.* At quamquam non alia huius rei probatio quærenda eſt, quàm quæ ex ipſa naturali iuſtitia proficiſcitur, quia ſcilicet naturalem intellectum habet, vt loquitur Papinianus in *l. cui pacto* 5. *D. de ſeru. export.* addit tamen Modeſtinus extare conſtitutionem Imperatorum Veri & Antonini, quæ hoc ipſum dicit.

De qualitate temporis intra quod proponenda eſt excuſatio; An continuum ſit, an vtile.

AN verò continui erunt iſti quinquaginta dies, an vtiles? Et ait Modeſtinus in *§. quinquaginta, ead. leg.* continuos eſſe, non vtiles: numerandos tamen ex die tantùm cognitionis, id eſt quo quis cognouit ſe tutorem datum eſſe; ſiue manifeſtatum ei ſit à Præſidibus vel in faciem, vel ad domum, vt ſuprà diximus; ſiue aliunde id cognouerit. Nec enim refert vnde, dummodò ſciuerit. Erit ergo hoc tempus ex poſtfacto quidem continuum, ſed ab initio tamen vtile, cùm non incipiat currere niſi à die ſcientiæ: vt & de quadriennio illo dici ſolet, quod Iuſtinianus induxit & ſubſtituit in locum anni vtilis, qui dabatur olim ad petendam reſtitutionem, de quo in *l. vlt. C. de tempor. in integr. reſtit.* Nec enim ſanè æquum eſſet currere tempus ignoranti, cui nihil poteſt imputari, *l. cum ſex* 55. *D. de ædilit. edict.*

§ quinquaginta eiuſdē leg. ſcire oportet.

De forma proponendæ excuſationis.

AT quænam forma erit & proponendæ & admittendæ excuſationis? Proponenda eſt ante tribunal, vel aliter in ſubmemorationibus, quod Gallicè ſic efferri meo iudicio poteſt, *en audience, ou au parquet*: Nec poteſt quis ſe excuſare per libellos, *l. excuſare* 25. *D hoc tit.* quia cùm omnis excuſatio, cauſæ cognitionem decretúmque magiſtratus deſideret, *l. 1. D. de vacat. & excuſ. muner.* conſtat nihil eorum quæ cauſæ cognitionem deſiderant per libellum expediri poſſe, vt nec quoties decretum eſt neceſſarium: *l. nec quicquam* 9. *§. 1. D. de offic. proconſ. l. 1. §. abolitio, D. ad SC. Turpill. l. omnia quæcumque* 71. *l. vbicumque* 105. *de regu. iur.* Poteſt tamen libellos dare ad conteſtandam excuſationem ſummouendæ præſcriptionis gratia, quamuis non niſi pro tribunali diſceptetur, excutiatur, & recipiatur excuſatio. Sic enim accipiendum eſt quod Modeſtinus ſcribit in *dict. l. ſcire §. oportet*, ne pugnet ille cum Vlpiano in *dict. l. excuſare.*

d. l. ſcire §. oportet.

Ego tamen addo, Etiam ad fines conteſtationis & ſummouendæ præſcriptionis, requiri vt tutor libellos offerens accedat ipſe ad iudicem, & ſe repræſentet, vt ipſe det libellum, nec ſufficere vt id faciat per procuratorem, *dict. §. ita verò, & dict. §. ſcire.* Eſt enim excuſatio tutelæ, ſicut & ipſa datio, actus legitimus qui non poteſt fieri per procuratorem, non magis quàm in diem, aut ſub conditione, *l. nemo alieno* 123. iunct. *l. actus legitimi* 77. *de regul. iur.* licèt Cuiac. contra Accurſium aliter putet, ad *l.* 83. *D. hoc tit.* Alioqui non eſſet quærendum an valetudine, aut vi tempeſtatis, aut qua alia de cauſa impeditus quis eſſet, ne veniret ad iudicem ſe excuſatum intra conſtituta tempora, cùm poſſet ei ſemper imputari cur ſaltem non miſiſſet procuratorem: quemadmodum imputamus ei qui exulare cogitur, cur non reliquerit in prouincia procuratorem ad expedienda ea, quæ procurator expedire potuiſſet: *l. Papinianus* 20. *D. de minor.*

Decretum verò iudicis tale eſſe debet, vt purè vel admittatur vel reiiciatur excuſatio. Alioqui vitium pronunciationis eſt, ſi conditio inſeratur, adeò vt ita excuſatus tutor non magis poſſit haberi pro excuſato, quàm ſi decretum nullum interueniſſet, vt in ſpecie *l. qui teſtamento* 37. *D. hoc titul.* Neque enim ſententia ſub conditione ferri poteſt, aut debet: *l. 1. §. biduum, D. quand. appell. ſit, & intr. qua tempor.* Quamquam in eo caſu quem tractat Scæuola in *dict. l. qui teſtamento*, non illam iuſtam excuſationem habebat tutor, quæ expreſſa fuerat per ſententiam iis verbis conceptam, *l. ſi legitimum tutorem habenti tutor datus es, non eſt tibi neceſſaria excuſatio*, cùm apparuiſſet nullum patruum ei impuberi tutorem eſſe, ſed illam potiùs quòd tres liberos habebat, qui numerus ſufficit in Vrbe, vt ſuprà diximus. De Vrbe enim loquitur Scæuola, cùm loquatur de Prætore, non de Præſide qui ſolus in prouincia partes Prætoris gerebat, *dict. l. Papinianus.* Et hoc eſt quod ait, *quamuis iuſtas excuſationis cauſas haberet.* Vitium ergo pronunciationis, propter quod negat Scæuola tutorem hunc excuſatum eſſe, non tam illud eſt, quòd decretum ſub conditione ſit conceptum, vt vulgò creditur, quàm quia falſam cauſam habuit. Nam etſi Prætor ita pronunciaſſet, *quoniam legitimum tutorem habenti tutor datus es, non eſt tibi neceſſaria excuſatio*, nemo diceret inſertam decreto conditionem quæ pronunciationem vitioſam faceret, & tamen non eo minùs vitioſa eſſet quia expreſſam haberet falſam cauſam ac proinde nullam. Sed & ſubſtantia ipſa pronunciationis vitioſa eſt quæ poſtremis illis verbis continetur, *non eſt tibi neceſſaria excuſatio.* Ei namque qui tres liberos Romæ habet excuſatio certè neceſſaria eſt, quamuis non ſit neceſſaria ei qui tutor datus eſt pupillo iam tutorem habenti, vt diximus in præcedentibus ex *l. cùm iure* 9. *C. qui pet. tutor. l. ſi ſororis* 9. *Cod qui dar. tutor. poſſ. l. penult. Cod. in quib. caſib. tutor. habent.* Debuerat ergo Prætor ita pronunciare,

Digitized by Google

gerentibus intelligi debere, ſed tantùm de Magiſtratibus. Magiſtratus enim omnes honorem habent; at non item omnes qui honorem gerunt, ſunt Magiſtratus.

De excuſatione ob profeſſionem literarum, aut aliam.

AD Reipublicæ dignitatem & vtilitatem hęc quoque pertinet excuſatio, & immunitas, quam tribuit fauor & honor literarum, vt hoc etiam propoſito præmio inuitentur homines ad bonas literas capeſſendas & ad philoſophandum: Ergo Grammaticis, Sophiſtis, Rhetorib. Medicis, non omnibus tamen, ſed qui *περιοδευτάς*, id eſt circulatores, circuitores, at non circumforanei ſunt, immunitas à tutela & à cura datur, vt à reliquis muneribus, *l. ſi duas 6. §. Grammatici, D. hoc tit.* ſicut & illis ſolis ius extra ordinem dicitur, *l. 1. §. 1. D. de extraord. cognit.* Hoc verò Iuſtinianus noſter meliùs ſic exprimit, vt dicat Romæ Grammaticos, Rhetores, & Medicos, & qui in patria ſua has artes exercent, & intra numerum ſunt, à tutela & cura vacationem habere: *§. item Romæ 15. hoc tit.* Eſt enim numerus Rhetorum in vnaquaque ciuitate, qui vacationem munerum habent, & hæreſes quædam, id eſt conditiones propoſitæ ea ipſa lege, quæ immunitatem conceſſit. Inter quas illa eſt vt tam Profeſſores quàm Medicos probari oporteat decreto Ordinis, *d. l. ſi duas, §. eſt autem,* vbi refert Modeſtinus epiſtolam quandam Antonini Pij, quæ licèt ad communitatem Aſiæ miſſa, generalis tamen eſt ad omnia loca, quæ imperij Romani ambitu & legibus continentur. Verba epiſtolæ hæc ſunt, *Minores quidem ciuitates poſſunt quinque Medicos immunes habere, & tres Sophiſtas, & Grammaticos totidem: Maiores autem ciuitates, ſeptem qui curent, quatuor qui doceant vtramque doctrinam. Maximæ autem ciuitates decem Medicos, & Rhetores quinque, & Grammaticos totidem. Supra hunc autem numerum ne maxima quidem Ciuitas immunitatem præſtat. Decet autem maximo quidem numero vti Metropoles gentium: Secundo autem eas, quæ habent vel forum cauſarum, vel loca iudiciorum. Tertio autem reliquas.* Hæc Epiſtolæ verba ſunt, in cuius interpretationem, ſubiungit Modeſtinus, non licet hunc numerum excedere, neque ſententia Senatus, neque alia quauis adinuentione; Minuere autem vtique licere. Non quia non interſit Reipublicæ quamplurimos eſſe, qui has profeſſiones exerceant; ſed quia nec publica vtilitas ferre poteſt, vt tam multis immunitas concedatur, quæ in aliorum ceſſura ſit incommodum. Et hoc eſt quod ait Modeſtinus, *quoniam pro ciuilibus muneribus appareat hoc tale factum.*

Subiungit etiam, non aliter vtique huius immunitatis fructum conſtare poſſe, quàm ſi decreto Senatus inſcripti ſint numero conceſſo quotquot immunes eſſe volent, & præterea ſe negligentes non habeant circa operationem, id eſt verſentur diligenter in tractanda ea profeſſione quæ tribuit immunitatem, quam ſcilicet non ſolius ſcientiæ fauor extorſit, ſed operatio potiſſimùm & actio, cùm interſit parum Reipublicæ doctum quem eſſe, niſi & alios doceat. Vnde eſt quod quemadmodum non datur immunitas Medicis quibuſlibet, ſed tantùm circuitoribus, ita neque Rhetoribus quibuſlibet, ſed tantum Rhetoribus Sophiſtis, id eſt præceptoribus & magiſtris, qui docent præcepta dicendi: vt benè Cuiac. interpretatur ad *d. l. 6. §. grammatici, hoc tit.*

Porrò quod diximus, non licere excedere numerum immunitati præſtitutum, nõ vſque adeò generaliter verum eſt vt non pati debeat aliquam exceptionem. Si quis enim valde ſit diſciplinis inſtructus, id eſt tam excellenter, vt cæteris omnibus qui intra numerum ſunt, præcellat, etſi ſupra numerum ſit, & in aliena patria moram faciat, placet immunem eum eſſe oportere. Et ita ipſe quoque Antoninus Pius iuſſit, vt idem Modeſtinus noſter refert in *d. l. ſi duas, §. valdè tamen.*

Sed & quod diximus, Non alios numero conceſſo inſcribi oportere, quàm qui à Senatu probati ſint, non ita accipiendum eſt, quaſi non liceat reprobare illos qui ſemel fuerint probati: Poſſunt enim reprobari quandocumque, præſertim Medici, *§. ſed & reprobari. d. l. ſi duas*: cùm in Republica ſicut nihil eſt ſalutarius bono Medico, ita nihil ſit periculoſius malo, vtpote ad quos ſalutis hominum cura pertineat: *l. in pr. D. de extr. cogn.* Atque ita Imperator Seuerus cum Antonino patre Lælio Baſſo reſcripſit: itémque Gordianus & generalius in *l. 2. C. de profeſſ. & medic. lib. 10. tit. 52.* *d. l. ſi duas. §. valdè tamen.* *§. ſed & reprobari d. l. ſi duas.*

De Philoſophis.

PHiloſophorum alia ratio eſt. Nullus enim certus eorum numerus conſtitutus eſt. Non quia videantur fauorabiliores cæteris, qui bonas literas, aut medicinam docent; ſed quia rari ſunt, qui verè philoſophantur, vt conſtitutio ait. Proinde verendũ non eſt ne ex eiuſmodi immunitate, quaſi nimis ampla, nulliſque finibus circumſcripta lædatur Reſpublica, quæ proculdubio ex immunitate aliis Profeſſoribus conceſſa, ſi nullo numero coarctata eſſet, læderetur.

Excipit autem conſtitutio munera patrimonialia, ſic enim ſubiicit *Exiſtimo autem quoniam qui diuitiis ſuperabundant voluntariè tribuent pecuniam in vtilitates patriæ, ſi autem propriè loquãtur de ſubſtantia,* id eſt quaſi propriam aliquam habeant ſubſtantiam, propriúmque ius aliquod immunitatis propter quod non debeant contribuere, *inde iam manifeſti fient non Philoſophantes.* Cui conuenit etiam reſcriptum elegans Imperatorum Diocletiani & Maximiani in *l. profeſſio 6. C. de muner. patrim. lib. 10. tit. 41. l. reddatur 8. Cod. de profeſſ. & medic. eod. lib. tit. 52. l. 1. §. an & philoſophi, D. de var. & extraordin. cognit. l. in honoribus 8. §. philoſophi, D. de vacat. & excuſat. muner.*

De profeſſoribus liberalium artium, Muſicis, & Poëtis.

ADde dari immunitatem etiam profeſſoribus liberalium Artium, ex *l. 1. C. de decret. decur. l. 4, C. de profeſ. & medic. l. ab his 10. §. angariorum. D. de vacat. muner.* Non tamen Muſicis, *l. 4. C. de excuſ. muner* vt & Poëtis, *l. 3. C. de profeſſ. & medic.* Non quòd non mereantur, ſed quia lex deficit, inquit Cuiac. & rectè, *ad d. §. Grammatici.*

De immunitate Philoſophorum, Medicorum, legum Doctorum, Geometrarum.

SEquitur apud Modeſtinum in *§. eſt autem,* aliud caput epiſtolæ eiuſdem Antonini inſertum conſtitutionibus Imperatoris Commodi, ex quo idipſum apparet quod proximè diximus etiam Philoſophos immunitatem habere tutelarum: Verba ipſa tranſcribemus, quia

proſunt

profunt ad interpretationẽ ſuptadictorum, támque aperta ſunt vt non indigeant ipſa explicatione. Conſimiliter autem his omnibus, inquit Commodus, Diuus pater meus mox ingrediens Principatum conſtitutione exiſtentes honores & immonitates fitmauit, ſeribens Philoſophos, Rhetores, Grammaticos, Medicos immunes eſſe: itémque gymnaſis Saeerdotij ſtantes, & neque ad frumeoti & vini & olei emptiones & præpoſitiones, & neque iudieare, neque legatos eſſe, neque in militia numerari nolentes, neque ad alium famulatum eos eogi.. Porrò ita demum habent iſti immunitatem ſi vel Romæ, vel in patria ſua aut doceant, aut medieentur. Romæ quidem ſiue eum ſalario, ſiue ſine ſalario, non minùs quàm ſi in propria patria doeeret, quia in Regia vrbe, quæ & habetur & eſt communis patria, *l. Roma 33. ad municip.* magnum eſt & publieè vtiliſſimum ſe vtilem præbere: *§. Romæ, d l. ſi duas, & l. eos qui Romæ 9. D. de vacat. & excuſ. muner.* In patria verò, quoniam hoc ſuæ patriæ quiſque debet, vt vtilem ei ſe præbeat, tanqoam eui potiſſimùm natus ſit: *l. 1. §. & generaliter, D. de ventr. in poſſ. mitt.* Cæterùm ſi quis exiſtens Comaneus in Cæſarea doceat, aut medicetor, apud Comanenſes immunitatem non habebit, *d l. ſi duas, §. ampliùs, & illud.*

Quid verò de legum Doctoribus? Nihil enim de iis hueuſque diximus. Certum eſt, eos ſi Romæ doceant, remiſſionem habere à totela & eura, ſed non ſimiliter ſi doceant in aliquo Præſidiatu, quomodo loquitur Modeſtinus in *§. legum verò Doctores, eiuſd. leg.* Quod ego ſic aecipiendum puto, vt quamuis non Romæ, ſed tamen in patria ſita doceant, eandem immunitatem habeant quam habent cæteri. Cur enim deterioris conditionis ſint qui nobiliore profeſſione gloriantur? Præſertim cum veram illi nec fucatam philoſophiam profiteantur, *l. 1, § 1. De inſtit. & iur.* réſque planè ſacra & ſancta ſit ciuilis ſapientia, *l. 1. §. proinde* iunct. *§ praced De variis & extr. cogn.* Sanè de hoc non eſt qui dubitare hodie poſſit, poſt nouam Conſtantini legem, quæ extat in *l. medicos 6 C. de profeſ. & med. libr.* 10. *tit.* 53. Quidni autem etiam legum Doctoribus faueamus, cùm nec Athletis hæc immunitas deoegata ſit. Quamquam non Athletæ omnes habent excuſationem à tutela, ſed ij tantom qoi in ſacris eertaminibus coronati ſunt qoas eoronas ſacras voeat Papinianus in *l. commodis 40. D. de re iudicat.* Ideo autem de eertaminibus loquimur in plurali numero, qoia non pauciora quàm tria eertamina ſacra eſſe oportet extra vrbem, vt eiuilium munerum tribuenda ſit Athletæ vacatio. Romæ ſanè ſemel vieiſſe, ac coronatum eſſe ſufficit: *l. 1. C. de athlet. lib.* 10. *tit.* 53. Soli Geometræ deterioris conditionis ſunt quàm athletæ. Nec enim vacant à tutelis, *l. Geometra 22. D. hoc tit.* quamuis hodie pleniſſimam habeant immunitatem ex Imperatorum Conſtantij & Conſtaotis conſtitutione, quæ extat in *l. 2. C. de excuſat. artific. lib.* 10. *tit.* 64. Siue quòd immunitas licèt pleniſſima non ſoleat tribuere immunitatem à tutela, vel eura, niſi id expreſsè dictum ſit, vt putat Cuiacios, ſiue potiùs quod Geometræ non minùs quàm architecti inter mechanicos numerentur, quibus proinde nullum competebat priuilegium ante *d. l.* 2. quæ tamen non tam de iis loqui videtur qui theoricam Geometriæ docent; quæ cùm ſit pars Mathematicæ diſciplinæ, & conſequenter philoſophiæ, nobiliſſima ſanè ſcientia eſt, eádemque digna priuilegio immunitatis; quàm de Geometria practica, quæ planè mechaniea eſt: quod & ipſa legis verba oſtendunt, ſi modò legas initio legis *mechanicos*, non vt antea *mathematicos*. Mathematicorum enim nomen tanquam ſonans in malam partem, legibus noſtris exoſum & odioſum erat: *tot. tit. C. de maleſic. Mathemat. & ſimil.* De qoibus eleganter Taeit. in Hiſtor. *Hoc genus hominum in ciuitate noſtra & ſemper damnabitur, & ſemper retinebitur.*

De excuſatione ob immunitatem collegiis conceſſam.

ETſi neque ſocietas, neque collegium, neque corpus vllum haberi regolariter conceditur, niſi vel ex Cæſaris, vel ex Senatus authoritate id factum ſit, *l. 13. & paſſ. D. de colleg. illicit.* In quibuſdam tamen eauſis conceſſa ſunt huiuſmodi eorpora, ídque non alia de eauſa quàm ob publieam vtilitatem, quòd ſine his eorporibus non ſatis commodè Reſpublica conſiſtere poſſe videatur. Vt ecce, Vectigalium publieorum ſociis permiſſum eſt eorpus habere; item aurifodinarum, & argentifodinarum, & ſalinarum conductoribus. Sed Romæ potiſſimùm eerta collegia ſont, veluti piſtorum, & quorundam aliorum, & nauieulariorum, qui & in prouinciis ſunt, inquit Caius in *l. 1. D. quod cuiuſque vniuerſit.*

Porrò quæ ratio publicæ vtilitatis feeit vt huiuſmodi collegia induei & approbari oportuerit, eadem cauſam præbuit concedendarom huiuſmodi corporibus immunitatum, *l penultim. §. penultim. & l. vltim. D. de iur. immunit.* iis ſcilicet corporibus & eollegiis, in quibus artifieij ſui eauſa vnuſquiſque aſſumitur, vt fabrorum eorpus eſt, & ſi qua eandem rationem originis habent, id eſt quæ idcirco inſtituta ſunt, vt neceſſariam operam publieis vtilitatibus exhiberent *dict. § penultim.* vbi tamen addit Calliſtratus quod notatu dignum eſt, non omnibus promiſcuè qui aſſumpti ſunt in his collegiis immonitatem dari, ſed artificibus duntaxat. Nec rurſus aliis quàm tenuioribus per collegia diſtributus: Eos namque qui ſuas facultates augeant, & munera eiuitatum ſuſtinere poſſunt priuilegiis iſtis vtì non poſſe. Et hoc eſt quod ex eodem Calliſtrato traditur in *l. non tantùm 17. §. eos qui D. hoc tit.* Eos qui in corporibus ſunt, veluti Fabrorum, immunitatem habere etiam eirea adminiſtrationem tutelarum exterorum hominum, id eſt aliorum, quàm qui ſint filij fabrorum in iiſdem collegiis defunctorum, niſi, inquit, ſi facultates eorum auctæ fuerint vt ad eætera quoque munera publiea ſuſcipienda compellantur. Idque Principalibus conſtitutionibus cauetur. Quò etiam pertinet quod Paulus ſcribit in *l. vlt. in* *l. vlt. in pr. eod.*
princip. eod. tit. Eos qui in collegio piſtorum ſunt, à tutelis excuſari, ſed ita demum ſi per ſemetipſos non per alios piſtrinum exerceant. Requirit enim conſtitutio propriã actionem & operationem eius qoi immunitate gaudere velit. *l. ſi duas 6. §. 1. & §. & vtique e. ti.* Sed nec alios excuſandos eſſe quàm qui, intra numerum ſint, ne alioqui plenior ſit immunitas piſtorum quàm Philoſophorum, de quibus diximus in præcedentibus.

Quod autem de adminiſtratione tutelarum exterorum hominum ſic interpretati ſumus, vt tamen qui has immunitates habent à colle-

gatom filiorúmque eorum tutela vel cura non eacuſentur, omnino conuenit cum eo quod Hermogenianus ſcribit in *l. adminiſtrantes* 41. *§. vlt. eod. tit.* vbi tamen additur, *exceptis his quibus hoc ſpecialiter tributum eſt.* Sunt enim qui hoc priuilegium habeant, vt collegarum quoque filiorum tutelis eacuſentur, *d.l.vlt.§.1.eod.* Fauore ſcilicet vrbicarum immunitatum quæ ſolent vt plurimùm eſſe pleniores.

Denique ſunt iſta omnia iuris conſtituti, pendéntque ex conſtitutionibus, & quamuis non ſine rationis colore aliquo conſtituta ſint, magis tamen nituntur voluntate ipſa conſtituentium, quàm ratione aliqua iuris. Nam & inde eſt, quod addit Calliſtratus in *d.l. non tantùm* 17.*§.non omnia, eod. tit.* Non omnia corpora vel collegia vacationem tutelarum habere; Ne quidem ea, quæ muneribus municipalibus obſtricta non ſint, niſi nominatim id priuilegium eis indultum ſit. Neque enim quiſquis accepit, vel habet immunitatem ciuilium vel publicorum munerum, hic ſtatim à tutela vel cura eacuſatur, *l. ſpadonem* 15. *§. qui accepti*, *D. hoc tit.* Sanè domini nauium non habent priuilegiũ vt à tutelis vacent: *d.l.non tantùm,§ penult.*

De excuſatione ob aſſumptionem in Collegam, aut aliam curam pro Republ ſuſceptam.

dict. l. non tantùm §.penult.

TAntus eſt fauor publicæ vtilitatis, & eius operæ quæ pro Republica impenditur, vt non tantùm Magiſtratibus honorem gerentibus immunitas conceſſa ſit, quemadmodum *in praecedentib.* diximus, ſed etiam collegis eorum, ita vt quemadmodum Præſides prouinciarum habent immunitatem, non quidem perpetuam, ſed temporalem quandiu prouinciam regunt; *l.ſi duas* 6. aliàs *l.athleta*, *§. gentium*, *D. hoc tit.* ita & ſi quē collegam ſecum duxerint, etiam qui iam antea tutor erat debeat ille excuſari, & in eius locum alios curator dari, *d.l.non tantùm* 10. *§.ſimiliter, eod. tit.* vbi refert Modeſtinus ſic à Diuo Seuero conſtitutum eſſe. Ex eáque conſtitutione ſi quis eam benè adaptet ſimilibus capitulis, non malè induci poſſe vt in locum eorum omnium, qui temporalem vacationem recipiunt, curatorem dari oporteat. Eſt enim licita huiuſmodi conſtitutionum, quę fauorabiles ſunt, eatenſio ad caſus ſimiles.

dict. l. non tantùm §. ſimiliter, eod. tit.

Hoc etiam referendum eſt, quod Papinianus noſter ſcribit in *l.iuriſperitos* 30. *D.hoc eod tit.* Iuriſperitos qui tutelam gerere cœperunt in Conſilium Principis adſumptos, omnimodo, nec ad tempus, ſed in perpetuum eacuſandos eſſe, ex Imperatorum conſtitutionibus. Propterea quòd, inquit, circa latus Principis agunt, & honor iis delatus neque loci, neque temporis certi finem habet. Quæ ratio etiam eſt *l.vlt.C.hoc tit.* vbi datur idem priuilegium Silentiariis, qui circa Principis latus militant, vt à tutelis & curis eacuſentur. Item quod Hermogenianus in *l.adminiſtrantes* 41.*§.penult.* Eorum, qui reipublicæ cauſa abſunt, comites qui ſunt intra ſtatutum numerum, à tutela quæ abſentibus, vel profecturis delata eſt, excuſari, ſed ita tamen vt antea ſuſceptam non deponant. Nam nec illi ipſi quorum ſunt comites, & qui reipub. cauſa abfuturi ſunt ſuſceptas tutelas deponunt, ſed ad tempus tantùm eacuſantur, vt diximus in ſuperioribus, ea *l.1.C.ſi tut.vel curat.reipub.cauſ. aber.*

De immunitate illorum, quibus Princeps curam alicuius rei iniunxit.

SImilis cauſa eſt eorum, quibus Princeps curam alicus rei iniunxit; nam & hi excuſantur à tutela ad tempus, id eſt donec eius rei curam gerunt, *l. Geometra* 25. *§.1. D. hoc tit.* Multò magis ſi rem ipſam Principis adminiſtrent, ſiue ea codicillis, ſiue ea nuda Principis indulgentia, id eſt etiam citra codicillos, *d. l. adminiſtrantes* 41. *in princip. eod.* vbi addit Hermogenianus, idem cuſtodiri in iis qui præfecturam annonæ, vel vigilum gerunt. Sunt enim iſti etiam magiſtratus & habent poteſtatem aliquam, *l. 1. & paſ. de offic. praf. vigil. l. penult. D. de condict. cauſ. dat.* certè habent honorem, quod ſufficit vt immunitatem à tutela & cura ſibi vindicare poſſint, *l. non tantùm* 10. *§. ſanè notum eſt*, *D. hoc tit.* Parum verò intereſt, an quis rem Principis adminiſtret, an rem fiſci. Nam & Diuus Marcus in Semeſtribus reſcripſit, eum qui res fiſci adminiſtrat à totela, vel cura quandiu adminiſtrat excuſari poſſe: *§. item Diuus Marcus, hoc tit.* quod & de tributorum eaactoribus ſcriptum eſt in *l. exactores* 10. *C. eod.* Itémque de menſoribus frumentariis, in *l. menſores* 26. *D. eo.*

Illud magis mirum eſt, quod libertinus qui Senatori patrono procurat, excuſationem habet ab aliorum tutelis, dummodò non tranſierit in ordinem ingenuorum, iure fortaſſis aureorum anulorum impetrato, vt Tryphoninus ſcribit in *l. cùm ex oratione* 44. *§. vlt. eod. tit.* Sed obſeruandum eſt ſolis maſculorum Senatorum, non etiam vxorum ipſorum libertis hoc priuilegium conceſſum eſſe, *l. ſpadonem* 15. *§. liberti, eod.* Nec pluribus libertis, ſi fortè plures ſint, ſed vni tantùm: *l. ne Senatorum* 13. *C. eo* Nec enim tam facilè concedi potuit, aut debuit tanta immunitas.

ILLATIO IV.

De excuſatione qua tutori creato competit ob vtilitatem pupilli.

QVartò ex eodem Principio noſtro fit, vt tutor creatus plerumque iuſtam habeat eacuſationem, non ſolùm ob perſonæ ſuæ conditionem, ſed etiam ob commodum & vtilitatem popilli; Quia cùm tutela ſit onus publicum & ciuile, non alia de cauſa inductum, quàm vt pupillorum ſaluti & vtilitati pleniſſimè conſulatur, fieret omnino contra mentem ciuilis Legiſlatoris, ſi is tutor daretur, aut curator, qui neque tutelam, neque curam adminiſtrare poſſet, niſi cum incommodo & diſpendio pupilli, vel adulti. Et hæc ſanè omnium iuſtiſſima excuſatio eſt, vt ſuprà iam attigi: Ne alioqui quod fauore pupillorum & adultorum conſtitutum eſſet, in ipſorum odium retorqueretur, contra *l. quod fauore 6. de legib. l. nulla 25. D. eod. l. penult. C. ad SC. Trebell.* Multa verò ſunt excuſationum capita quæ ad hanc vnam cauſam referuntur: ſed iſta potiſſimùm, ſi quis ob ætatem excuſari velit, ſi ob paupertatem, ſi ob valetudinem, ſi ob litem, ſi ob inimicitias, ſi denique ob imperitiam & ruſticitatem, De ſingulis verò dicendum eſt ex ordine, ea ipſa methodo, quam in præcedentibus tenuimus.

De

De excuſatione ob ætatem.

EXcuſantur à tutela & curatoria, qui ſeptuaginta annos compleuerunt : *§.item maior* 13. *hoc tit.l.2.in princip. D.eod l.vnic.C qui ætat ſe excuſ.l.qui filium* 74.§.1. *D.ad SC. Trebell.l.3 C. qui ætat.vel. profeſſ lib.10.tit.49.l.& qui originem* 3. §. *quamuis maior.6. & §. cura frumenti* 12. *D.de muner. & honor. l. maiores* 3. *D.de iur. immunit.* vbi dicitur debere quem eſſe maiorem annis ſeptuaginta, nec ſufficere, vt iam qui ingreſſus ſit annum ſeptuageſimum, ſi nondum egreſſus ſit; quia non poteſt dici maior ſeptuagenario qui annum adhuc agit ſeptuageſimum. Nec tantùm à tutela & cura excuſatur ſeptuagenario maior, ſed & multò magis à reliquis muneribus ciuilibus; idque non tam veneratione ſenectutis, quæ ſemper in ciuitate Romana venerabilis fuit, & eundem penè honorem meruit qui Magiſtratibus tribuebatur, vt ait *l. ſemper* 5. *in princip. D. de iur. immunit.* (Senectus enim eſt etiam priuſquàm ſeptuageſimus annus completus ſit, *l. non aliter* 99.§. 1. *de leg.* 3.) ſed quia difficile eſt, vt in ea tam graui & prolixa ætate poſſit quiſquam alienis negotiis ſupereſſe, qui nec ſuis ſupereſſe poteſt, vt proinde dubitandum non eſſet, quin & pupillus damnum paſſurus eſſet, & Reſpublica, ſi vel tutela, vel quoduis aliud munus publicum ei qui ſeptuaginta annis maior eſſet, committeretur: *l.penultim.§.vltim. D. hoc tit.*

Quod cùm ita ſit, mirum ſanè videtur quod Modeſtinus ſcribit in *dicta lege* 2. *in princip. eod.* Exceſſiſſe oportere ſeptuaginta annos tempore illo, quo quis creatur, aut quo hæreditatem ſcriptus hæres adiit: ſi de teſtamentaria tutela loquamur, aut denique quo conditio quæ teſtamento inſerta eſt completa ſit, non autem intra tempora excuſationis. An non enim abſurdum & inconueniens futurum eſt, vt male adminiſtretur res ſiue pupilli, ſiue publica, ſi ei credatur adminiſtratio qui tùm impleuerit annum ſeptuageſimum, tametſi neque creationis, neque aditionis, neque impletæ conditionis tempore annum illum exceſſiſſet? Quid vero poteſt impedire excuſationem quandiu res integra eſt intra tempora proponendæ excuſationis? Sed dicendum eſt in huiuſmodi cauſis quæ ad ius publicum pertinent, neceſſariò debuiſſe ius ita conſtitui, vt certum eſſet: Nihil enim eſt quod à iuris noſtri dignitate tantopere abhorreat, quàm vt incertum exiſtimetur, *l.1. D.de iur.& fact.ignor.* Non aliter autem certum ius eſſe poteſt, cùm de ætate quæritur, quàm ſi tempora de momento in momentum computentur: *l.3 § minorem, D. de minor.l.* 1. *D.de manumiſſ.* Momentum igitur aliquod conſtitui neceſſe fuit, quo inſpici oporteret, an tutor creatus qui ſe excuſare vellet, ſeptuageſimum annum impleuiſſet. Illud verò inſtans non potuit conſtitui tempore ipſo excuſationis inſpecto. Quiſquis enim ob ætatem excuſari vult, eum neceſſe eſt iam ætatem illam impleuiſſe, priuſquàm de excuſatione quæri oporteat. Prius enim eſt, vt excuſatio nata ſit, quam vt de proponenda excuſatione tractari poſſit. Non ergo poteſt naſci excuſatio ætatis iam completæ, ob id ſolùm quòd intra tempora proponendæ excuſationis complementum ætatis ſuperuenerit.

Rectè igitur conſtitutum eſt, vt oporteat impletos eſſe annos ſeptuaginta, vel ipſo creationis tempore, quod maximè inſpici ſolet cùm de excuſatione quacumque agitur: *dict.leg.2.§. oportet, & §.numerum* Vel ſaltem eo tempore quo aditur hæreditas, ſcilicet ſi de teſtamentaria tantùm tutela, non de alia loquamur, quia nec dies tutelæ teſtamentariæ cedit ante aditam hæreditatem: *l.pen.§.1.eod.tit.* Vel denique eo tempore quo teſtamentariæ tutelæ conditio extiterit, ſi data ſit ſub conditione, quo etiam modo dari teſtamento poteſt, quia conditionalis tutelæ teſtamentariæ dies, nec prius cedere poteſt quàm conditio extiterit, licèt iam adita hæreditas ſit, nec rurſus ex die conditionis exiſtentis ante aditam hæreditatem, vt iam alio loco à nobis dictum eſt in præcedentibus, cùm egimus De excuſatione ob tutelas.

De excuſatione ob imbecillam nimis ætatem.

QVemadmodum autem tam longa & prolixa ætas excuſationem præbet à tutela, Sic & ea quæ nimis imbecilla eſt, vt loquitur Calliſtratus in *l.5.§.penult.D.de iur. immunit.* qualis ea eſt, quæ minor eſt annis vigintiquinque; imbecilla ſcilicet conſilio: vt è contrario ætas excedens annum ſeptuageſimum, debilis eſt & imbecilla corpore: *l.2.§ quem ita ſenio, D.de vacat.& excuſ. mun.* iunct *l.1. D. de minor.* Egebant igitur olim minores excuſatione, *d. §. item maior. hoc tit.* vt non moleſtarentur, quomodo loquitur Modeſtinus in *l.non ſolùm* 10.*§.ſi libertus, D. eod.* Adde eos interim alterum in locum eius creari curatorem oportere: ſiue teſtamento datus ſit tutor impubes, aut minor; fortaſſis libertus, à patrono; ſiue etiam legitimus tutor ſit, quem impuberem eſſe contingat. Etſi enim legitimi tutores excuſari non ſolent, neceſſitas tamen facit, vt in eius locum dari curatorem oporteat. Sed cùm ita ius vetus ſe haberet, Iuſtinianus noſter id non malè correxit in *l.vlt.C.de legit.tutel.* vbi conſtituit, vt nec pupillus, nec adultus poſſit vocari ad tutelam nequidem ad legitimam, quòd abſurdum ſit & inutile, illos qui alieno auxilio in rebus ſuis adminiſtrandis egere noſcuntur, & ab aliis reguntur, aliorum tutelam, vel curam ſubire. Nec enim fieri poteſt quin fœda & nominum & rerum confuſio inducatur, vt ſcriptum eſt in *d.l.vlt.* Ab honoribus ſane ætas non excuſat, vt neque numerus liberorum, *l.in honoribus* 8. *D. de vacat. & excuſ muner.* Niſi quod Cuiac ad *l.2.hoc tit.* notat. Ab honoribus annos ſexaginta excuſare in Vrbe: Ab honore autem Decurionatus excuſare annos quinquaginta quinque, de quo iam aliquid in præcedentibus diximus. De variis ætatum diſtinctionibus, & definitionibus, vide Cuiacium *ibidem.* *l.In honoribus 8. de vacat. & excuſ muner.*

De probatione ætatis.

AEtatem porrò probari neceſſe eſt hoc caſu, vt in omnibus, ab eo qui allegat, quiſque ſuam intentionem in ea allegatione fundat: *l.* 1. *l.cum de ætate* 23. *D de probat l. cùm te minorem* 9. *C.eod.l de ætate* 43. *D.ex quib.cauſ.maior.* Probatur autem vel ex ſcriptura natiuitatis, quas natales profeſſiones vocant, de quibus in *l.etiam matris* 16. *D.de proba.* iunct *l. non epiſtolis* 13. *C. eod.* vel per teſtes, qui naſci & educari viderint, *l.2 C. de iis qui ven.ætat.impetr.* Vel ex aſpectu, *l.minor.* 32. *D.de min. l.* 3. *C ſi min.ſe maior dixer.l.1.C. Greg.ſi maior fuer. probat.* vel aliis denique legiti-

mis demunſtrationem, vt loquitur Modeſtinus in *d.l.2.§.atas autem*, *D.hoc tit.* de quibus nunc plura dicendi non eſt locus.

De excuſatione ob paupertatem.

HAbet etiam paupertas ſua priuilegia, ſed quæ captet, & ambiat nemo: Nam & propter paupertatem tribui debere excuſarionem à tutela Imperatores voluerunt, *§. ſed & propter paupertatem*, *hoc tit.l.paupertas 7. D.eod.* At non quælibet paupertas habet hoc priuilegium, ſed illa ſolùm quæ tanta ſit vt tutor datus poſſit ſe probare imparem oneri iniuncto, vt lex ait. Quod Paulus in *l. poſt ſuſceptam 40.§. 1. eod.* ſic exprimit vt dicat paupertatem quæ operi & oneri tutelæ impar eſt, ſoleat tribuere vacationem. Etſi enim tutela non videtur ex eorum munerum perſonalium numero, quæ ſumptibus patrimonij damniſque adminiſtrantis expediuntur, qualia ſunt ea quæ patrimonialia vocamos, *l. vlt. §. patrimonium*, *D. de muner. & hon.* Tamen neque pupillo vtile, neque honeſtum eſſet ad tutelam vocari eum, qui tam tenuis & exhauſtus eſſet, vt vix de ſuo victum ſuſtinere poſſet, præſertim ſi alij ſint qui conenientiùs creari poſſint, *arg. l. ſcripto 6.eod.* Quomodo enim fieri queat, vt pupilli rebus adminiſtrandis operam aliquam & diligentiam impendat tutor, qui victum ipſe ſibi quæritare compellatur? Sane excuſatio & immunitas quæ ob paupertatem tribuitur, nunquam perpetua, ſemper temporalis eſt. Nam ſi ex voto cuiuſque honeſtis rationibus patrimonium acceperit incrementum, æſtimabitur ſuo tempore an aliquis idoneus ſit, ſiue ad tutelam: ſiue ad alia publica munera, ad quæ fuerit creatus, *l cura 4.§.deficientium,eod.tit.l.ab his oneribus 10.§.auctis, D.de vacat.& excuſ.muner.*

De excuſatione ob valetudinem.

ADuerſa quoque valetudo excoſat, & quidem non tantùm à ſuſcipienda tutela, ſed etiam à ſuſcepta, vt etiam cepiam adminiſtrationem deſerere quis impunè poſſit. At non quælibet valetudo, ſed ea tantùm quæ impedimento ſit, quominùs ſuis rebus ſupereſſe tutor poſſit, *l. non ſolùm 10 §.vlt.& l.ſeq. D.hoc tit.* vnde ſumptus eſt *§.item propter, noſtr.tit.* Nam cùm tutores non ad aliud obligentur, quàm vt circa rerum pupillarium adminiſtrationem adhibeant eandem diligentiam quam rebus ſuis diligens paterfamilias ex bona fide præbere debet, *l. à tutoribus 33.in princip.D.de admin tutor.* quis ferat vt tutor erectur, vel maneat is, qui rebus propriis supereſſe nullomodo poſſit? An non ea res pupilli vtilitates omnino læderet, tametſi iam locuples tutor eſſet, vt ab eo eiúſve fideiuſſoribus indemnitatem conſequi poſſet? *arg.l.ſuſpect.5.& ſeq.D.de ſuſpect.tutor.* Sed & an non eſſet longè iniquius ex ea cauſa morari in damno tutorem, cui nihil poſſet imputari?

Nec distinguemus an corporis valetudo fuerit an mẽtis & animi: ſed illud tantùm inſpiciemus, An ſiue corporis, ſiue aut creatũ mentis valetudo tanta ſit, quæ ab agendis rebus tutorẽ, aut creandũ prohibeat; vt ne ſuis quidẽ negotiis ſufficiat: Neceſſitati.n.ſuccumbendũ neceſſariò eſt, etiamſi libertus ſit is, cui tutela defertur, quique alioqui vix iuſtam vllam poteſt habere excuſationem: *l.liberos 5.C.hoc tit.* Ne impoſſibile munus tutelæ iniungatur, quod obiri ab eo non poſſit, idque cum incommodo pupilli & aduerſus ipſius vtilitatem, vt Tryphoninus ait in *l. penult. §. vlt. D. hoc tit.* Idque eſt quod Paulus ait in *l. poſt ſuſceptam 40.in princip. eod.* Poſt ſuſceptam tutelam cœcum, aut ſurdum factum, aut mutum, aut furioſum, aut valetudinarium deponere tutelam poſſe: *l.vnic.Cod.qui morbo: l.3. Cod. qui dar. tutor. poſſ.*

Diſtinguendum tamen eſt, an perperpetuus morbus ſit, an temporalis; vt perpetuus perpetuam excuſationem pariat, temporalis verò non niſi temporalem: *l. Idem Vlpianus 12.in princip. D.de vacat. & excuſ. muner.* vbi addit Vlpianus generaliter perpetuam excuſatioocm habere illos, qui aliqua de cauſa io perpetuum impediuntur ne operam illam dare poſſint ad qoam vocantur, puta ſi quis etiam ſacerdotium nactus ſit, vt ab eo diſcedere ſine religione non poſſit. Ergo ſi quis ita ægrotus fuerit, vt oporteat eum non omnino dimitti à tutela, ſufficiet in locum eius dari curatorem interim, vt poſteaquàm ſanatus erit, recipiat tutelam, ſiue in corporis ægritudinẽ iociderit, ſiue in inſaniam: *d.l.non ſolùm 10.§.ſi quis ita*, Vt fieri ſolet & debet, quoties eius qui iam tutor aut curator datus fuit, temporalis tantùm excuſatio & vacatio eſt: *§. ſimiliter ead. leg.* In quo curatorum genere, id eſt eorum qui dãtur in locum excuſatorum, obſeruandum illud eſt, non durare illos vltra pubertatem, non magis quàm ſi tutores eſſent: *l. 2. C. in quib. cauſ.tutor habent.*

De excuſatione ob litem.

EXcuſatur etiam quis à tutela propter litem quam cum pupillo habeat, ſi fortè, vel de omnibus bonis, vel de maiore illorum parte controuerſia ſit, vel de aliqua hereditate: *§. item propter litem, hoc tit. l. propter litem 21.eod.* Nam cùm amiciſſimos & fideliſſimos quoſque eligi oporteat, ſiue à parentibus, ſiue à magiſtratu vt tutelæ onera & incommoda ſubeant alacriùs, *leg. amiciſſimos 36. eod.* Difficilè ſanè eſt, vt qui litem cum pupillo habet, vel de bonis omnibus, vel de maiore parte boorum, vel de hæreditate aliqua, tam amicus ſit pupillo, vt pro eius commodis laborem ſuſcipere vllum velit. Tritum enim eſt, nimiúmque quotidiana rerum experientia compertum, litibus concordiam quæ anteà fuerat etiam inter amiciſſimos non modò diminoi, ſed & penitus etiam diſſolui: odia verò & inimicitias generari. Propter quam cauſam ciuilis Legiſlator tanto odio lites exectatur, vtpote qui ſciat non niſi concordiæ vinculo Rempublicam teneri & conſeruari poſſe.

Planè pro liticula, id eſt pro ea lite, quæ ſit de re parui momenti, non eſt æquum tribui excuſationem, ne per rem minimam rei maiori præiudicium fiat: *l.rei maiori 21. D.de except.* Magna autem res eſt tutela, quæ & publicum & ciuile munus eſt, à qua proinde non ſine magna cauſa excuſari quis debet; adeóque nec ſi plura excuſationum iura velit coniungere, vt ſimul iuncta poſſint apparere iuſta, quæ ſingula auxilium non præbent, *l.Spadonem 15.§.qui iura, D hoc tit.* Atqui, inquies, non poteſt tutor pupillo ſuo autor fieri in rem ſuam, *l.1.l.quod dicimus 7. D. de tutor. autor.* neque rurſum pupillus ſtare in iudicio ſine authoritate tutoris, vt neque adultus ſine autoritate curatoris, *l.1.§ in cauſis, l. 2.de admin.tutor.* Qui ergo fieri poteſt, vt inter pupillum & tutorem,

§. item propter litem hoc tit.

l. amiciſſimos, 36.D. hoc tit.

Digitized by Google

rem, aut inter adultum & curatorem lis aliqua vel de minima re agitetur? Reſponſio facilis eſt dandum eſſe hoc caſu ſiue pupillo, ſiue adulto curatorem, ſi non alius ſit contutor qui autoritatem præſtare poſſit: *l.1. & vlt. Cod. de in lit. dand. tutore, vel curat.*

Sanè nec quantumcunque magna lis excuſationem præbere poteſt, ſi forte per calumniam euidentem inſtituta ſit, & ob hoc ipſum vt tutori, vel curatori nullam excuſationem aliam habenti immunitatem præbere poſſet: *leg. ſi duas 6.* aliàs *leg. athleta §. amplius autem. D hoc tit.* Nec enim lis per calumniam inſtituta prodeſſe vnquam debet calumniatori, *leg. in ſumma 65. §. D. de condict. indeb.* Ergo ſi pupillum patruus in legitimum tutorem petitus contendat exhæredatum eſſe, & ſe hæredem ſcriptum; æquiſſimum eſt, imò neceſſarium dari pupillo alium tutorem recepta patrui excuſatione, quamuis legitimi tutores non ſoleant excuſari. Quinimò ſi nolit patruus excuſationem petere, cùm iam ſit tutor ipſo iure, remouendus eſt à tutela, vt alio tutore dato lis inter eum & pupillum expediatur: *l. ſi pupillum 20. D. hoc tit.* Sed etſi pupillo litem eſſe neceſſe ſit, non cum tutore ipſo, ſed cum ſorore, aut liberis ſororis pupilli, alius tutor æquè vel curator in locum tutoris dandus eſt, quia nec humanitatis, nec religionis ratio permittit, vt aduerſus ſororem, vel filios ſororis actionum neceſſitates tutelæ cauſa quis ſuſcipiat, cùm & ipſius quoque pupilli aliud exigere videatur vtilitas, ſcilicet vt eum tutorem potiùs habeat, qui ad eius defenſionem non inbibeatur adfectu, vt eleganter ait *l humanitatis 23. C. hoc tit.* id eſt qui nulla maiore erga aliom adfectione prohibeatur ne pupilli ſui defenſioem ſuſcipiat.

De excuſatione ob inimicitias.

IVſtior eſt ea excuſatio quæ ob inimicitias competit, quàm quæ ob litem, quia ex lite etiã de re graui, præſertim ſi de bonis tantum ſit, aut de maiore bonorum parte, non de capite vel exiſtimatione, præſumptio tantùm naſcitur odij & inimicitiarum: Nos verò nunc agimus de inimicitiis, quæ ſint non modò veræ, ſed etiam probatæ: cùm è contrario amiciſſimos eſſe oporteat eos, qui in tutores eliguntur. vt proximè dicebamus ex *l. amiciſſimos 36. D hoc tit.* Sicuti tamẽ de lite diximus non ſufficere qualemcumque litem, vt excuſationem tribuat, & immunitatem, ſed oportere vt ſit vel de bonis omnibus, vel de maiori bonorum parte, Ita neque ſufficit qualiſqualis inimicitia, ſed ea demum quæ ſit capitalis, *l. ſi duas 6.* alias *l. athleta, §. dat remiſſionem, D. hoc tit.* ſiue capitalem intelligas, quæ ex capitali accuſatione orta ſit inter eum qui tutor petitur, & defunctum pupilli patrem; ſiue illam quam ſola mors alterutrius diremptura videatur.

l. amiciſſimos 36. D. hoc tit.

Sed hoc ad eos tantùm tutores pertinet, qui à magiſtratu dati ſunt, non ad teſtamentarios. Magnum enim ac propemodum irrefragabile argumentum eſt remiſſæ ac diſſolutæ inimicitiæ, ſi quis eum quem ante habuit inimicum, poſtea liberis ſuis teſtamento det tutorem: cùm tutor ferè alter pater ſit, & tutoria poteſtas quodammodo vicaria patriæ poteſtatis, vt diximus initio *Tit. de tutel.* Nam ſi poſt factum teſtamentum tutelámque datam ei, qui tunc amicus credebatur, ſuperuenerint capitales inimicitiæ, non poteſt dici maiorem teſtamenti anterioris, quàm poſteriorum inimicitiarum rationem habendam eſſe. Credendus enim potiùs eſt pater à priore voluntate receſſiſſe, ob eam cauſam quæ poſteà ſuperuenit, & quæ teſtamenti tempore ignorabatur: *l. in confirmando 8. cum duab. ſeqq. D. de confirm. tutor l. 3 §. ſi tutor, D. de ſuſpect. tutor*, Leuis planè ne offenſa, quæ ſuperuenerit, non nocet, ne quidem fideicommiſſo: *l. 3. §. vlt. D. de adimen. legat.* Multò minus ergo nocebit tutelæ, quæ non ad honorem & commodum tutoris pertinet, vt fideicommiſſum; ſed ad onus ipſius, commodum verò pupilli.

Poteſt tamen interdum fieri vt inimicitia teſtamento antiquior ſit, nec per teſtamentum remiſſa & purgata intelligatur. Quid enim ſi inimicus inimicum mala mente & inimico animo tutorem dederit, id eſt ob hoc ipſum vt obligaret eum & ſupponeret debito ac negotiis? Non erit vſque adeò indulgendum malitiæ hominis, vt inimicitiarũ oblitus videatur, qui de vindicta eo tempore cogitauit: *d. § dat remiſſionem, l. 1. C. ſi propt. inimicit. § item ſi propter, & §. inimicitiæ, hoc tit.*

Illa verò ſemper iuſtiſſima excuſationis cauſa eſſe creditur, ſi quis ſtatus ſui controuerſiam paſſus ſit à patre pupilli, id eſt ſi pater pupilli eum in ſeruitutem petierit, *d. § inimicitia.* Nec enim grauior lis, aut inimicitia eſſe poteſt, quàm quæ eſt de ſtatu & de capite: *§. item is qui ſtatus 12. hoc tit.* Sunt enim iſta paria, Capitis accuſare, & in ſeruitutem petere; ita vt ex vtraque cauſa etiam ius patronatus amittatur: *l. qui cum maior. 4. D. de bon. libert.* Niſi in caſu *l. ſi inimicitiæ 9. D. de his quæ vt indig.* Quare nec aliud erit, ſi tutor datus controuerſiam ſtatus faciat pupillo, dummodò non per calumniam ea lis moueatur, ſed bona fide: *d. l. ſi duas 6.* aliàs *l. athleta, §. amplius autem.*

De excuſatione ob imperitiam & ruſticitatem.

EAdem ratio vtilitatis pupilli facit, vt mediocritas quoque & ruſticitas interdum iuſtam præbeat excuſationem, ſecundum epiſtolas Diuorum Hadriani & Antonini, vt ex Paulo refert Modeſtinus in *l. ſi duas 6.* & alias *l. athleta, §. vltim. D. hoc tit.* vbi tamen additur, Eius qui ſe neget literas ſcire non admitti excuſationem, ſi modò non ſit expers negotiorum. Tutela enim nomen rei & negotiationis eſt, non ſcripturæ & literarum: Videmúſque quotidie multos literarum penitus imperitos, nihilominus negotia & ſua & aliena bene prudentérque adminiſtrare.

Ex quo Iuſtinianus noſter in *§. ſimiliter eos, hoc tit.* ſcribit, Eos qui literas neſciunt excuſandos eſſe, quamuis, inquit, & imperiti literarum poſſint ad negotiorum adminiſtrationem ſufficere; de iis omnino accipiendum eſſe, qui non minùs negotiorum quàm literarum ſint imperiti. Niſi dicas cum Cuiac. ad *d. l. 6. §. Grammatici, in fine, hoc tit.* ius vetus fuiſſe hac parte à Diuo Pio immutatum: quod tamen parum probabile eſt. Quamquam ea ratio ſuadere maximè videbatur, vt ſola literarum imperitia poſſet tribuere excuſationem, quòd actus ſui rationem tutores & curatores omnes conficere neceſſe eſt, vt poſſint eam poſtea ſiue pupillo, ſiue contutori reddere: *l. 1. §. officio, D. de tutel. & ration. diſtrahend.* quod tamen ſine ſcriptura fieri nec commodè, nec vllo modo poteſt. Sed cùm non ſit neceſſe vt ipſius tutoris manu exaratæ ſint, & conſcriptæ,

§. ſimiliter eos, hoc tit.

ptæ, quid vetat conſcribi eas ab alio, dictari verò ab ipſo tutore qui geſſerit, vt proinde nec ab alio quàm ab ipſo confectæ dici poſſint? eam planè ſcripturam ſi à tutore ipſo fieri nequeat, certum eſt, pupilli ſumptibus fieri debere. Omnes enim ſumptus bona fide in tutelam facti, dum ne in tutorem ipſum, omnimodo præſtandi ſunt à pupillo, niſi cùm ab eo qui tutorem dedit, certum, ſiue ſolatium, ſiue ſalarium conſtitutum eſt, ex quo potuerit tutor & debuerit ſumptus illos erogare: *l. à tutoribus 33. §. vlt. D. de adminiſtra. tutor.*

Apparet etiam ex ſupradictis, quod de mediocritate ſcribit Modeſtinus ex Paulo in *d. l. 6. §. vlt.* non ad mediocritatem & tenuitatem patrimonij referendum eſſe, vt quidam volunt, ſed potius ad mediocritatem & tenuitatem induſtriæ, quæ non valde diſtet ab imperitia negotiorum, & ruſticitate. Sumpſit enim Paulus, & poſt eum Modeſtinus iſta pro ſynonymis, vt probant præcedentia illa & prima verba §. *De ruſticis autem & humilibus & illiteratis ſcribit Paulus ita.* Item quod in *l. ſeq.* ſcribitur de paupertate, tanquam omnino diuerſum quid, Paupertatem dare excuſationem. Nec enim tenuitas & mediocritas patrimonij excuſat a tutela, cùm nec paupertas ipſa excuſet, niſi quæ tanta eſt, vt tutorem faciat imparem oneri iniuncto.

ILLATIO V.

De excuſatione ob diuerſitatem conditionum.

QVintò ex ſupradicto eodem Principio noſtro fit, vt aliquando competat excuſatio à tutela, veluti ob diuerſitatem conditionum, Puta ſi ingenuus libertino tutor detur, *l. 1. §. libertinus D. hoc tit.* vbi ſcriptum eſt, Libertinis pupillis ingenuos tutores vel curatores à Præſidibus dari non debere, niſi omnimodo libertinorum penuria ſit in illo loco. Libertinis enim libertinos ſolos dandos eſſe, & quidem qui ex eodem loco ſint, Diuus Marcus reſcripſit. Nempe quia cum tutelæ munus ſit publicum & ciuile, vt Principium noſtrum habet, Nemo neſcit quammaximè intereſſe publicè, vt conditionum diſtinctio ſeruetur ſuáque cuilibet ciuium conditioni dignitas & prærogatiua, maximè verò vt ingenui dignoſcantur à libertinis: *l. 1. § ſed et ſi ſeruus, D. de inſpic. ventr. l. 1. & tot. tit. D. ſi ingen. eſſ. dicet. l. diffamari 5. & tot. tit. C de ingen. manumiſſ.* Etſi libertinos ingenuis tutores dari nihil prohibet. Ne ſi aliter obſeruetur, inducamus æqualitatem inter eos inter quos conditionum diuerſitas inducit potiùs inæqualitatem.

l. 1. §. libertinus D. hoc tit.

Non tamen vſque adeò prohibitum eſt, vt libertino pupillo ingenuus tutor detur, vt non ſit ei neceſſaria excuſatio: debet enim excuſari, *l. cùm ex oratione 44. D. hoc tit.* Alioqui tutor manebit & perſeuerabit, ſiue nullomodo ſe excuſauerit, vt in *l. pupillo 27. §. 1. D. de tutor. & curat. dat.* ſiue excuſationem fortaſſe tardius & extra tempora propoſitam iudex admittere noluerit, & nihilominus tutor iudicato acquieuerit. Hoc enim facit autoritas rei iudicatæ: *l. 1. C. eod.* Itémque fauor pupilli ne incertum ſit an tutorem habeat, an non: *l. .. hoc tit. D.*

Excipimus tamen caſum illum *Niſi libertinorum penuria ſit in illo loco.* Nimirum ex generali regula *l. vt gradatim 11. §. quoties penuria eſt, D. de muner. & honor. l. 2. C. qui ætat.* vbi dicitur etiam minores vigintiquinque annis adſtringi muneribus ciuilibus cùm penuria eſt ciuium Requirimus autem, vt libertinus, cui tutor datur, ſit & ex eodem loco, etiamſi detur à Præſide prouinciæ, contra quam putet Cuiac. ad *l. 1. huius tit.* Ne ſi ex alio loco euocetur, incommodo aliquo patronus afficiatur. Quod non perinde poteſt dici de ingenuis, de quibus accipe *l. 50. D de tutel. l. diui 24. de tut. & cur. dat.*

De illo qui ius annulorum impetrauit, ſi datus ſit tutor libertino.

AT quid ſi non ingenuus tutor libertino datus ſit, ſed is qui ius annulorum impetrauerit: Eandem habebit excuſationem, quia licet ingenuus non ſit, ingenuitatis tamen iura omnia nactus eſt, *l. 1. & tot. titu. D. de iur. aureor. annul.* Et ab Imperatoribus reſcriptum eſſe teſtatur Tryphoninus in *dict. l. cùm ex oratione 44. in princip. D. hoc tit.* Ergo, inquit, ſi pupillo libertino habenti ius annulorum datus ſit ingenuus tutor, vel curator conſequens eſt, vt excuſatio eius ob hanc conditionum diuerſitatem accipi non debeat. Nulla enim conditionum diuerſitas eſſe intelligitur inter eum, qui ingenuus natus, & eum qui ingenuitatis iura nactus eſt; quamuis hic reuera non tam ſit ingenuus, quàm habeat iura, & honorem ingenuitatis.

l. cùm ex oratione 44 in prin. hoc tit.

At ſi antequàm pupillus vel pubes minor annis vigintiquinque ius annulorum acciperet, Lucius Titius ei datus tutor vt ingenuus excuſatus fuerit, maior dubitatio eſt, an poſt impetratum à pupillo vel minore beneficium, denuò eidem tutor curatórve dari poſſit, videtur enim prior excuſatio debuiſſe perpetua eſſe, non temporalis. Sed non ita eſt; Nam imò verò tutor dari poſtea poterit ſuo loco & tempore: Exemplo eius quod placuit & reſcriptum eſt in eo, qui tempore, quod intra annum erat, ex quo reipublicæ cauſa abeſſe deſierat, excuſatus fuit, ſcilicet præterito anno ipſum ſuo loco dari poſſe. Ceſſante enim cauſa excuſationis ipſa quoque ceſſare debet excuſatio, vt in ſuperioribus diximus, ex *l. ſi duas 6.* aliàs *l. athleta § gentium*, *l. idem Vlpianus 12. eod. D.*

Rurſum pone libertinum hominem qui Senatori patrono procurat impetrare ius annulorum, atque ita tranſire in ordinem ingenuorum; an habebit excuſationem ab aliorum tutelis, quomodo habent liberti cæteri, qui Senatoris rem & patrimoniũ adminiſtrant, in *l. ſpad. 15. §. libert. 8. eod. tit. l. ne Senat. 13. Cod. eod. l. libert. 17. §. 1. D. ad municip.* Minimè, quia nec libertus aut libertinus dici amplius poteſt qui tranſit in ordinem ingenuorum: *d. l. cùm ex oratione, §. vlt.* Si tamen libertus hic, qui annulorum ius impetrauit, datus ſit tutor liberis patroni ſui, non habebit excuſationem quaſi ingenuus, ſed pro libertino hac parte habebitur: *l libertum 14. § ſed et ſi, eod.* Ne ſcilicet excuſatione vtatur contra eum qui dedit ei vt excuſare ſe poſſet, *arg. l. 4. C. de obſeq. patron. præſt. l. filio 7. D. vt legat. ſeu fideicom. ſeruand. cauſ. caueat.* Sic apud Senecam *lib. 3. De benef.* Quicquid eſt quod dat patri filius, vtique minus eſt, quia hanc ipſam dandi facultatem patri debet. Et hæc vera ratio eſt, non quam affert Cuiac. ad *l. 1. huius tit.* vt datio teneat, ita enim ſequeretur libertum, qui impetrato iure annulorum datus eſſet tutor pupillo libertino, non poſſe ſe excuſare; quod

etſi

etſi ita eſſe defendit idem Cuiacius, contra Accurſium, Pugnat tamen ex diametro cum *d.l. cùm ex oratione 44 in princip.*

ILLATIO VI.

De excuſatione ob pœnam.

SExtò ex eodem Principio noſtro fit, vt poſſit & debeat tutor interdum ob pœnam quoque excuſari, puta ſi in perpetuum exilium datus ſit, *l. planè 29. D hoc tit.* Nam cùm tutela ſit munus publicum & ciuile; Publicè autem intereſt præcipuè, vt & delicta vindicentur, & culpam, vt ille dicebat, pœna premat comes: *l. ita vulneratus 51. §. vlt. D. ad leg. Aquil. l. à reo 70 §. vlt. D. de fideiuſſ.* Itémque vt rerum iudicatarum executio ſequatur, tùm quoque cùm malè ac perperam iudicatum eſt; *l. ſeruo 65. § cum prætor, D. ad SC. Trebell.* conſequens eſt, vt ſi quis pro crimine ad pœnam aliquam condemnatus ſit, non debeat illi prodeſſe ad eam euitãdam quòd tutor datus ſit; Præſertim cum in locum excuſati tutoris, alij plerique idonei dari poſſint: pœnas verò publico exemplo dare non alij, quam qui deliquerunt: *l. ſancimus 22. C. de pen.* Eſt igitur hæc quidem excuſatio, ſed non tam immunitas dicenda, quam non impunitas, ne ſcilicet impunè ferat qui delictum amiſit, quamuis tutor fiat, nec in honorem tribuitur, vt neque illa de qua in *l. 5. §. conductores, D. de iur. immunit.* ſed in pœnam, & ob pœnam. Proinde ſi pœna poſſit cum tutela ſubſiſtere, neque pœna tribuet immunitatem, neque tutela impunitatem, vt puta ſi qui ad tempus exulare ſit iuſſus. Non enim excuſari hunc oportebit ſed per tempus exilij alium in locum ipſius curatorem dari: *l. tutor. penitus 28. § vlt. D. hoc tit.*

De temporibus excuſationum.

HActenus de cauſis excuſationum diximus, ſupereſt iam vt de excuſationum temporibus dicamus.

ILLATIO VII.

De neceſſitate proponendæ excuſationis intra legitimum tempus.

SEptimò igitur ex eodem Principio noſtro fit, vt illi etiam qui iuſtam habent à tutela vel cura excuſationem, ob aliquam ex iis cauſis de quibus hucuſque egimus, non aliter tamen audiendi ſint quàm ſi intra conſtituta tempora iudicem adeant vt ſe excuſent. Nam cùm tutela ſit munus publicum & ciuile, ad quod obeundum proinde tenentur omnes niſi qui habent excuſationem, non eſt cuiquam credendum prætendenti excuſationem ſine iudice, Ne alioquin ſi paſſim, & ſine vllius temporibus præfinitione prout cuique libuerit permiſſum ſit ſe excuſare, non reperiantur qui tutelas aliaque munera publica neceſſaria in rebus publicis obeant: *l. 1. D. de vacat. & excuſat. muner* qui locus etſi non ſpecialiter eſt de tutelis, ſed generaliter de publicis omnibus muneribus; aptiſſimè tamen conuenit tutelis & curis, vel hoc ipſo quòd munerum publicorum appellatione continentur.

l. 1. D. de vacat. & excuſ. muner.

Et hoc eſt quod Modeſtinus ait in *l. ſcire oportet 13. §. 1. D. hoc tit.* Multa obſeruari oportere vt concedatur tutores vel curatores cauſas remiſſionis tribuere. Oportere enim eos conſtituto legibus tempore ad iudicem accedere. Eſt autem hoc tempus regulariter quinquaginta dierum, *l. quinquaginta dies 6. Cod. eod.* Sed tamen alia atque alia tempora pro locorum varietate ſunt conſtitututa: quæ omnia ſupradicto loco proſequitur Modeſtinus. Primùm autem ait, eum, qui in ipſa ciuitate eſt vbi creatur, vel intra centeſimum lapidem à ciuitate, debere intra quinquaginta dies excuſari, poſtea verò non admitti, ſed teneri ad ſollicitudinem. Nocet enim illi quandocunque poſtea ſe excuſare volenti præſcriptio temporis. Vt ſit in eadem cauſa, in qua eſſet, ſi apparuiſſet proprio periculo ipſum negligere, id eſt ſi agnitâ tutelâ ceſſaſſet nihilominùs in adminiſtratione, quod non niſi proprio ſuo periculo facere poſſet, *l. pro officio 20. C. de admin. tutor. l. tutor vel curator 20. D. eod.* Nec proinde vlla ei via relicta erit ad excuſationem Qui autem ſupra centum miliaria à ciuitate abeſt, viginti miliaria habebit numerata in vnamquamque diem, à quo tempore cognouerit ſe datum tutorem, ſiue à teſtatore, ſiue à Præſidibus; & extra hoc tempus, alios triginta dies habebit ad excuſationem. Oportet autem manifeſtari tutori à Præſidibus quod tutor datus, idque vel in faciem, vel ad domum; & quidem intra diem trigeſimum, vt Diuus Marcus reſcripſit, ſcilicèt ſi peregrè agant qui tutores vel curatores dati ſunt: *l. vlt. D. de tutor. & curat. dat.*

l. tutor vel curator 20. D. de adm. tutor.

Hoc autem non ad eos tantùm tutores & curatores pertinet qui dati ſunt à magiſtratu, ſed etiam ad teſtamentarios ſiue tutores, ſiue curatores, Non quia teſtamento curatores dari poſſint ſed quia inutiliter quoque datos confirmari à magiſtratibus conſuetum eſt: *l. 1. & tot. titul. D. de confirm. tutor.* Et hic Modeſtini ſenſus eſt in *verſicul. hoc autem conuenit*, non quem illi putant, qui ex eo inferunt etiam teſtamentarios tutores ritè datos confirmari. Quod nos *in Erroribus pragmaticorum* refutauimus.

Sed an & legitimis tutoribus idem conueniet? Nec enim poſſe videntur illi ſe excuſare, Niſi eo caſu quo etiamſi non ſe excuſarent, tamen inuitis iis alius vel curator in eorum locum dandus eſſet, ſi excuſationis cauſa eſſet temporalis, vt in *l. non ſolùm 10. §. ſi libertus, D. hoc tit.* vel tutor perpetuus, remoto in perpetuum legitimo, vt in *l. ſi pupillum 30 eod.* Nimirum ita ferente ac ſuadente vtilitate, non ipſius tutoris legitimi, ſed pupilli. Verius tamen eſt legitimos quoque excuſari poſſe, *d. l. ſi pupillum, l. ſi ſorores 9. C. qui dar. tutor.*

De computandis diebus datis ad proponendam excuſationem.

SEquitur apud Modeſtinum, id quod proximè dictum eſt ex Diui Marci conſtitutione, ei qui vltra centum miliaria habitat, in vnamquamque diem numeranda eſſe viginti miliaria, & extra hoc adiici oportere triginta dies alios ad excuſationem; non ita ſimpliciter & abſolutè verum eſſe, ſed cum temperamento, iuſtáque interpretatione, ne alioqui abſurdum ſequatur. Quid enim ſi cuius habitatio abſit centum & ſexaginta miliaribus. An octo tantùm & triginta miliariorum nomine in vnâquamque diem viginti miliariis numeratis, Triginta verò ad faciẽdam excuſationem? Atquin ita fiet, vt deterioris conditionis ſit qui longius habitat, quàm ſi intra cẽtum mil-

liaris

liaria habitaret, aut in ipſa ciuitate. Hoie enim ſemper quinquaginta ſpatij dies ſunt. Illi verò eſſent pauciores. Hoc verò abſurdum eſſet, & contra propoſitum, mentémque conſtitutionis, quæ melioris conditionis eſſe voluit illum, qui longiùs habitaret. Ergo ne abſurdum hoc eueniat dicendum eſt ita interpretandam conſtitutionem, vt nunquam alicui detur tempus minus ſpatio quinquaginta dierum; Tunc autem longius tempus dandum ſit, cùm annumeratio dierum, qui in viam computantur, adiectis triginta diebus quos dat conſtitutio ad excuſationem, excedit quinquaginta dies; vt puta ſi ponas aliquem in eo loco habitare qui diſtet à ciuitate quadringentis quadraginta miliariis: Hic enim vix quidem habebit dies viginti duos; ad excuſationem verò alios triginta: qui numerus quinquaginta dies excedet.

Nec ſanè pugnat hæc interpretatio cum verbis conſtitutionis, ſed quod verbis deeſt ſupplet commodiſſimè ea mente conſtituentis, quod fieri etiam à Prudentibus poteſt, quomodo in propoſita ſpecie factum eſſe à Scæuola, Paulo, & Vlpiano teſtatur Modeſtinus: Alioqui manca Prudentum autoritate, vel ſeruanda eſſet conſtitutio quantumuis dura, vt in *l.proſpexit 12. D.qui & à quib. manumiſ.* vel noua Imperatoris lege aliqua & conſtitutione eſſet corrigenda, vt in *l. 1. C.de legib.* Simile quiddam eſt, ſed audentioris interpretationis apud Papinianum in *l.3.in princ. De vſur.* de cuius ſententia ſcripſimus *lib. 7. Coniect.cap.1.*

l.3.in princip. D.de vſur.

De illo qui intra conſtitutum tempus vnica tantùm ſpecie excuſationis vſus eſt.

CVm verò hoc temporis ſpatium obſeruare omnes debeant, qui qualitercumque excuſantur à tutela, vel cura, nec ſolum ſi in totum excuſentur, ſed & ſi pro parte, non quidem tutelæ quæ indiuidua eſt, ſed adminiſtrationis, quæ diuidi commodè poteſt, *l. inter tutores 36. D. de adminiſtr. tutor.* vt in *l.illud 19. & l. propter litem 21.§.licèt D.hoc tit.* Conſequens eſt, vt ſi quis ſpecie aliqua excuſationis fuerit vſus intra conſtitutum tempus, non aliter audiendus ſit aliam proponere volens, quam ſi idem tempus obſeruet, *d.l.ſcire oportet,§ obſeruabunt, & ſeq.* Hoc enim eſt quod Vlpianus ſcribit in *d.l propter litem,§.1.* Eum qui ſe vult excuſare ſi plures habeat excuſationes, & de quibuſdam non probauerit, aliis quidem vti non prohiberi, ſed intra tempora; ne quis fortè putet ſingulis excuſationibus ſingula temporis ſpatia data eſſe. Addenda tamen eſt exceptio quam addit Modeſtinus, *niſi fortè alterius alicuius ciuitatis eſt ciuis.* Nam qui neque ciuis, neque incola eſt, cùm non ſit ſuppoſitus iuriſdictioni Magiſtratus, apud quem proponenda eſſet excuſatio, ſicut non habet neceſſitatem ſe excuſandi, cùm ipſo iure non teneatur, *l.1.§.vlt.D.de tutor & curat.dat.* ita neque conſtituta excuſationum tempora obſeruare cogitur, vt idem Modeſtinus explicat pluribus in *d.l.ſcire oportet,§.vlt.*

De illo qui per imperitiam magiſtratus fuit abſolutus ob excuſationem propoſitam poſt legitimum tempus.

ADeò autem neceſſe eſt cuſtodiri conſtitutum tempus, vt etſi dimiſſus atque abſolutus fuerit per Magiſtratus inſcitiam ille, qui poſt tempus ſe excuſauit, non ideò liberetur, nec eo minùs tutor maneat, qui ſemel ita tutor fuit, vt deſierit poſſe & debere excuſari: *d l.ſcire oportet,§. ita verò.* Quamuis è contrario ſi is qui iuſtam habuit excuſationem, eámque intra tempora allegauit, per iniuriam iudicis retentus ſit in tutela, cogendus eſt iniunctum munus implere ſi acquieuerit iudicato: *l. 3. C. eod.* Nempe quia tutor cui à iudice facta eſt iniuria, poteſt prouocare ſi velit, debétque ſibi imputare ſi nō prouocauerit. At iniuria quæ fit pupillo per admiſſam à iudice poſt tempora excuſationem, quam admittere nullo modo debuit, non ita facilè corrigi, neque pupillo ipſo appellante, neque alio volente pro eo appellare: Et ideò intactam & illibatam ipſo iure pupilli cauſam à lege ſeruari æquum fuit, ſi quid aduerſus eius vtilitatem factum eſſet à Magiſtratu contra leges, in admittenda poſt tempora excuſatione: *arg.l.vlt. C.in quib.cauſ. reſtit.in integr.non eſt neceſſ.* Proinde ſi quis alius ab eodem Magiſtratu creatus tutor ſit in locum huius malè excuſati, reſcriptum meritò eſt ab Imperatoribus non debere hunc in tutela detineri, quamuis nec à creatione ſua appellauerit, quaſi qui nec volens tutor eſſe poſſit eius pupilli qui iam alium tutorem habeat, *d. §. ita verè*, ſcilicet propter repugnantiam quæ eſt ex parte rei, vt loquuntur Philoſophi, quæ repugnantia impedit ne res iudicata pro veritate haberi poſſit, cùm nequeat res iudicata facere poſſibile id quod eſt impoſſibile: Quale eſſe cenſetur quicquid eſt contra leges: *l.filius 16. D.de condit.inſtit.* iunct. *l.ſi ſororis 9.C.qui tutor.dar.poſſ.l. cùm iure 9. C.qui pet.tutor. l.licèt 4.C.in quib.caſib.tutor.habent.*

d.l.ſcire oportet,§. ita verò.

§ quinquaginta eiuſdē leg. ſcire oportet.

De neceſſitate quam tutor habet allegandi ſpecialiter cauſam excuſationis & remiſſionis.

POrrò non ſufficit, vt quis accedat ad iudicem ad ſe excuſandum, ſed oportet vt ſe excuſet, cauſamque excuſationis & remiſſionis ſpecialiter alleget, ita vt ſi multa iura habeat, id eſt varias excuſationis cauſas, omnia iura omnéſque cauſas nominare debeat: Alioqui ſimilis fiet ei qui nequaquam acceſſerit ad ad iudicem; vel qui acceſſerit quidem, ſed iuſtam remiſſionis & excuſationis cauſam nullam attulerit: *§. ſcire autem oportet, d.l.ſcire.* Quid enim refert an quid nullo modo fiat, an verò malè fiat & perfunctoriè, ac dicis vel puritatis cauſa, quomodo loquitur Vlp. *l.2.§.1.D.qui pet.tutor.l.4.D.commod.l.quoties 6.D. qui ſatiſd.cogant l.2.D.de autor.tutor.* Sufficit ſanè vt intra conſtitutum tempus tutor ſe excuſauerit ſolùm: Nec requiritur vt intra illud tempus admiſſa ſit excuſatio, ita vt ſi tutor nolēs poſtea deſierit, id eſt ſi inuitus deſtiterit à perſequenda excuſatione, ad alia fortaſſe negotia vocatus, non quòd ab excuſatione vellet diſcedere, non ei nocebit quandocumque poſtea eandem excuſationem repetenti etiam poſt tempora, nec præſcriptione temporis repelletur, *§. ſufficit autem, ead.*

leg,

leg. Planè ſi volens & vltrò deſierit proſequi excuſationem, ei nocebit, quaſi qui in ea perſeuerare noluerit; fortè quod improbam & illegitimam illam eſſe ſciret, aut ſuſpicaretur: *arg. l. deſtitiſſe* 10. *D. de iudic. l. mora* 32. *D. de vſur.* Multò magis ei nocebit, ſi ſe tantùm repræſentauerit intra conſtitutum tempus apud iudicem, nec tamen permanſerit poſtea vt ſe excuſaret: perinde enim poſt conſtitutum tempus repelletur præſcriptione, ac ſi nunquam ſe repræſentaſſet: *dict. §. ſufficit, in fin.* quia ſcilicet minùs hic fecit quàm ſi ſe excuſaſſet in genere, nulla allata in ſpecie cauſa excuſationis? Quo tamen caſu iam diximus nihil ei profuturum: *d. § ſcire.*

De illo qui ob aliquam iuſtam cauſam non potuit intra conſtitutum tempus ſe excuſare.

QVid ergo ſi quis propter ægritudinem, vel aliam neceſſitatem, putà maris, vel hyemis, vel incurſus latronum, aut quam aliam ſimilem, non potuerit intra conſtitutum tempus venire? Ignoſcendum ei eſt; quia nemo caſum fortuitum præſtare cogitur, nec vim illam maiorem cui, reſiſti non poteſt: *l. 2. §. ſi quis iudicio, & ſeq §. vis fluminis, D. ſi quis caution. l. contractus* 23. *De regul. iur.* At quanquam non alia huius rei probatio quærenda eſt, quàm quæ ex ipſa naturali iuſtitia proficiſcitur, quia ſcilicet naturalem intellectum habet, vt loquitur Papinianus in *l. cui pacto* 5. *D. de ſeru. export.* addit tamen Modeſtinus extare conſtitutionem Imperatorum Veri & Antonini, quæ hoc ipſum dicit.

De qualitate temporis intra quod proponenda eſt excuſatio; An continuum ſit, an vtile.

AN verò continui erunt iſti quinquaginta dies, an vtiles? Et ait Modeſtinus in *§. quinquaginta, ead. leg.* continuos eſſe, non vtiles: numerandos tamen ex die tantùm cognitionis, id eſt quo quis cognouit ſe tutorem datum eſſe; ſiue manifeſtatum ei ſit à Præſidibus vel in faciem, vel ad domum, vt ſuprà diximus; ſiue aliunde id cognouerit. Nec enim refert vnde, dummodò ſciuerit. Erit ergo hoc tempus ex poſtfacto quidem continuum, ſed ab initio tamen vtile, cùm non incipiat currere niſi à die ſcientiæ: vt & de quadriennio illo dici ſolet, quod Iuſtinianus induxit & ſubſtituit in locum anni vtilis, qui dabatur olim ad petendam reſtitutionem, de quo in *l. vlt. C. de tempor. in integr. reſtit.* Nec enim ſanè æquum eſſet currere tempus ignoranti, cui nihil poteſt imputari, *l. cum ſex* 55. *D. de ædilit. edict.*

§ quinquaginta vbi ſ. d. leg. ſcire oportet.

De forma proponendæ excuſationis.

AT quænam forma erit & proponendæ & admittendæ excuſationis? Proponenda eſt ante tribunal, vel aliter in ſubmemorationibus, quod Gallicè ſic efferri meo iudicio poteſt, *en audience, ou au parquet*: Nec poteſt quis ſe excuſare per libellos, *l. excuſare* 55. *D hoc tit.* quia cùm omnis excuſatio, cauſæ cognitionem decretúmque magiſtratus deſideret, *l. 1. D. de vacat. & excuſ. muner.* conſtat nihil eorum quæ cauſæ cognitionem deſiderant per libellum expediri poſſe, vt nec quoties decretum eſt neceſſarium: *l. nec quicquam* 9. *§. 1. D. de offic. proconſ. l. 1. §. abolitio, D. ad SC. Turpill. l. omnia quæcunque* 71. *l. vbicumque* 105. *de reg. iur.* Poteſt tamen libellos dare ad conteſtandam excuſationem ſummouendæ præſcriptionis gratia, quamuis non niſi pro tribunali diſceptetur, excutiatur, & recipiatur excuſatio. Sic enim accipiendum eſt quod Modeſtinus ſcribit in *dict. l. ſcire §. oportet*, ne pugnet ille cum Vlpiano in *dict. l. excuſare.* *d. l. ſcire §. oportet.*

Ego tamen addo, Etiam ad fines conteſtationis & ſummouendæ præſcriptionis, requiri vt tutor libellos offerens accedat ipſe ad iudicem, & ſe repræſentet, vt ipſe det libellum, nec ſufficere vt id faciat per procuratorem, *dict. §. ita verò, & dict. §. ſcire.* Eſt enim excuſatio tutelæ, ſicut & ipſa datio, actus legitimus qui non poteſt fieri per procuratorem, non magis quàm in diem, aut ſub conditione, *l. nemo alieno* 123. iunct. *l. actus legitimi* 77. *de regul. iur.* licèt Cuiac. contra Accurſium aliter putet, ad *l. 13. D. hoc tit.* Alioqui non eſſet quærendum an valetudine, aut vi tempeſtatis, aut qua alia de cauſa impeditus quis eſſet, ne veniret ad iudicem ſe excuſatum intra conſtituta tempora, cùm poſſet ei ſemper imputari cur ſaltem non miſiſſet procuratorem: quemadmodum imputamus ei qui exulare cogitur, cur non reliquerit in prouincia procuratorem ad expedienda ea, quæ procurator expedire potuiſſet: *l. Papinianus* 20. *D. de minor.*

Decretum verò iudicis tale eſſe debet, vt purè vel admittatur vel reiiciatur excuſatio. Alioqui vitium pronunciationis eſt, ſi conditio inſeratur, adeò vt ita excuſatus tutor non magis poſſit haberi pro excuſato, quàm ſi decretum nullum interueniſſet, vt in ſpecie *l. qui teſtamento* 37. *D. hoc titul.* Neque enim ſententia ſub conditione ferri poteſt, aut debet: *l. 1. §. biduum, D. quand. appell. ſit, & intr. quæ tempor.* Quamquam in eo caſu quem tractat Scæuola in *dict. l. qui teſtamento*, non illam iuſtam excuſationem habebat tutor, quæ expreſſa fuerat per ſententiam iis verbis conceptam, *l. ſi legitimum tutorem habenti tutor datus es, non eſt tibi neceſſaria excuſatio*, cùm appartuiſſet nullum patruum ei impuberi tutorem eſſe, ſed illam potiùs quòd tres liberos habebat, qui numerus ſufficit in Vrbe, vt ſuprà diximus. De Vrbe enim loquitur Scæuola, cùm loquatur de Prætore, non de Præſide qui ſolus in prouincia partes Prætoris gerebat, *dict. l. Papinianus.* Et hoc eſt quod ait, *quamuis iuſtas excuſationis cauſas haberet.* Vitium ergo pronunciationis, propter quod negat Scæuola tutorem hunc excuſatum eſſe, non tam illud eſt, quòd decretum ſub conditione ſit conceptum, vt vulgò creditur, quàm quia falſam cauſam habuit. Nam etſi Prætor ita pronunciaſſet, *quoniam legitimum tutorem habenti tutor datus es, non eſt tibi neceſſaria excuſatio*, nemo diceret inſertam decreto conditionem quæ pronunciationem vitioſam faceret, & tamen non eo minùs vitioſa eſſet quia expreſſam haberet falſam cauſam ac proinde nullam. Sed & ſubſtantia ipſa pronunciationis vitioſa eſt quæ poſtremis illis verbis continetur, *non eſt tibi neceſſaria excuſatio.* Ei namque qui tres liberos Romæ habet excuſatio certè neceſſaria eſt, quamuis non ſit neceſſaria ei qui tutor datus eſt pupillo iam tutorem habenti, vt diximus in præcedentibus ex *l. tàm iure* 9. *C. qui pet. tutor. l. ſi ſororis* 9. *Cod qui dar. tutor. poſſ. l. penult. Cod. in quib. caſib. tutor. habent.* Debuerat ergo Prætor ita pronunciare,

Digitized by Google

Excuſatus es,quo modo ſi pronunciaſſet, vtique fuiſſet tutor excuſatus, quia licèt falſa eſſet illa cauſa excuſationis, quaſi legitimum tutorem habenti vitioſè datus eſſet;tamen ea ſublata, ſupererat prior excuſatio quæ vera erat,quòd liberos tres haberet, ſufficit autem vel vnam adeſſe iuſtam excuſationis cauſam,*d.l.ſcire oportet*, *§.conſequens,l.propter litem* 22.§.1.*D.eod l.appellanti* 13. §.1.*D.de appell.* Et ob id nimirum,addit Scæuola, ſi tutor hic acquieuerit ſententiæ, non eſſe dandam in eum tutelæ actionem vtilem ob id quod tutelam non geſſerit,ſi modo non tam per malitiam & dolo malo ceſſauerit ab adminiſtratione, quàm errore ductus,quia ſe pro iure trium liberorum quod allegabat,crederet excuſatum:Non quaſi ſolum decretum quamuis vitioſum poſſit inducere bonam fidem ſi aliud nihil eſſet, at quia re vera bonam habebat excuſationem ob priuilegium trium liberorum : nec æquum eſt vſque adeò nocere illi culpam Prætoris, à quo potuerat & debuerat excuſari ſi benè ille ſciuiſſet pronunciare:Quamquam nec ei prodeſſet ſola illa ratio & allegatio iuſtæ excuſationis,ſi non etiam decretum pro eo aliquod,ſaltem vitioſum, ſecutum eſſet.

At ſi è contrario cùm ſe tres liberos habere, & impuberi patruum tutorem legitimum eſſe dixiſſet, apparuiſſet patruum quidem eſſe tutorem legitimum, ſed non niſi duos ei adeſſe liberos,& Prætor ita pronunciaſſet,*ſi tres liberos habes, excuſatus, es,* idémne dicendum eſſet, vt ob vitium pronunciationis (nam æquè vitioſa eſt illa pronunciatio) non deberet ille haberi pro excuſato? Imò verò eſſet plus quàm excuſatus, cùm non eſſet ei neceſſaria excuſatio, tanquam qui ipſo iure probiberetur ne tutorem habenti tutor dari poſſet: ideóque nec verendum eſſet, ne ob non geſtam tutelam vtili tutelæ actione teneretur, *dict. l. ſi ſororis.* Certè non minùs iuris haberet quàm habet in eo caſu qui tractatur à Scæuola, quia ſicut malitiæ numquam indulgendum,ita errori ſemper ſuccurrendum eſt,*l.quamuis* 32.*in fin. D.de condit.& demonſtr l.vlt. D.de rit.nupt.*

De tempore dato ad peragendum negotium propoſita excuſationis.

QVinquaginta porrò dictum ſpatium, quod tutoribus omnibus & curatoribus datum eſſe diximus ad ſe excuſandum, ad conteſtandas tantùm excuſationum cauſas pertinet, non autem ad negotium ipſum excuſationis peragendum. Nam peragendo negotio continuì quatuor menſes conſtituti ſunt, ex die nominationis numerandi, *leg. quinquaginta* 38. *D. hoc titul.* Si tamen cùm ipſe inſtitueret, inſtarétque vt proferret excuſationem, mora contradictoris impeditus eſt, quominùs decreto liberaretur, poterit & debebit etiam poſt elapſum quadrimeſtre admitti excuſatio, *leg. ſi cùm ipſe* 39. *eod.* Nec enim aduerſarij contradictio nocere illi debet, per quem non ſtetit, quique nec in culpa, nec in mora eſſe dici poteſt, *l.ſciendum* 21. *D. de vſur.*

l. quinquaginta 38. *D. hoc tit.*

At quomodo fieri poteſt vt quatuor illi menſes incipiant currere ex die nominationis, ſi quinquaginta dies, intra quos proponenda eſt excuſatio, & quos ideò præcedere neceſſe eſt, non à die nominationis currunt, ſed à die cognitionis, vt ſuprà diximus?Puto ita eſſe hoc accipiendum vt quatuor illi menſes continui numerentur ex die nominationis; eo nimirum caſu, quo idem ſit dies nominationis & cognitionis; ad excludendum ſcilicet tempus illud duntaxat quo allegata excuſatio fit: Quaſi dicat Paulus, non incipere quatuor illos menſes datos finiendo excuſationis negotio currere à die allegatæ excuſationis, quod tamen ita eſſe videbatur, ſed à die nominationis, cognitæ ſcilicet, non factæ: Ne alioqui facilè poſſit contingere vt priùs finitum, quàm cæptum eſſet tempus excuſationis, quod certè perabſurdum eſſet:*l.ſi in diem* 46. *l. Titio vſusfructus* 96. *de condit.& demonſtr.* Nam & eadem ratio facit, vt ſi quis teſtamento tutor datus ſit ex die, vel ſub conditione,non prius quinquaginta illi dies cedere incipiant,quàm tutelæ dies vel conditio venerit, adeóque nec priùs quàm ſit adita hæreditas,vt Tryphoninus ſcribit in *l.penult.§.* 1. *D. hoc tit.* de cuius interpretatione iam diximus in ſuperioribus.Quod haud dubiè procedit, etiamſi tutor teſtamento datus ſciuerit ſe datum,vt termini habiles ſupponantur.

l pen.§. D. 1. *hoc tit.*

ILLATIO VIII.

De non cogendo eo, qui excuſationem iuſtam habet,ad munus ſuſcipiendum.

OCtauò ex eodem ſupradicto Principio noſtro fit, vt qui iuſtam habent excuſationem non poſſint cogi ad tutelam ſuſcipiendam; quia ſicuti tutela eſt iuris publici, ita & excuſatio tutelæ;cùm non alius excuſare ſe poſſit, quàm cui ius ciuile tribuit excuſationem:vnde eſt quod iure publico vti dicitur,qui ſe excuſat,vt Papinianus loquitur in *l.iuriſperitus* 30.§.*vlt.D.hoc tit.*

d §.

De illo, cui fideicommiſſaria libertas præſtita & ſoluta fuit à defuncto,cuius liberis tutor quæritur.

IN hoc numero ille eſt,cui fideicommiſſaria libertas præſtita & ſoluta fuit à defuncto, cuius liberis tutor quæritur. Nam etſi ius ita eſt vt nullum excuſationis priuilegium habere poſſit libertus, quominùs liberorum patroni ſui tutelam ſuſcipere cogatur,ſi modò liberi illi patronatus iura ſperare quandoque poſſint, *l.libertus* 14. *D. de tutor. & curat.dat.* ſiue patris pupilli libertum proponas, ſiue matris, *l. libertum* 14.*D.hoc tit.*& ſiue primi gradus liberi ſint, ſiue vlterioris;§.1.*eod. leg.* Adeóque licet ius aureorum anulorum impetrauerit, atque ita in cæteris omnibus pro ingenuo habeatur:*l. cùm ex oratione* 41.*eod.* quia quod ad hoc vt non poſſit ſe excuſare (niſi aduerſæ valetudinis cauſa, *l.pen.§.vlt.D.hoc tit.* aut minoris ætatis, *l.non ſolùm* 10. *§. ſi libertus eod.*) ordinem retinet libertorum,quaſi non mutata conditione, *d. libertum §.ſed etſi.*

Hic tamen,de quo agimus,qui fideicommiſſariam à defuncto accepit libertatem,vix pro liberto habendus eſt, vt neque is qui eum ex cauſa fideicommiſſi manumiſit,pro patrono, niſi hactenus quod eum iniuſſu Prætoris & ſine venia in ius vocare manumiſſus non debet: *l. ſi quoque* 9.*D.de in ius vocand.* Nempe quia non tam donaſſe, quàm ſoluiſſe libertatem intelligitur, quam

quam ex fideicommiſſo præſtare omnimodo debuit, *l. nequaquam 24. D. hoc tit.* Non enim poteſt videri magnum beneficium a defuncto conſecutus, imò nihil penitus commodi ab eo ſenſiſſe, ſed magis debitam ſibi accepiſſe libertatem, *l. ſi ſeruo 84 D. de hered. inſtit.*

Vnde eſt quod in toto ferè iure, manumiſſor eiuſmodi nihil iuris vt patronus aduerſus liberti perſonam conſequitur; Excepto eo quod diximus, ne in ius vocari poſſit ſine venia, *d. l. nequaquam*, vbi tamen Papinianus cautè addit *ferè*, quia hoc etiam iuris habet amplius is, qui etiam ex cauſa fideicommiſſi manumiſit, quod tam contra tabulas, quàm ab inteſtato venire poteſt ad bona liberti quaſi patronus: *l. qui ex cauſa 19 D. de bon. libert.* Multò magis dicendũ eſt, eum, qui propria pecunia emptus & manumiſſus fuit, nequaquam inter libertos connumerandum eſſe, cùm nihil acceperit à patrono, qui nec pauperior vllomodo factus videri poſſit: *d. l. libertum 14 §. qui propria, D. hoc tit.* iunct. *l. 3. C. de bon. libert. l. 5. §. ſi quis à libertis, D. de liber. agnoſc. l. ſed ſi hac D. de in ius vocand.*

Si tamen plures liberti fuerint, non omnes dandi tutores erunt liberis patroni, ſed vnum omnibus liberis dari ſufficiet; qui etiamſi tres tutelas iam habeat, non ideò tamen abſoluetur, nec excuſabitur, qui à patrono tantùm beneficium acceperit, quod ſi non accepiſſet, nec ipſam voluntatem habere nunc poſſet proponendæ excuſationis, nedum minùs facultatem: *arg. l. filio 7. D. vt legat. ſeu fideic. ſeruand. cauſ. caueat. l. ſi manumiſſori 4 C. de obſeq. patro. præſt.* Et hoc eſt quod ait

d. l. libertum §. vlt. Modeſtinus in *d. l. libertum 14. § vlt.* vbi manifeſtum eſt in illa verba, *omnibus libertis*, erratum eſſe, legendúmque *liberis*. Nec enim *ibi* agitur de tutore dando libertis, ſed dando tutore patroni liberis, vno ex pluribus libertis. Neque verò priuilegium vllum eſt patroni in libertos ad auferendam iis excuſationem, niſi cùm agitur de tutela liberorum patroni. Nam ſi patronus impuberi liberto quoſdam ex libertis ipſis, ſiue tutores, ſiue curatores teſtamento dederit, non eo minùs poterunt illi ſe excuſare, ſi quam habeant iure publico excuſationem; ne ſcilicet decreto confirmentur, quamuis conſtet eos eſſe alioquin idoneos: *l. iuriſperitos 30. §. vlt. D. hoc tit.* Nec immeritò; cùm vt diximus, nec liberorum aliorum gratia priuilegium hoc patronus habeat, præterquàm eorum qui patronatus iura ſperare aliquando poſſunt, *d. l. libertus 24. De tutor. & curat. dat.* quæ tamen ſperare libertus nunquam poteſt, qui neque ex liberis eſt.

De fratre habente iuſtam excuſationem.

IN eodem numero illorum qui non prohibentur ſe excuſare, ſi modò iuſtam habeãt excuſationem, frater quoque computatur. Etſi enim contra naturales ſtimulos facere videtur, ſi aliqua excuſatione ſibi vtendum arbitretur, cùm ſit ferè alter; quomodo de patre ſcribit Paulus in *l. amiciſſimos 36. §. vlt. D. hoc tit.* non tamen vſque adeo premendus eſt, vt ſi priuilegio aliquo ſubnixus ſit, fratris curatorem ſuſcipere cogatur, *d. l. iuriſperitos 30. §. qui priuilegia, eo.* Saluum enim ius publicum omnibus eſſe oportet, niſi ſi qui ſint quos ab eo beneficio arceat maior aliqua ratio, quæ ſit ipſa etiam iuris publici; Qualis illa eſt, ob quam diximus factum eſſe ne libertus vocatus ad tutelam liberorum patroni excuſationem vllam adferre poſſit.

Anton. Fabr. Iuriſp. Papin. Scient.

ILLATIO IX.

De non admittenda excuſatione, niſi quæ ſit ex iure.

NOndò ex eodem Principio fit, vt non facilè admittenda ſit excuſatio licèt colorem aliquem habere videatur; ſed ea tantùm quæ ex legibus, vel conſtitutionibus, vel edictis Principum pro iuſta habeatur, Nimirum quia offendit ea res vtilitatem pupillorum quorum ſanè intereſt tantò plures eſſe qui tutores iis dari poſſint, quantò facilius eſt, ſiue patri, ſiue magiſtratui ex pluribus eum eligere qui ſit non modò idoneus, ſed etiam idoneior cæteris *l. ſi cum optio 14. D. de opt. leg.*

De ſpadone creato tutore & volente ſe excuſ.

INde eſt quod dicimus, etiam ſpadonem poſſe creari tutorem, cùm nullam excuſationem habeat, *l. ſpadonem 15. D. hoc tit.* Quidni verò cùm poſſit etiam adoptare, quamuis filium generare non poſſit: *l. 2. §. 1. l. adrogato 40. §. vlt. D. de adopt.* Eadem tamen dubitandi ratio erat ad vtrumque locum; quòd ſpado, qui verus pater eſſe non poſſet propter vitium, & impedimentum corporis, nec patris vicem gerere poſſe videatur, quomodo gerit quiſquis tutor eſt: ſed nihil habet commune facultas generandi cum facultate adminiſtrandi res pupillares. Multóque difficilius eſt, vt quis ob impedimentum generandi admittatur ad excuſationem, quàm vt adoptare prohibeatur; cùm adoptio ad hoc ipſum fiat, vt quis liberos ſibi quærat, paterque fiat: *l. 1. eod tit.* Vnde eſt quod caſtrati adoptare non poſſunt, vt diximus ad *tit. De adopt. ex §. ſed & illud, eod. tit.* tanquam qui non temporali aliquo vitio vt ſpadones, ſed naturali perpetuóque habitu corporis omnino impediantur ne generare vnquam poſſint. Et tamen non eſt dubitandum meo iudicio quin ad tutelam ſuſcipiendam perinde ac ſpadone, cogi queant; licèt Modeſtinus in *d. l. ſpadonem*, de ſpadonibus tantùm loquatur, quorum ſcilicet nomen generale eſt, vt etiam caſtratos comprehendat: *l. ſpadonum 128. De verb. ſignific.* Quod & Cuiacius noſter ſentit ex *l. 3. §. idem, ad leg. Cornel. de ſicar.*

De eo qui patri promiſit ſe fore tutorem.

SEd nec is qui promiſit ſe fore tutorem liberorum, excuſare ſe ab ea tutela poteſt, licet alioqui iuſtam habeat excuſationem, nec ſi non vnam tantùm, ſed etiam plures, *d. l. ſpadonem, §. 1.* quia licèt amicitia & officiis prouocandi ſint ad ſuſcipiendum officium tutelæ ij, quos teſtator eligere vult, non pactionibus adſtringendi, *d. l. amiciſſimos 36 D. hoc tit.* iunct. *l. ſi quando 35. §. 1. C. de inoffic. teſtam.* nec alioqui ius publicum, ex quo manant excuſationes ſuprà diximus, per priuatorum conuentiones infringi videantur, contra *l. quod bonis 15 §. 1. D. ad leg. falcid. l. ius publicum 37. D. de pact. l. vlt. D. de ſuis & legit.* Non eſt tamen huic tutori permittendum, vt patri iam defuncto cui fidem dederat ſuſcipiendæ tutelæ illudat impunè, cùm ſi non promiſiſſet ſe tutorem fore, vtique pater vt veriſimile eſt alium tutorem, nec minùs

idoneum liberis ſuis dediſſet rebus integris, quæ per mortem ipſius integræ eſſe deſierunt. Nũquam enim permittendum eſt, vt quis in damnum alterius mutet conſilium re amplius non integra, *l. nemo poteſt 75. de reg. iur.* Seu & tacita promiſſio ſufficit, *l. ex ſententia 29. D. de teſtam. tutel.*

De excuſatione ob dignitatem.

NEc dignitas rurſum vlla tribuit excuſationem *d. l. ſpadonem, §. ſcire oportet*, Scilicet niſi habeat coniunctum onus adminiſtrationis, *l. non tantùm 16 §. vlt. l. adminiſtrantes 41. in pr. & §. 1. D. hoc tit.* Nempe quia dignitas quam quis in Republica nanciſcitur, tantò magis eum obligat, non tantò minùs, vt Reipublicæ ſeruiat, non detractando munus quod licèt Reipublicæ non ſit, publicum tamen eſt, vt diximus in huius Principij interpretatione. Ergo etiamſi quis Senator fuerit, hic tutor erit, & eorum qui inferioris ſunt ordinis, vt Modeſtinus ſcribit in *d. §. ſcire oportet.* Multò minùs poterunt excuſari qui inferioris ſunt ordinis & dignitatis, quominùs tutelam vel curam maiorum ſuſcipere compellantur, vt ſubiungit Modeſtinus in *verſi. ſimiliter.* Si quis tamen cùm tutor, vel curator eſſet eius, qui non Senatoris filius erat, nec alterius in dignitate conſtituti, poſtea fiat Senator, dicimus continuò

§ ſi quis autem.

abſolui eum à ſolicitudine: *§. ſi quis autem, ibid.* Vt proinde ſuperueniens Senatoria dignitas faciliùs præbeat excuſationem ad tutelam deponendam, quæ iam ſuſcepta ſit, quàm ab initio ad tutelam non ſuſcipiendam. Cùm tamen è contrario regulare ſit, vt tutela nondum ſuſcepta faciliùs depellatur, quàm vt ſuſcepta deponatur, *d. l. non tantùm, §. vlt. & d. l. adminiſtrantes, §. penult. eod. tit.* Nimirum quia ſenatoriæ dignitatis ſplendor, ſuſceptæ iam tutelæ obligationem extinguere facilè poteſt, at ſuſcipiendæ non poteſt. Excipe tamen ſi iam tutor erat filij Senatoris, ex iis quæ iam *ſuprà* diximus.

De librariis, calculatoribus, & rationariis.

RVrſus neque librarij, neque calculatores quos vulgo Rationarios dicimus, habent

d. l. ſpadonem §. neque librarios.

immunitatem à tutela, *d. l. ſpadonem, §. neque librarios*, quia licèt eorum opera publicè non modò vtilis, ſed etiam neceſſaria eſſe videatur, ita vt ob hanc cauſam extraordinariæ quoque cognitionis priuilegium meruerint, quod nequaquam datum eſt cæterarum artium opificibus, ſiue artificibus quæ ſunt extra literas, vel notas poſitæ, *l. 1 §. ludi quoque literarij, & ſeq. D. de extraor. cognit.* non tamen ea ſunt, vel dignitate, vel autoritate prædiri, vt immunitatis etiam priuilegium mereantur, qui nec liberalium ſtudiorum profeſſores dici poſſunt, quamuis artem numerandi profiteantur, *l. oratione 4. C. de profeſſ. & medic. lib. 51. tit. 51.* Idque adeò verum eſt, vt nec ratiocinatio ciuitatis in numerum vnius tutelæ cedat, vt ſcilicet duabus tutelis iuncta præbeat excuſationem; quam tres tutelæ præberent, *d. l. ſpadonem, §. ratiocinatio.* licèt negari non poſſit, quin Rempublicam magis tractet is, qui ratiocinationem ciuitatis habet, quàm qui extra eam cauſam rationarius & calculator eſt.

De Iudæis.

DE Iudæis addit Modeſtinus in *d. l. ſpadonem, §. iam autem*, Etiam Iudæos poſſe tutores eſſe non Iudæorum (de Iudæis enim dubitari nullo modo poteſt) ſicut inquit & reliqua munera & onera publica adminiſtrare coguntur. Conſtitutiones enim quæ iis fauent, non in aliis eos ſine moleſtia eſſe iubent, quàm per quæ cultus, aut potiùs ſuperſtitio ipſorum inquinari videatur. Nihil autem cum cultu commune habet adminiſtratio tutelæ. Sed hoc vetus ius Romanorum paganorum fuit, non Chriſtianorum. Nec enim apud nos Iudæi vlli ſunt, & quibus locis tolerantur, adeò inuiſi ſunt, & à Chriſtianorum conſortio alieni, vt nec ſi velint millies ad Chriſtiani pupilli tutelam admitti poſſint; tantùm abeſt, vt diſputari vnquam oporteat, an tutelam non Iudæi hominis ſuſcipere cogantur.

De libertis earum quæ ſunt vxores Senatorum.

SEd neque liberti earum quæ ſint vxores Senatorum, tametſi res earum diſponant & procurent, vllam tamen à tutelis immunitatem habent, quam habent liberti Senatorum: *l. cum ex oratione 44. §. vlt. D. hoc tit.* Id enim ſolis maſculorum Senatorum libertis conceſſum eſt, vt Modeſtinus ait in *d. l. ſpadonem, §. liberti.* Quamuis certum ſit Senatoris maſculi dignitatem, quæ hoc priuilegium meruit, & ad vxorem & ad liberos Senatoris tranſire, *l. mulieres 13. C. de dignit. lib. 12. l. filiam 9. D. de Senator.* Et ſanè mirum videri non debet fauorabiliorem in aliquo eſſe illum qui dignitatem, & dignitatis priuilegium ex propria perſona meruit, quàm qui ex perſona alterius. Maſculus autem Senator dignitatem habet Senatoriam propter ſe, Vxor verò non niſi propter maritum. Sic nec priuilegium habet immunitatis libertus Senatoris, quominus alias tutelas ſuſcipere cogatur, etiamſi filiorum patroni ſui tutelam adminiſtret: *l. libertus 43. D. hoc tit.* Nempe quia & aliud, & minus eſt, liberorum Senatoris, quàm ipſius Senatoris rem & patrimonium adminiſtrare. Quamquam non tam exactæ iuris rationes quærendæ ſunt in his quæ pendent ex Principum conſtitutionibus, & ex iure conſtituto, non ex recepto. Nec melior alia ratio adferri poteſt, propter quam non idem ius habeant liberti mulierum Senatoriarum, quàm quia iis conceſſum non eſt, vt Modeſtinus ait in *d. §. vlt.* Eſt enim hoc ius ex genere, vt loquimur, conceſſorum, cùm excuſationem à tutela ij demum habeant, non qui prohibiti non ſunt ne ſe excuſent, ſed quibus è contrario conceſſum eſt, vt ſe excuſare poſſint: Cui conſequens eſt, vt quibus conceſſum non eſt, ij nullam habeant excuſationem, nec ſi æquum eſſet aliquam eos habere: Sicut è diuerſo, in iis quæ ſunt de genere prohibitorum, ſi quæratur an alicui facere quid liceat, non inſpiciendum eſt an ſit ei permiſſum, ſed ſufficit vt non ſit prohibitum: *l. mutus 43. §. 3. D. de procurat.* vbi ſcripſi *in Rationalibus.*

De illo qui à ciuitatibus vectigalia conduxit: Item de illo qui à fiſco, aut à Cæſare.

MVltò minùs à tutela, vel cura is excuſabitur, qui vectigalia conduxit a ciuitatibus, *d. l. ſpadonem, § qui vectigalia.* Etſi enim publicè intereſt tales eſſe quàmplures vectigalium publicorum conductores; Nil tamen neceſſe eſt tanto hoc priuilegio inuitari eos ad huiuſmodi conductiones, quas etiam vltrò ambire tam multi ſolent, proprij lucri & compendij cauſa, potiùs quàm vt publicè proſint. Secus eſt in conductoribus vectigalium fiſci, vt benè ſentit & diſtinguit Cuiac. ex *l. in honoribus 8. § non alios, D. de vacat. & excuſ. mun. l. 1. C. de conduct. vectig. fiſ.* Nam nec hi compelluntur ad munera municipalia. Quod tamen non honori eorum datum eſt, at potiùs ob fiſci vtilitatem, ne extenuentur eorum facultates quæ iam ſubſignatæ ſint fiſco. Vnde eſt quod etiamſi vltrò ſe offerant municipalibus oneribus, & muneribus, prohibendi tamen ſunt, niſi ſi paria fiſco feciſſe dicantur. *l. ſemper 5. § conductores, D. de iur. immun.* Cur ergo, inquies, permittitur iis vt ſint tutores, ſi velint, quamuis inuiti tutelam ſuſcipere non cogantur? An non enim ita fit, vt periculum incurrant minuendi æquè ac eneruandi patrimonij? Nempe quia fauor tutelarum & pupillorum non poteſt nocere fiſco, qui habet anterius priuilegium taciti pignoris, *l. aufertur 46. § fiſcus, D. de iur. fiſc.*

Ex quo apparet non eadem ratione conductorem vectigalium fiſci excuſari à tutelis, qua excuſatur à muneribus municipalibus: Nec rurſus differentiam illam, quæ eſt inter conductores vectigalium fiſci, & vectigalium ciuitatis, ex eo petendam eſſe, quod ciuitas non habeat tacitam hypothecam quam fiſcus habet, *l. 2. C. de iur. reip.* vt malè putat Cuiacius. Faceret enim potius illa ratio, vt ſuccurrendum eſſet ciuitatibus magis quàm fiſco. Sed petenda eſt ratio diuerſitatis ex fauore fiſci, ad cuius vtilitates pertinet, vt hoc priuilegio inuitentur plurimi ad conducenda fiſci vectigalia, & ad rem fiſci diligentiùs tractandam: vnde eſt quod nec alij priuilegium hoc habent, quàm qui præſentes per ſe negotium exercent: *d. §. non alios.*

Illud ergo magis mirum eſt, cur non compellantur ad munera municipalia, cùm fiſcus beneficio taciti ſui pignoris ſemper ſit ſecurus. Sed hoc ideò quia munera municipalia non ſine ſũptu aliquo expediuntur, ex quo pauperior neceſſariò fiat, qui ſumptum facit, nec in eam rẽ quicquam proſit remedium tacitę hypothecæ. Quod non ſimiliter euenit in tutela.

Illud ſanè conſtat maiorem eſſe fauorem fiſci quàm vllius ciuitatis, niſi cui iura fiſcalia ex ſpeciali priuilegio conceſſa ſint, *l. ſimile priuilegium 10. D. ad municip. leg. vlt. C. de vectigal. & commiſ.* quamuis fieri etiã interdum poſſit, vt ciuitas fiſco proferatur; eo ſc. caſu quo etiam priuatus præferretur, puta ſi prior conuenerit de pignore: *l. ſi pignus 8. D. qui potior. in pignor. hab.* Conductores prædiorum Cæſaris priuilegium habent, *l. pen. § coloni, de iur. imm.* non item coloni prædiorum fiſci, *l. coloni 8. C. hoc tit.* dummodo ſine damno fiſci munera ſubire poſſint: *l. vlt. § 1. D. ad municip.*

De illo qui habet immunitatem ciuilium, vel publicorum munerum.

ILlud magis mirum videri poteſt quod ait Modeſtinus *in d. l. ſpadonem, § qui accepit, D. hoc tit.* Eum qui accepit, vel habet immunitatem ciuilium, vel publicorum munerum, à tutela tamen vel cura non excuſari. Quidni enim excuſandus eſt, cùm tutela ipſa ſit munus publicum? Nempe quia fauorabilior eſt tutela quàm aliud vllum onus publicum, propter fauorem pupillorum. Ex quo fit quod iam alio loco *ſupra* diximus, Generaliter conceſſa immunitate, tutelas tamen ſemper exceptas intelligi, quarum quippe fauor tantus eſt, vt ſpeciali expreſſione ac nota dignæ videri poſſint, ſi quis eas in generali ſermone velit comprehendere.

De eo qui abſolutus eſt à tutela vel cura quaſi iuſtam habens excuſationem.

SEd & qui à tutela vel cura aliqua abſolutus eſt, quaſi habens iuſtam excuſationem, quam tamen re vera nullam habet, non omnimodo poterit ſe iuuare ſententia illa etiam quæ tranſierit in rem iudicatam, neque actis in ea lite productis, aut, vt loquimur, productionibus in illa inſtantia factis, quas depoſitiones vocat verſio Modeſtini in *d. l. ſpadonem § qui abſolutus eſt.* *(l. ſpadonem § qui abſolutus eſt.)* Sed perinde ac ſi nihil vnquã pro eo iudicatum eſſet, poterit cogi ad aliam tutelam vel curam ſuſcipiendam, ſi non doceat ſe aliqua excuſatione iuſta munitum, vt *ibidem* ſcriptum eſt; quia licèt dici ſoleat rem iudicatam haberi pro veritate, quod ad omnes in iis quæ ad ſtatum & conditionem perſonæ pertinent, cuiuſmodi plerumque ſunt cauſæ excuſationum, *l. ex cauſa 9.* vbi Bart. *D. de poſtul. l. de ætate 43. D. de minor.* Iniquum tamen eſſet, ſententiam malè latam contra alium, nocere alij pupillo, vel minori, cuius fauor admixtum habeat fauorem publicæ vtilitatis: maiórque habenda ratio eſt iuris publici, ex quo & tutelæ deferuntur, & excuſationes admittuntur, quàm rei inter priuatos aliquos iudicatæ. De magiſtris nauium dubitatio minor eſt quin non debeant excuſari: *(De magiſtris nauium.)* *l. non tantum 17. § pen. D. hoc tit.* Etſi enim nauiculariis quoque immunitas conceſſa eſt, id tamen ad eos tantùm pertinet qui nauem ipſam exercent, & qui annonæ vrbis ſeruiunt, non iis qui tantùm domini nauium ſunt, ſi fortè alij eas exercendas locauerint: *l. ſemper 5. § immunitati, & ſeqq. D. de iur. immun.*

De petito tutore illo, qui nec patri nec matri pupilli cognitus fuerit, aut qui ſit abſens.

AT quid ſi is qui tutor petitur, dicat ſe nec patri, nec matri pupilli cognitum fuiſſe? Ne quidem ex hac cauſa liberandus & excuſandus erit, quia ignotum quoque tutorem dari nihil prohibet, *d. l. ſpadonem, § qui dixerit*, Sicut & inſtitui hæres poſſet, *l. extraneum 12. C. de hered. inſtit. § vlt. infr. eod. ill. tit.* & accipere donationem, *l. in extraneos 29. C. de don.* Multò magis abſens tutor dari poteſt, niſi qui ſit trans mare, *l. abſentem 129. de verb. ſignific.*

De tribus tutelis affectatis.

QVid quod neque tres tutelæ ſemper excuſant, ſed ita demum ſi non fuerint affectatæ. Nam qui affectauit, vt acquireret ſibi priuilegium excuſationis, hoc ipſo indignus eſt priuilegio: Non quòd tutela affectata, æquè onus non ſit, ſed quia nullum videtur onus ſentire qui vltro illud ſibi impoſuit, ideóque nec fauore, aut beneficio vllo adiuuandus eſt, *arg. l. ſi fideiuſſor.* . *§. ſi neceſſaria, D. qui ſatiſd.cogant.* Et hoc nominatim tractat Modeſtinus in *d. l. ſpadonem, §.eſt autem*, vbi addit videri tutelam affectaſſe illum, qui tutor factus ſit modici patrimonij: hoc eſt vt bene Cuiacius explicat ad *l.2. hoc tit.* nó qui ipſe mediocris patrimonij, & pauper eſt, ſed qui pauperis tutor fieri voluit, vt tam leui tutela addita, non niſi dicis cauſa expleretur numerus trium tutelarum. Non tam enim tres tutelæ, quàm tria onera difficilima excuſant. Imò vnum onus difficilimum, vt diximus in ſuperioribus ex *l ſi is qui tres 31.§.vlt. D. eod.* Sed tutelam affectaſſe videtur is qui ſe tutorem ſcripſit, *l. vxori 18. §. 1.D.de leg.Cornel. de falſ.* vbi dicitur non eo magis tamen remoueri eum debere, ſed tanto minùs à tutela excuſari.

De filiofamilias tutore creato pro quo nec pater, nec alius velit ſatiſdare.

ADeò autem cogitur tutor eſſe quiſquis nullam habet ſatis iuſtam excuſationem, vt ſi quis exiſtens in patris poteſtate creatus ſit tutor, iniuncto (quod plerumque fit) onere ſatiſdationis, vt cautum ſit pupillo, ac ne magiſtratus ipſe in ſubſidium loco fideiuſſoris conueniatur; pater verò nolit pro eo cauere, atque ita tutela impediatur, nemine alio volente pro filiofamilias fideiubere; potius dicendum ſit creari debere patrem tutorem cum filio, quàm illud admittendum, aut ferendum, vt prætextu cautionis tutela impediatur: *d. l. ſpadonem*, aliàs *l.ſi quis inter, §.vlt. D. hoc tit.* vbi refertur hac de re conſtitutio quædam Hadriani; quæ tamen oſtendit non de quolibet patre, qui pro filiofamilias cauere nolit, accipiendum hoc eſſe; ſed de illo demùm qui cauere ideò nolit, vt hoc artificio filium ſuum tutela eximat: quo ſanè caſu æquum eſt occurri fraudi, quod vtique vix alio remedio fieri poſſe videtur, quàm ſi pater & filius ad tutelam ſimul compellantur. Cæterùm ſi nihil dolo malo factum ſit à patre, nemo certè æquum putauerit, vt vel pro filio ſuo cauere, vel cum filio tutelam, ad quam alioqui non fuit vocatus, ſuſcipere compellatur: *l.Lucius 21. D.de adminiſtr.tutor.l. filiusfamilias 7. D.de tutel.*

De tutore cuius datio non tenet.

QVod tamen dicimus cogi tutorem debere, omnem qui creatus eſt, niſi ſe excuſet; omnino ſic accipiendum eſt, ſi datio teneat. Nam ſi is datus ſit qui iure dari non potuit, abſoluetur: putà ſi ſponſus ſponſæ curator datus fuerit: *l. 5. §. vlt. D. hoc tit.* id eſt liberabitur, quamuis nó ſe excuſet, quia neque vlla excuſatione indiget. Sic.n. interpretor contra Cuiacium, qui & fateri cogitur curatorem hunc, etiamſi nó ſe excuſet, remouendum tamen eſſe; ne ſc. ratio reddendæ tutelæ cohibeatur. Qua ratione nec licet cuiquam ſponſalia vel nuptias cum ea contrahere, cuius tutelã, vel curã geſſerit; idque ex eo ipſo SC. de quo in *d. §.vlt.l.5.C de inter.matr.l.diberi 64.D de rit. nupt.* Et ſanè non poteſt locus eſſe excuſationi cùm datio ipſo iure non tenet, creato tutore illo qui creari non potuit, vt in *l.ſcire 21 de tut.dat.l.ſcire 13.§.qui non iuſtè, hoc tit.* quod & fatetur Cuiac. ad *d.l.1.* Dationem autem hanc ipſo iure non tenere apparet ex eo, quod lex ait ſponſum ſponſæ curatorem dari non poſſe. Idem de marito & vxore multò magis dictum videri debet, *l.2.C. qui dar.tut.l.virum 14.D.de cur.fur.* Et ideò locutus eſt Modeſt. de ſponſo & ſponſa, vt ex rationis maioritate, vt loquuntur, etiam coniuges iiſdem verbis includeret.

Nec aſſentior eidem Cuiacio exiſtimanti Modeſtinum non tam de ſponſo & ſponſa, quàm de marito & vxore ſenſiſſe: Coniectura illa quod loquatur tantùm de curatore, non etiam de tutore, qui tamen poſſet dari etiã ſponſæ cùm impubes ſponſa eſſe poſſit, non vxor. Nam cùm neque tutor, neque curator eſſe cogatur, vel poſſit, niſi qui annum 25.excedat, *§.item maior, hoc tit.* non erat cur Modeſtinus tractaret de ſponſa impubere, aut de ſponſo tutore, ne de iis ſpõſalibus tractare videretur, quæ contracta eſſent inter perſonas ętate nimis inæquales: Non quia non poſſint cõtrahi, ſed quia id quodammodo inconueniens eſt.

De pluribus excuſationum cauſis minùs idoneis ſingulis non ſimul iungendis.

AT finge tutorem creatum habere multa iura, id eſt multas cauſas excuſationis, ſed quę tamen cauſæ ſingulæ per ſe ac ſeparatim ſumptæ, non ſint ſatis validæ; An poterit excuſari iungendo eas, vt quæ non proſunt ſingula, multa iuuẽt? quomodo fert vulgare Noſtrorum brocardicum. Finge nondum eſſe quem ſeptuaginta annorum, ſed octo & ſexaginta, neque tres tutelas habere, ſed duas tantùm, neque liberos quinque in prouincia, ſed duntaxat quatuor. Prima quidẽ facie videtur ex iſtis omnibus imperfectis iuribus poſſe conflari ius vnum, & auxilium perfectum plenæ iuſtæque excuſationis, ſi quis ea omnia coniungat. Sed tamen verius eſt non ideò debere hunc excuſari, neque ex multis imperfectis cauſis poſſe vnam perfici, quæ iuſtam præbeat excuſationem: *d.l. ſpadonem §. qui iura multa, hoc tit.* Ex quo vel maximè apparet quàm falſum ſit, quod vulgo Noſtri pro vero iactitant illo brocardico, *Et quæ non proſunt ſingula multa iuuant.* *d.l.ſpadonem § qui iura multa hoc tit.*

De eo qui iuſtam excuſationem quam habuit, amiſit.

SEd & qui iuſtam habet excuſationem, facilè poteſt eam amittere; nimirum ſi ea non vtatur ſuo tempore, & intra tempora conſtituta, vel ſi ea vtendi facultatem ſibi præripuerit; putà ſi eùm inutiliter quoque datus eſſet, paſſus ſit ſe confirmari decreto Prætoris, vel Præſidis. Nam ſiue confirmationi expreſsè conſenſerit, ſiue tacitè, ob non propoſitam intra tempora excuſationem, audiendus poſtea non eſt, ſi deinde excuſationem quamtumuis iuſtam adferre velit, *l.Caius 56.D hoc ti.* vbi tractans Modeſt. de eo, qui teſtamento tutor datus, idem vſque ad viceſimumquintum annũ curator conſtitutus fuit, ac proinde cui ius eſt excuſandi ſe à cura illius, cuius tutelam iam adminiſtrauerit; idque etiam citra appellationem; Quæris à quo die computanda

ei

Digitized by Google

ei ſint tempora, intra quæ debuit ſe excuſare, vtrum ex die aperti teſtamenti, cùm exinde ſciuerit ſe & tutorem & curatorem ſimul eidem perſonæ datum eſſe; an verò ex quo ad negotia gerenda tanquam curator vocatur, id eſt poſt decimum quartum annum impletum, quo demùm finitur tutela & curatio incipit? Reſpondet autem neutrius temporis habendam eſſe rationem, ſed eius demum quo hic confirmatus fuerit curator decteto Prætoris, ſeu Præſidis: quia ex eo demum tempore ſcit iniunctam ſibi adminiſtrationis neceſſitatem, nec poteſt ſalua decreti autoritate fieri, vt nun exinde pro iuſto curatote haberi debeat, niſi vel appellet à decreto, vel ſi malit proponat excuſationem, quod vtique etiam poſt decretum & ſalua eius autoritate facere poteſt, nec cogitur appellare; Quandoquidem confirmatio non admitit excuſationem, non magis quàm iuſta tutoris datio, ſiue teſtamentaria ſit, ſiue legitima; cùm nihil aliud faciat confirmatio, niſi vt tutor titè datus habeatur, vel curator, qui tamen re vera datus male fuit. Quomodo in propoſita ſpecie confirmatio curatoris neceſſaria eſt, non quia idem curator eidem pupillo tutor iam datus fuerat, ſed quia datus erat curator teſtamento, quod fieri non potuit: Sola enim tutela, non cura, teſtamento rectè mandatur. Confirmata ergo curatoris datione per decretum Præſidis, ſalua ſupereſt illa quæſtio; An qui curator confirmatus fuit, excuſandus ſit, nécne: Quod tamen ita intelligendum eſt, niſi ante confirmationem, & ad eam impediendam curator excuſationis ſuæ cauſas allegauerit, ne poſtea excuſandum ſe haberet: tunc enim ſi non obſtante tali allegatione nihilominùs confirmatus ſit, non puto audiendum eum poſtea, ſi rurſum quamuis ſtatim velit eandem proponere excuſationem, niſi à decreto appellationem interponat; quia de eo quod ſemel iudicatum & pronunciatum eſt, quæri amplius non poteſt, niſi per appellationem; ne rerum iudicatarum autoritas labefactetur, cuius præcipua ratio ſemper habenda eſt: *l. 1. C. de re iudic. l. ſeruo 65. §. cùm prætor, D. ad SC. Trebel.*

ILLATIO X.

De pœna illius qui etiam iuſtè à tutela ſe excuſauit.

DEcimò ex eodem noſtro Princ. fit, vt ſi quis a tutela, vel cura ſe excuſauerit, quamtumuis iuſtè id fecerit, pœna tamen illa dignus exiſtimetur, vt ſi quid ei datum fuerat teſtamento illius, à quo tutor, vel curator fuerat conſtitutus, id amittere debeat, quaſi non poſſit ad legatum admitti, qui legati onus repudiat, *arg. l. 5. §. 1. de legat. 2.* Cùm tutela ſit onus vt Principium noſtrum habet. Nec enim audiendus eſt qui lucrum quidem amplectitur, onus autem recuſat: *l. vnic. §. ſecundo C. de cad. tollend.* Nam cum amiciſſimum, & fideliſſimum quemque ſoleant parentes liberis tutorem eligere, & ideò eum legati bonore proſequi, quò magis ad ſuſcipiendum onus tutelæ inuitetur, *l. amiciſſimos 36. D. hoc tit.* Non eſt dubitandum quin teſtatoris legatum, vel quid aliud reliquentis voluntas ea fuerit, vt ita demum tutori, vel curatori dato deberetur, ſi is tutelam ſuſcipere non recuſaret: *l. qui tutelam 28 D. de teſtam. tutel.* vbi addit Papinianus, Non ſolum ab iis legatis quæ ei relicta ſiot ſummoueri debere illum, qui tutelam teſtamento mandatam excuſationis iure ſuſcipere noluit, ſed ab iis etiam quæ liberis eius relicta ſunt ſi modò legata filij non adfectione propria, ſed in honorem patris meruerunt, Quaſi patri ipſi relictum ſit, quod eius contemplatione liberis relinquitur: *l. filiusfamilias 42. de condit. & demonſtr. l. ſed ſi plures 10. § 17 adrogato, D de vulg. & pupill. ſubſt.* Non idem eſt ſi quis legatum ex alicuius teſtamento meruerit, & poſtea tutor petitus à matre pupilli, cùm à patre datus ei tutor non fuiſſet, excuſare ſe maluit: Nihil enim hic contra iudicium patris fecit, quia nec dici poteſt, patrem, cùm ei legauit, ea mente legaſſe, vt cum legato tutelam quoque ſuſciperet, quam ei non mandabat: *l. poſt legatum. 5. §. amittere, D. de his quæ vt indign.* Proinde non poteſt videri indignus legato, quomodo indignus ille eſt quem pater & tutorem & legatarium fecit, ſi poſt repudiatum onus tutelæ conſequi legatum velit, atque ita diuidere voluntatem, quod numquam licet: *l. cum qui 18. §. vltim. eod. tit. l. 4 & 5. de legat. 2.*

Quod cùm ita ſit, quæri eleganter poteſt, cur non ergo acquiratur fiſco huiuſmodi legatum eo ipſo iure & modo, quo acquiruntur cætera quæ tanquàm ab indignis auferuntur? Conſtat enim remanere apud pupillum, cuius vtilitates deſertæ ſunt, vt ſcriptum eſt in *d. §. amittere.* Reſpondeo id fieri non tantum fauore pupilli, ex cuius iactura fiſcum locupletari plane iniquum eſſet (nam & penes extraneum hæredem hoc legatum maneret ſi filio exhæredato tutor datus eſſet: *l. tutor petitus 28. §. 1. D. hoc tit.* ſed ex ipſa etiam iuris ratione, quia legatarius amittit hoc legatum priuſquàm illud conſecutus ſit; cùm ſi iam id conſecutus eſſet, nullam poſtea excuſationem adferre poſſet, quaſi qui legatum percipiendo, adeóque petendo, renunciaſſe excuſationi videretur: *d. l. § amittere.* Non alia verò poſſunt per fiſcum auferri indigno, quàm quæ iam fuerunt indigno ipſi acquiſita: Ne alioqui eueniat, vt plus iuris habeat fiſcus ex perſona indigni, quàm indignus ipſe habuerit; quod abſurdum eſſet. *l. tutor petitus 18. §. 1. D. hoc tit.*

Et idcirco non ſic loquuntur Prudentes noſtri, vt dicant auferri huic tutori ſe excuſanti quod ei legatum fuerat, ſed ipſum amittere legatum. Quod ita accipiendum eſt, vt amittat non tam quaſi indignus, quàm quaſi defectus conditione, ſub qua tacitè relictum ei fuerat, ſi tutelam ſuſcipere vellet. Quam ſi è contrario recuſet, facit duo aduerſus iudicium defuncti. Primum illud, quod recuſat implere tacitam illam legati conditionem, quæ tamen in ipſius eſt poteſtate. Alterum; quod etiam poſt defectam conditionem, recuſatúmque onus legati, nihilominùs petit legatum.

Planè ſi hic ipſe legatarius omne id legatum alij reſtituere rogatus ſit, non eo minùs admittendus erit ad petitionem legati, totúmque illud conſequetur, non propter ſe, ſed propter fideicommiſſarium, cuius ſolius lucro id ceſſurum eſt, *l. legatarius 27. D hoc tit.* Illa enim conditio, quam tacitè ſubintelligendam dicimus, & quæ deficit allata excuſatione, nonniſi perſonam ipſius legatarij afficit, & in eius ſolius odium ſubintelligitur, non etiam in odium fideicommiſſarij, ad quem teſtator voluit rem omnimodo peruenire, ac cui ex legatarij ingratitudine damnum inferri non oportet: *l. Papinianus 8 §. meminiſſe, D. de inoffic. teſtam.* vbi hanc ob cauſam dicitur, eum, qui de inofficioſo teſtamento egit, nec obtinuit,

Dic

q .amus amittat quicquid eo teſtamento ſibi relictum fuit, quaſi indignus, quia iudicium defuncti impugnauit, nihil tamen amittere ſi idipſum alteri reſtituere fuerat rogatus, ne fideicommiſſario fiat iniuria.

Nec aliud eſt in eo qui de falſo teſtamento egit, & ſuccubuit. Nam & hic conſequi nihilominus legatum poteſt propter ſe & ad ſuam vtilitatem petere non poſſet: *d. l. legatarius*, iunct. *dict. l. poſt legatum*, §. 1. Quemodo etiam dicimus, ſi ei qui partem tantùm capere poterat, totum legatum ſit vt alij totum reſtitueret, poſſe illum capere ſolidum, *l. cùm ei* 42. *De legat.* 2. Nempe quia nec cepiſſe quiſquam id videtur, quod neceſſe eſt alij reſtituere, *l. non videtur quiſquam* 51. *de reg. iur.* Neque verò nouum eſt, vt quis propter alium poſſit quod propter ſeipſum non poſſet: *l. cùm hereditate* 55. *D. de acquir. hæred. l. ſi is qui duos* 29. *D. de liber legat. leg.* 3. *in fin. D. quæ res pignor. oblig. poſſ.* Quamquam fuiſſet fortaſſe ciuilius ita ius conſtitui, vt remaneret legatum penes hæredem, quiſquis ille eſſet, ſiue pupillus, ſiue extraneus, ſed cum onere fideicommiſſi, vt in ſpecie *l. filius* 14. *in fin. D. de leg. Cornel. de falſ.* vbi etiam is qui legatum alteri reſtituere iuſſus erat, nihilominus legato abſtinere iubetur, nec ideò tamen fideicommiſſum intercidit, remanente ſcilicet legato penes hæredem cum ſuo onere.

De retinendis per hæredem etiam extraneum iis, quæ in remunerationem tutelæ fuerant legata tutori ſe excuſanti.

ADeò autem verum eſt. Ea quæ tutoribus remunerandæ fidei cauſa teſtamento parentis relinquuntur, poſt excuſationem à legatario allatam retineri, vt non tantùm à pupillo ipſo, qui à patre inſtitutus hæres ſit, retineri poſſint; ſed etiam ab extraneo hærede, ſi fortè ponas filium impuberem fuiſſe exhæredatum quomodo poterat olim exhæredari etiam mala mente: & poteſt etiam hodie, dummodo bona mente, id eſt vt ipſius commodis & vtilitatibus meliùs proſpiciatur: *l. multi* 19 *De liber. & poſt. l.* 3. §. *cum Pollidius*, *D. de vſur.* Nihil enim vetat & impuberē à patre exhæredatum, & tutorem ei etiam à patre datum eſſe: *l. pater* 4. *D. de teſtam. tutel.* qui etiam pupillarem ſubſtitutum filio exhæredato dare potuiſſet: *l.* 1. § *ſubſtituere*, & paſſ. *De vulg. & pupill. ſubſt.* Atque ita Papin. ſcribit in *l. tutor petitus* 18. §. 1. *D. hoc tit.* Monens tamen non idem probandū eſſe in perſona filij, quē pater impuberi fratri cohæredem dederit, & tutorem. Non enim amittet quod ei pater dedit etiam ſi à fratris tutela ſe excuſet; quia credendus eſt promeruiſſe iudicium & liberalitatem patris non tanquam tutor, ſed tanquam filius, vt naturalis cauſa potentior ſit accidentali, vt in *l.* 4. §. 1. *D. de tutel.* Ea verò ſola debet tutor amittere ob allatam excuſationem, quæ veriſimile ſit, non niſi tanquam tutori data eſſe, ac remunerendæ fidei gratia, vt *ibidem* loquitur Papinianus. Et Paulus apertiùs in *l. Neſennius* 32. *eod. tit.* *Exiſtimo* inquit, *non ſemper eum qui tutela onus recuſauit, repellendum à legato; ſed ita demum ſi legatum idcirco ei adſcriptum appareat, quod eidem tutelam filiorum iniunxerit, non quod alioquin daturus eſſet etiam ſine tutela.* Pone, inquit Paulus, teſtamento adſcriptum legatum, codicillis verò poſtea factis tutorem datum. Poteſt dici in hoc legato, non ideò ei relictum quòd & tutorem eum eſſe voluerit teſtator. Etſi enim quæcumque

l. Neſennius 32. *hoc tit.*

in codicilis teſtamento confirmatis ſcribuntur, perinde habenda ſunt ac ſi in teſtamento ſcripta eſſent, ſiue ante, ſiue poſt teſtamentum codicilli facti proponantur: *l.* 2. §. 1. *D. de iur. codicill.* diuerſitas tamen & ſcripturæ & tēporis, oſtendit duas illas ſcripturas & voluntates tutoris & legati dandi non fuiſſe correſpectiuas vt Noſtri loquuntur, id eſt eiuſmodi vt altera alterius contemplatione facta dici poſſit.

Sed tamen improbatur hæc ſententia ab eodem ipſo Paulo tanquam nimis ſcrupuloſa, nec admittenda, in *l. ſed hac* 33, *eod tit.* Quamquam iis verbis quæ iudicio meo Tribonianum ſapiunt, & redolent magis quàm Paulum. Sic enim lex habet *Sed hæc nimiū ſcrupuloſa ſunt, nec admittenda; Niſi euidenter pater expreſſerit velle ſe dare etiamſi tutelam non adminiſtrauit.* Solet enim Tribonianus, vt ſæpius à nobis monitum variiſque exemplis comprobatum eſt ſpecialem voluntatis & expreſſam declarationem requirere, tum quoque cum neceſſaria nulla eſt. Neque verò Paulus in *l. præced.* tam multa dixerat ſcrupoloſa, & non admittenda, vt de iis quidquam in plurali numero ſubiici oporteret; ſed vnum illud quod proximè retulimus poſitum *in fine legis.* Debuerat igitur in *l. ſeq.* ſic potiùs ſcribi, *ſed hoc nimis ſcrupuloſum eſt, nec admittendum*, niſi eſſet etiam Triboniano familiare vt numerum pluralem vſurpet pro ſingulari, & contrà.

Tribonianiſmus apud Paulum.

Verùm me illud magis mouet, quod omnino inepta eſt ratio, qua præcedens Pauli ſententia impugnatur, iis verbis, *ſemper enim legatum aut antecedit, aut ſequitur tutelam*, Quaſi verò Paulus in *l. præced.* eam ſententiæ ſuæ rationem attulerit, quod legatum poſt tutelam datum eſſet. Imò illam, quod datum eſſet alio tempore, & in alia ſcriptura, de qua nec cogitaſſe videri poterat teſtator cùm tutelam mandabat. Nam cùm in eadem ſcriptura vtrumque relinquitur, parum ſanè intereſt an præcedat, an ſequatur legatum; quod vel præcedere vel ſequi omnino neceſſe eſt; & ſiue præcedat ſiue ſequatur, haud dubiè credendum eſt relictum legatum contemplatione tutelæ. At non ſemper neceſſe eſt, vt duæ ſcripturæ diuerſis temporibus fiant, in quarum altera tutor filio, in altera legatum tutori detur. Inepta igitur reprehenſionis ratio eſt, & conſequenter adſcribenda Triboniano, non Paulo, qui nec tam facilè ſolet variare, in eo præſertim quod non dixerit ille, vt nec ſolet quidquam dicere, ſine magna ratione.

De tutore inutiliter dato, ſed confirmato, excuſante ſe à tutela.

QVid ergo ſi mater filium ſuum pupillum, vel quiuis alius extraneus extraneum æquè pupillum ſcripſerit hæredem, & Titio legatum dederit, eundémque Titium eodem teſtamento eidem pupillo tutorem adſcripſerit, Titius vero confirmatus excuſauerit ſe à tutela, an legatum amittet: Dubitationem facit, quia nihil videtur hoc caſu facere Titius contra teſtamentum, etiamſi excuſet ſe à tutela teſtamentaria, quæ ſcilicet nullo iure fuerat ei demandata, cùm neque mater, neque vllus extraneus tutorem teſtamento dare poſſit ei, quem non habeat in ſua poteſtate. Ideóque nimirum neceſſe eſt vt confirmetur. Proinde nihil videtur imputari poſſe Titio, qui tutor eſſe noluerit, ab eo datus à quo dari iure non potuit. Sed tamen contrà reſpondet Paulus in *d. l. Neſennius*, allegata etiam autoritate

Scæuolæ;

Digitized by Google

Scæuolæ;Eum,qui nullo iure datus ſit tutor, vel curator,ſiue à patre ipſo qui fortè tutorem dare noluerit filio emancipato,ſiue à matre,ſiue à quouis extraneo,ſi poſteaquàm confirmatus eſt a Prætore,excuſationis beneficio vti maluerit,perinde repellendum eſſe à legato:quia æquè verum eſt facere illum contra iudicium teſtantis,quod Prætor ipſe ſecutus eſt confirmando tutelam:nam poſt confirmationem perinde ratum eſt iudicium defuncti,ac ſi ab initio iuſtum fuiſſet:nec quod nullo iure tutela data eſſet,facere poteſt vt de iudicio illo defuncti eo magis dubitari debeat;cùm dici ſoleat,quod & verum eſt,etiam ex actu nullo declarari voluntatem·*l.l.vlt.D.de reb.cor.qui ſub tutel.*Cur ergo Prætor patiatur negligi à Titio iudicium quod ipſe ſit ſecutus?Et verò ſecuta quandocunque confirmatione, tam neceſſaria eſt confirmato tutori excuſatio,quàm ſi ab initio iure datus eſſet: *l.Caius 16.D.hoc tit.*Quidni igitur eodem iure cenſebitur quo eſſet,ſi iure datus tutor ab eo à quo præterea legatum meruiſſet,vellet ſe excuſare?

Non tamen his conſequens eſt , vt ſi fortè Prætor tutorem eum dederit,qui aliqua excuſatione,& immunitate vti potuit , & is à Prætore datus ſe excuſauerit,legatum tamen amittere debeat,quod eiuſdem pupilli pater ei dedit. Hic enim etiamſi ſe excuſet,nihil tamen amittit; quia facit quidem contra iudicium Prætoris,ſed non contra iudicium patris.Siquidem dici non poteſt,quòd pater voluerit tutelam filij administrari ab eo,quem non dederit ipſe tutorem, *l.ex eis apparet 34.eod.tit.*Pœna verò amittendi legati,non tam ob allatam excuſationem infligitur quàm ob neglectum patris iudicium in alleganda excuſatione : Nec attenditur contemptus iudicij Prætoris , qui tutorem hunc dedit: niſi cùm vtrumque iudicium concurrit , & defuncti , & Prætoris:quod euenit,cùm à patre datus tutor , vel curator,aut ab alio non habente ius dandi tutoris , confirmandus fuit,& confirmatus à Prætore.Sanè nec ſufficeret contemptum fuiſſe iudicium patris aut alterius teſtatoris , ſi non etiam contemptum eſſet iudicium Prætoris; eo ſcilicet caſu,quo neceſſaria eſt confirmatio, vt iudicij teſtamentarij ratio aliqua haberi poſſit.Nec enim legibus pœnam vllam mereri poteſt is , qui negligit defuncti iudicium iiſdem ipſis legibus improbatum.

De tutore qui habens contutores non ſe excuſauit,ſed adminiſtrare noluit.

Difficilior illa quæſtio eſt,ſi tutor hic , quem poſuimus ſiue à patre,ſiue à matre , ſiue à quouis extraneo inutiliter datum, ſed confirmatum,habuerit cõtutores ritè vel datos,vel confirmatos,nec ſe excuſauerit,ſed tamen adminiſtrare noluerit,contentus fortaſſe quòd cæteri eſſent idonei; an perdat legatum ſibi eodem teſtamento relictum? Dubitationem facit quod ad hunc tutelæ periculum pertinet non minus quàm ſi adminiſtraſſet,hactenus ſaltem vt poſt eos qui geſſerunt velut in ſubſidium conueniatur ,*l.1.& 2.C.ſi tut. vel curat. non geſſer.l. tres tutores 55.§. non ſolum , D. de adminiſtr. tutor.*cùm debuerit ſe excuſare ſi nolebat periculum ad ſe pertinere. Proinde cùm periculo tutelæ ſit obnoxius , æquum videtur vt legati quoque lucrum & commodum ad eum pertineat.

Et ſanè tam bona hæc ratio eſt , vt bene ad eam reſponderi,meo iudicio,non poſſit.Eſt enim eiuſdem noſtri Pauli in *l qui autem 35.D. hoc tit.* Attamen non placuit Triboniano , qui pergens more ſuo reſponſa Prudentum corrumpere,ſubiungit eleganter,ſi Diis placet , *Sed hoc non quærendum eſt , ſed contumacia punienda eſt eius , qui quodammodo ſe excuſauit.* Quaſi verò quodammo ſe excuſet is qui non vult tutelam adminiſtrare , quam videt ac patitur ab aliis adminiſtrari. Quod vtique apertè falſum eſt:Non enim ſicuti verum eſt,quiſquis ſe excuſat, eum nihil adminiſtrare;ita ex contrario poſſis dicere , Omnem qui non adminiſtrat,videri ſe excuſare. Et diſſimilitudo,ratióque diſſimilitudinis euidens eſt , quoniam ad eum qui non adminiſtrauit nihilominus periculum tutelæ pertinet ſi ſe non excuſauerit:quod non æque pertinet ad eum qui ſe excuſauit,Cùm inductæ ſint excuſationes,non tam ad hoc vt tutelam gerere & adminiſtrare quis non cogatur, quàm vt nec tutelam ſuſcipere,tutelæque periculo & rationum reddendarum neceſſitati ſe obſtringere.Nam & pupillo ſatis cautum eſt , ſi habeat quem de indemnitate conuenire poſſit.Ac proinde cùm non alia cauſa ſit, propter quam tutori , qui contemplatione tutelæ legatum meruit, legatum auferatur , quam quia pupilli vtilitates deſeruit , vt ait Iurec. in *l.5.§.amittere , D.de his quæ vt indign.*Dici autem non poſſit deſertas pupilli vtilitates ab eo, *l.5.§.amittere D. de his quæ vt indign.* qui tutelæ periculum in ſe receperit ; Omnino conſequens eſt vt nec auferri legatum ei debeat, cuius fortaſſe pretio receperit in ſe periculum illud , quod alioqui non fuerat ſuſcepturus.

Habet autem hoc minùs dubitationis in eo, de quo Paulus loquitur, qui ſcilicet non per dolum & contumaciam abſtinuit à rerum pupillarium adminiſtratione , ſed quòd videret tutelam ritè , ac ex bona fide adminiſtrari à contutoribus , quos præterea ſciebat eſſe idoneos:vt non poſſim videre quonam colore poſſit contra eum vſurpari ratio illa , qua mouetur Tribonianus , & quam petit ex eius contumacia. Quamquam nec aliud reſponderem , tametſi proponeres ſolum eſſe tutorem hunc,qui nec adminiſtrare voluit , nec ſe excuſare.Sufficit enim quod tutelæ iudicio periode poſſit conueniri , atque ſi adminiſtraſſet ; adeóque primo loco , cum alius nemo fuit qui adminiſtrauerit.Non enim pupilli vtilitas tam in eo eſt, vt habeat adminiſtratorem , quàm vt habeat tutorem , qui de neglecta ſaltem adminiſtratione conueniri poſſit:*l.non quaſi 4.§.ſed enim,D.rem pupill vel adoleſc.ſalu.for. l.pro officio 20.C.de adminiſtr.tutor.*Tenetur ſiquidem tutor ex quo debuit accedere ad adminiſtrationem,ſiue noluerit ſe excuſare , ſiue voluerit quidem , ſed non ſit admiſſa eius excuſatio, vt ſcriptum eſt in *l.tutor vel curator 20.D.eod.tit.* Itaque non tam pupilli quàm ſuas vtilitates deſerit tutor,qui nec ſe excuſare vult, nec tamen adminiſtrare , tametſi faciat id quantum voles,dolo malo , quia ſibi magis quàm pupillo nocet:Imò ſibi ſoli non etiam pupillo. Nulla igitur ratio eſt,vt ex ea cauſa legatum amittere debeat.

Sed quid ſi adminiſtrauerit , malè tamen ac perfidè , ita vt remoueri eum neceſſe fuerit,& quidem tanquam ſuſpectum? Multò magis dicendum videtur,inquit Tribonianus , indignum hunc eſſe iudicio patris:Nec male , ſi ponas remotum fuiſſe antequàm legatum peteret , adeóque impudentem illum eſſe , vt quamuis remo-

tus

Digitized by Google

cus à tutela ob ſuam perfidiam, pergat nihilominus petere legatum, quod ei non niſi remunerandæ fidei cauſa fuerat datum. Sed ſi ponas iam ſolutum ei legatum antequam quaſi ſuſpectus remoueretur, Nego aufferendum ei quaſi indigno, cùm ſemel tacitam illam conditionem, quam huic legato ineſſe diximus, expleuerit eo nimirum tempore, quo & tutelam ſuſcepit, & adminiſtrationi ſe immiſcuit. Quæ enim ex poſtfacto ſuperuenit mala & perfida adminiſtratio, non poteſt irritam facere ſolutionem quæ ritè facta fuit, nec indebitum, reddere legatum, quod ſemel fuit non modò non debitum, ſed etiam ſolutum: *arg. l. ſancimus 25. C de admin. tutor. l. verbis legati 5. in fin D. ad leg. falcid.*

Et verò ſi legatario, qui iam legatum conſecutus eſſet, aufferri illud poſſet tanquàm indigno, fatendum eſſet acquiſitum iri fiſco, non remanſurum penes pupillum, vt de cæteris omnibus ſolemus dicere, quæ iam acquiſita, poſtmodum tanquam ab indignis aufferuntur; *l. 1. & tot. tit. De his qua vt indign. D. & C.* Nec rurſus diſtinguendum eſſet, an tutor hic ſe accuſare velit ante acceptum legatum an poſt; Nam ſi acceptum ſemel legatum poſtea ex aliqua cauſa poſſet amittere plerúmque intereſſet pupilli admittere illum nihilominus ad excuſationem, vt hoc ipſo legatum tutor amitteret, lucro & commodo pupilli, cui ſubinde alius tutor dari poſſet fortaſſis melior: Certè minus ſuſpectus. Quam enim diligentiam ſperare liceat ab eo qui velit ſe excuſare, nec niſi inuitus ſuſcipiat tutelam? At quia legatum ſemel ſolutum nunquam ex hac cauſa redire ad pupillum poteſt, æquiſſimè conſtitutum fuit vt tutor hic idémque legatarius, ſi poſt acceptum legatum velit ſe excuſare, non ſit audiendus: *l. 5. §. amittere, D. ill. tit.* non magis quàm ſi poſt allatam excuſationē petere legatū velit. Atque ita mihi ſupradictæ leges omnes explicandæ videntur.

De ſubſtituto pupillari, qui tutor datus, excuſauit ſe à tutela.

PEndet autem ex ſuperioribus illa etiam quæſtio, quam idem Paulus noſter tractat *in d. l. amiciſſimos 36. D. hoc tit. De excuſat. tutor.* De illo qui ab amico tutor datus, idémque legato aliquo honoratus, & ipſi etiam pupillo ſubſtitutus, excuſauit ſe à tutela. Nam etſi certum eſt hunc amittere legatum, iuxta ea quæ proximè diſputauimus; dubitari tamen eleganter poteſt de pupillari ſubſtitutione, an defuncto pupillo intra pupillares annos, poſſit ei tutor ſuccedere tanquam ſubſtitutus. Occurit enim quod contra eum poſſit obiici, æquè indignum eum eſſe ſubſtitutione pupillari, atque legato, cùm pupilli vtilitates vltrò deſeruerit. Exemplu etiam eius, quod diximus de matre quæ non petiit tutorem filio impuberi, aut priùs cōuolauit ad ſecunda vota quam tutorem ei peteret, ſuæque adminiſtrationis rationes redderet, excludi eam ab omni ſucceſſione filij, id eſt non tantum à legitima, ſed etiam à teſtamentaria, ſi fortè pupillariter fuerat ei ſubſtituta: *l. omnem 6. C. ad Tertyll.* Niſi quod plerique volunt ſaluam ei nihilominus eſſe legitimæ portionis petitionem, vt ſcripſimus *in Codice Fabriano.* Contrà tamen Paulus reſpondet, Non eſſe tutorem hunc repellendum à commodo ſubſtitutionis pupillaris, quia non eſt veri ſimile, quòd pupillariter ſubſtitutus fuerit ſub ea tacita conditione, *Si & tutelam ſuſcepiſſet*: cùm ſubſtitutio pupillaris in eum nominatim caſum conferatur, & in id tempus quo etiam ſuſcepta tutela finietur, quæ ſcilicet finitur morte pupilli. Vt proinde ratio amittendi legati non habeat locum in ſubſtitutione pupillari.

Simile propemodum eſt quod ſolemus dicere, Vſumfructum non poſſe alicui relinqui in id tempus quo ipſe morietur, cum eo ipſo inſtanti vſusfructus, etiamſi iam quæſitus eſſet, ab illo diſcedere incipiat: *l. Titio cùm morietur 51. D. de vſufr.* Item, & ſimilius quod ſcriptum eſt in *l. Paula Callinico 27. §. Pompeius, de leg 3.* Si ſoror quæ prælegatum à patre acceperat, & prætereà fideicommiſſum meruerat ſub ea conditione, *Si frater idémque cohæres ſine liberis moreretur* poſteà codicillis aliquid acceperit quo iuſſa ſit contenta eſſe pro omni hæreditate, & his omnibus, quæ in teſtamento pater ei reliquerat; Mortuo poſteà ſine liberis fratre, ſororem, quæ legatum codicillis relictum agnouerit, non eò minus poſſe fideicommiſſum petere ſibi poſt mortem fratris relictum: quaſi de eo non potuerit cogitare teſtator, cum clauſulam illam in codicillis adſcripſit, *pro omni hæreditate, & his quæ in teſtamento reliquerat.* Nempe quod ea clauſula nō tam in odium ſororis adiecta videri poſſet, quàm in fauorem fratris vt eius portio hæreditaria tantò minùs per ea quæ ſorori danda eſſent, minueretur: Fauor autē fratris nullus vrgebat vt ſoror excluderetur ab eo fideicommiſſo, quod non niſi poſt fratris mortem debebatur; ac proinde non à fratre ipſo, ſed à fratris hærede, cuius tanquàm incerti & ignoti non tantam rationem habere teſtator potuerat, quantum propriæ filiæ. Quamquam non deeſſet, quod in contrarium replicare quis poſſet pro Paulo, cuius ſententiam Imperator eo loco improbauit, ſi commodus hic eſſet de' iis dicendi locus. Sed aliàs *in Rationalibus*, ſi Deus volet vt ad illum vſque locum Rationalia perſequamur.

Digitized by Google

AD TITVLVM XXVI.

De ſuſpectis Tutoribus, vel Curatoribus.

PRINCIPIVM I.

Suſpecti tutoris accuſationem publicam eſſe, & ex lege 12. Tab deſcendere.

SVSPECTS tutoris accuſatio poblica eſt, deſcenditque ex lege duodecim tabularum. Eſſe publicam, aut quaſi publicam Iuſtinianus noſter docet *in §. conſequens eſt, hoc tit.* poſt Vlpianum *in l. 1. § conſequens, D. eod.* vbi hoc ſic explicat Vlpianus, vt ideò poblica dicatur, quòd omnibus pateat, non quod ſit ex lege aliqua publicorum iudiciorum, cuiuſmodi ſunt aliæ illæ accuſationes, quæ pro criminibus publicis vindicandis instituuntur; de quibus *in l. 1 & l. infamem 7. & paſſ. D. de publ. iudi.* Nam neque ſuſpecti tutoris crimen publicum eſt, cùm non ſit ex legibus publicorum iudiciorum, ſed ex lege duodecim tabularum, *dict. l. 1. § Sciendum, D. hoc tit.* Ideo autem viſum eſt quaſi publicam eſſe debere hanc accuſationem, & patere omnibus, quia intereſt non modo pupillorum, ſed etiam Reipublicæ, vt pupillis ſubueniatur; eàque res ad publicam curam pertinere dicitur in *l. 2. §. qua autem*, aliàs *Diuus, D qui pet. tutor.* Adeo vt etiam ſine accuſatione, quod magis eſt, poſſit quis repelli quaſi ſuſpectos, ſi fortè Prætori liqueat ex apertiſſimis rerum argumentis ſuſpectum eum eſſe: *l. 3. §. præterea, D hoc tit.* vbi nec diſſimulat Vlpianus hoc ita receptum, & recipiendum eſſe fauore pupillorum.

Deſcendit autem hæc accuſatio ea leg. 12. tab. quia ſicuti lex illa eſt, quæ tutoris dandi poteſtatem nominatim fecit, *l. verbis legis 120. De verb. ſignific.* ita proſpici & prouideri eadem lege neceſſe fuit, ne quis tanta poteſtate, quanta eſt totoria, quæ ad patriam poteſtatem proximè accedit, tutorémque veluti dominum rerum pupillarium efficit, in pupillorum perniciem abuteretur: Quod ipſum non aliter, aut meliùs fieri potuit, quam inducto eo accuſationis genere, per quod remoueretur tutor ab adminiſtratione, ſi qua de cauſa ſuſpectus fieret. Etſi enim ferè ſemper accidit, vt pupillus paratam indemnitatis actionem habiturus ſit, vel contra tutorem ipſum, vel contra eius fideiuſſores, vel denique in ſubſidium contra magiſtratum ipſum, ſi vel nullo, vel minùs idoneo fideiuſſore accepto tutorem vel curatorem dederit; Intereſt tamen pupilli, vt non interim bona eius dilapidare tutori liceat, vtque res eius ſalua ſit potiùs, quàm vt habeat tabulas cautionis Rem pupilli ſaluam fore, quia ſatiſdatio non mutat maleuolum tutoris propoſitum, ſed diutiùs graſſandi in re pupillari facultatem tutori præſtat: *l. ſuſpectus 5. & ſeq. D. hoc tit.* Melius denique eſt intacta popilli iura ſeruari ab initio, quam poſt vulneratam cauſam remedium quæri, *l. vlt. C. in quib. cauſ non eſt neceſſ. in integr. reſtit.* Sicut dicimus in cæteris omnibus, Melius cuique eſſe non ſoluere, quàm ſolutum repetere: *vulg l. 3. D. de compenſat. l. ſtipulatus 55. D. de fideiuſſ.*

ILLATIO I.

De frequenti vſu accuſationis ſuſpecti.

EX hoc Principio illud primùm fit, vt accuſatio ſuſpecti tutoris ſicuti perneceſſaria eſt, ita ſit etiam frequentiſſima. Quotidie enim ſuſpecti tutores poſtulantur, vt ait Vlp. in *princip. l. 1. D. hoc tit.* Quia cum ſit accuſatio publica, & quæ omnibus patet, nemo agentem repellit, quomodo de inofficioſi teſtamenti querela ſcribit idem Vlpianus in *l. 1. & l. poſthumus 6. § ſi quis ex his, D. de inoff. teſtam.* Sicut autem quilibet ſuſpecti accuſationem inſtituere poteſt, ita & tutor quilibet accuſati, ſiue teſtamentarius ille ſit, ſiue legitimus, ſiue à magiſtratu datus: *§. oſtendimus, hoc tit. l 1 §. oſtendimus, D. eod. l. etiam 4 C. eod.* Adeò autem publica eſt, patétque omnibus hæc accuſatio, vt etiam mulieres ad eam admittantur; quamquam non omnes, ſed eæ ſolæ quæ pietate neceſſitudinis ductæ ad hoc procedunt, vt potà mater, auia, nutrix, & ſoror. Nam de ſorore extat reſcriptum Diui Seueri, vt refert Vlp. in *d. l. 1. §. quinimo, D. hoc tit.* vbi addit quod magis eſt, ſi qua mulier alia fuerit, cuius Prætor propenſam pietatem intelligat, non ſexus verecundiam egredientis, ſed ea pietate productam quæ non poſſit continere iniuriam pupillis factam, admitti eam debere ad accuſationem: Quamuis ex regula iuris ciuilis, mulier non aliter admitti poſſit ad accuſandum etiam ex legibus publicorum iudiciorum, quàm ſi vel ſuam, vel ſuorum iniuriam proſequatur: *l. de crimine 11. C. qui accuſ. non poſſ. l. ſi fœmina 5. C. ad SC. Turpill.*

ILLATIO II.

De tutore per contutorem ſuſpecti accuſato.

MVltò magis dicendum eſt, poſſe tutorem fieri ſuſpectum a contutore, ſiue duret adhuc tutor is, qui ſuſpecti accuſationem inſtituit, ſiue iam deſierit ipſe, dummodo contutor qui accuſatur maneat tutor *l. 3. in princip. D. hoc tit.* Etſi enim plurium eiuſdem pupilli tutorum ea ratio, & conditio eſt, vt vnius vice fungantur, quia nec niſi vnam vnius pupilli perſonam repræſentant, *l. ſimul plures 23. D. de tutor. & curat. dat.* iunct. *l. vlt C. de autor. præſt.* fieri autem nequit vt agat quiſquam contra ſeipſum, *l. ne cum filiofamilias 16 D. de furt.* Verum tamen eſt, plures tutores eſſe, quorum ſicuti reuera diuerſæ diſtinctæque ſunt

l. 3. in princip. D. hoc tit.

Digitized by Google

ſunt perſonæ, ita & diuerſa plerumque fides eſt & induſtria; nec quicquam vetat perfidum eſſe aut negligentem vnum ex tutoribus, alium verò & fidelem & diligentem; itemque vnum fieri pauperiorem tutela durante, alium verò locupletiorem. Proinde ſi quando id contingat, pupilli vtilitas ſuadet vt licere debeat vni ex tutoribus alium ſuſpectum facere; Nec tantùm pupilli vtilitas, ſed & ipſius contutoris, qui ſi in eo faciendo eſſet negligentior, hoc ipſo ſe obſtringeret periculo tutelæ, ex perſona & facto contutoris, quem ſuſpectum facere ſuperſediſſet: *l. 2. C. de diuid. tutel. l. 5. § vſque adeò, in fin. D. de tutel. & ration. diſtr. l. actus ſui 19. D. de admin. tutor.* Et hæc ſecunda ex Principio noſtro illatio ſit.

ILLATIO III.

De pupillorum libertis ad hanc excuſationem admittendis.

TErtiò fit ex eodem Principio, vt liberti quoque pupillorum ad huiuſmodi accuſationem admitti debeant, tanquàm qui non tantùm honeſtè, ſed etiam gratè facturi ſint, ſi tutores, vel curatores pupillorum eorundémque patronorum ſuſpectos fecerint ob malè geſtam rem ſiue patroni ipſius, ſiue liberorum patroni, *d. l. 3. §. 1. D. hoc tit.* Quid tamen ſi velit libertus patronum ſuum ſuſpectum facere in tutela alterius pupilli non patroni? Ratio dubitandi ex hoc ipſo Principio naſcitur, quia cùm hæc accuſatio pateat omnibus quaſi publica, quidni etiam liberto aduerſus patronum patebit? Sed tamen non ita eſt. Imò repellendus eſt libertus ab huiuſmodi accuſatione patroni, vt ex eodem Vlpian. noſtro ſcriptum eſt in *dict. paragrapho* 5. Ne, inquit, in ipſa cognitione grauius aliquid emergat; id eſt, Ne grauius eſſet crimen quod ex eiuſmodi accuſatione contraheretur, quàm quod patrono per accuſationem obiiceretur. Præſertim cùm huiuſmodi accuſatio plerumque infamiam irroget condemnato, nempe ſi is ob dolum remotus ſit, non ſi ob culpam duntaxat, *d. l. 3. §. vlt. & l. ſeq. § ſuſpectus autem remotus, hoc tit.* Numquam autem ferendum ſit, vt libertus quid dicat, vel faciat, quod ſuggillet exiſtimationem patroni, *l. parens 5. §. 1. & legib. ſeqq. D. de obſeq. parent. & patron. præſt. l. 4. § aduerſus, D. de doli mal. except.* Ergo patet omnibus hæc accuſatio, niſi ſi qui ſunt quos maior aliqua ratio ſummoueat ab accuſando, quod euenit in perſona liberti patronum ſuum accuſare volentis.

d. l. 3. §. 1. D. hoc tit.

ILLATIO IV.

De *curatore quoque ſuſpecto accuſando & remouendo.*

QVartò ex eodem Principio fit, vt non tantùm pupilli tutor tanquam ſuſpectus remoueri poſſit, ſed etiam adoleſcentis curator: Non quod de his quoque curatoribus lex duodecim tabularum locuta ſit, ex qua ſuſpecti accuſationem deſcendere diximus (minoribus enim curator dabatur olim ex lege Lætoria, hodie verò ex edicto Prætoris; numquam autem ex lege duodecim tabularum) ſed ad exemplum tutoris, quod eadem ferè in omnibus ratio eſſe ſoleat, tutorum & curatorum, nec minùs ad publicam vtilitatem pertineat, vt minorum, quàm vt pupillorum bona conſeruentur. Quin potiùs eo magis quod minor ætas aptior eſt, & vt ita dicam præſentior ad opem Reipublicæ ferendam, quam pupillaris; in iis ſcilicet quæ viribus corporis, potiùs quàm conſilio & prudentia expediri debent: *l. 2. l. 5. 6. & 7. C. hoc tit.*

Nec tantùm minoris & adoleſcentis curator quaſi ſuſpectus remoueri poteſt, ſed etiam curator furioſi, vel prodigi, *l. 3. §. non tantùm, D. eod.* Sed hoc an ex lege 12. tab. an potiùs ex Prudentum ad eam legem interpretatione? Nec enim de his curatoribus illud dici poteſt, quod de curatore minoris proximè diximus de iis locutam non fuiſſe legem duodecim tabularum, cùm lex de iis nominatim cauerit, *l. 1. D. de curat. furioſ.* Verum etſi de curatoribus iſtis lex locuta eſt, quæ & curatoribus bonorum ſuorum adminiſtratione interdixit, & furioſos in agnatorum gentiliúmque tutela eſſe iuſſit; at tamen de remouendis illis nihil conſtituit, quomodo de remouendis tutoribus: Itaque quod hodie curatores iſti æquè remoueri poſſint, & quidem per ſuſpecti accuſationem, fit haud dubiè per interpretationem, & exemplo eius quod lex duodecim tabularum conſtituerat in pupillis & tutoribus eorum. Quorſum enim & prodigis & furioſis curator datur, niſi vt eorum bona conſeruentur per curatorem, quæ per eos ipſos conſeruari nullomodo poſſunt? Ergo ſi quando contingat, vt curator ſiue prodigo, ſiue furioſo datus male ac perfidè adminiſtret, remouendus eſt tanquam ſuſpectus, eadem prorſus æquitatis & publicæ vtilitatis ratione, qua pupilli tutor remouetur. Nam & habent curatores iſti maiorem adfinitatem cum tutoribus, quàm habeant curatores qui minoribus, & adoleſcentibus dantur, quia non tantùm bonis vt illi, ſed etiam perſonis ipſis furioſi & prodigi, quomodo tutores perſonæ pupilli dantur, *d. l. 1. D. de curat. furioſ. l. in negotiis 5. De regul. iur.*

l. 3. §. non tantum D. eod.

§. ſuſpectus autem, hoc tit.

ILLATIO V.

De crimine ſuſpecti in perſona eius qui curam ventris bonorúmve adminiſtrat.

QVintò ex eodem Principio fit, vt etiamſi quis curam ventris bonorúmve adminiſtret, æquè non careat huius criminis metu, vt loquitur Vlp. in *dicta lege 3. § ſed etſi quis, hoc tit.* id eſt perinde poterit ſuſpectus dici & remoueri ſi malè nec ex fide bona probetur adminiſtrare. Etſi enim minùs iuris habet hic curator, quam qui vel furioſo, vel prodigo datur, quod neque illi perſonæ datus dici poteſt, neque ex lege ſiue duodecim tabularum, ſiue qualibet alia, cùm ex edicto Prætoris detur, & quidem non ad hoc vt rerum adminiſtrationem habeat, quàm cæteri curatores habent, etiam qui adoleſcentibus dati ſunt, ſed ſolam cuſtodiam, & rerum quæ deteriores futuræ ſunt diſtrahendarum facultatem, *l. inter bonorum 48. D. de admin. tutor.* Cùm tamen ob hoc ipſum detur à Prætore & ex eius edicto, vt bona cuſtodiantur & conſeruentur: *l. 1. D. de ventr. in poſſ. mittend.* conſequens omnino eſt, vt non debeat pati Prætor perſeuerare illos in adminiſtratione, ſi videat malè illos adminiſtrare; ne

alioqui

alioqui quod ad bonorum cuſtodiam & tuitionem ab eo factum eſt, in eorundem iacturam & perniciem conueniri patiatur: Ita enim fieret vt propoſitum ſuum Prætor non ſeruaret, quemodo loquitur Vlp.in *l.1.§.exceptionem, D.quar.rer.act. non dat.l.3.§ ſed verum, l.cum mand.13.D.de minor.*

ILLATIO VI.

De infamia tutoris ſuſpecti & remoti ob dolum.

SExtò ex eodem Principio fit, vt ſuſpectus tutor, & à tutela remotus, infamis fiat, ſi modò ob dolum ſuum remotus ſit, *dicto §.ſuſpectus autem remotus, hoc tit.* quia licèt infamiam non ex omni crimine ſententia facere ſoleat, ſed ex eo tantùm quod publici iudicij cauſam habuit, aut quod etiam in priuato iudicio infamiam irrogaret, *l.infamem 7. D. de public. iudic.* Hæc autem accuſatio non eſt de crimine publico, neque ex lege vlla publicorum iudiciorum deſcendit, vt diximus in ſuperioribus, Cùm tamen ſit publica accuſatio, & proficiſcatur ex delicto eius ipſius qui conuenitur (in quo differt à querela inofficioſi teſtamenti, quæ non niſi contra hæredem proponitur illius qui dicitur violaſſe officia pietatis) perinde infamiam irrogat dãnato atque ſi ex iudicio publico proficiſceretur. Planè ſi extra cauſam doli & ob ſolam ſegnitiam, vel ruſticitatem, vel incuriam, vel ſimplicitatem, vel ineptiam remotus quis ſit, non fit infamis: *l. 3. § vlt. & l.ſeq. D. hoc tit. l. vlt. C. eod.* quia tantam pœnam, quanta eſt infamiæ, mereri non poteſt ille qui delictum non admiſit; nec ruſus deliquiſſe videri ille qui caret dolo, cùm ferè ſine dolo delictum non committatur. Itaque faciunt hæ cauſæ, vt integra exiſtimatione quis diſcedat à tutela vel cura Quibus adde, ſi quis ideò remotus ſit à tutela, quòd per ſuam paupertatem ſatiſdare non potuerit: *l. 2. C. de tutor.vel curat. qui ſatis non dedit.*

§.ſuſpectus autem, hoc tit.

Medius quidam caſus eſt, in quo tutoris fraus & dolus coërcetur, nec tamen fit ille infamis. Nimirum ſi Prætor ob compertam tutoris fraudem, non quidem eum remouerit, ſed alium ei adiunxerit, ne poſſet ille pro arbitrio graſſari in re pupillari. Hic enim eſt quidem in dolo, & quodammodo punitur doli ſui nomine, ſed tamen non eſt famoſus, quia non eſt abire tutela iuſſus; Tantúmque abeſt vt remotus fuerit, vt è contrario potiùs fuerit confirmatus, dato ei adiuncto: *d. l. 3. in fin.* Remotio enim à tutela eſt illa quæ infamat, non ſola ſuſpecti accuſatio. Nec tamen ruſus ſola remotio, ſed quæ infamem cauſam habet, id eſt dolum tutoris. Adeò vt ſi Prætor decreto ſuo cauſam remotionis non ſignificauerit, debeat dici tutorem ita remotum integræ famæ eſſe, vt ex Papiniano tractat Vlpianus in *d.l.4.§.1. hoc tit.* Et ob eam rem nimirum debet Prætor decreto ſuo cauſam remotionis ſignificare, vt appareat de exiſtimatione, id eſt, ne ſit incertum an eo facto læſa ſit exiſtimatio tutoris, an non: *d.§. 1.* Nam & publicè intereſt ſciri cuius quiſque ſit exiſtimationis, *l.1.& tot.tit.De his qui not.infam.l.3.l.quæſitum 13.D.de teſtib.*

Si tamen Prætor ſua ſententia non remouerit tutorem à tutela, ſed tantùm gerere illum prohibuerit, an eo minùs erit infamis? Imò erit. Nam & hic tutor eſſe deſinit perinde ac ſi remotus eſſet. Cauſa tamen inſpicienda ſemper erit, propter quam prohibitus fuerit gerere; An ſcilicet eius aliquis dolus cauſam dederit prohibitioni, an alia cauſa ex iis quas diximus non infamare. Denique de remotione à tutela illud ipſum dici poteſt, quod de ictu fuſtium ſcribit Marcellus in *l.ictus fuſtium 22.D.de his qui not.infam.* non ictum fuſtium infamare, ſed cauſam.

Ille caſus dubitabilior videtur, ſi tutor nihil geſſerit, & ob eam cauſam ipſam remotus ſit, an fiat infamis? Conſtat enim non poſſe hunc ſuſpecti accuſatione poſtulari, cùm non poſſit dici malè ac perfidè tutelam gerere is, qui nihil gerit, Sed tamen verius eſt infamem illum eſſe, ſi dolo faciebat ne gereret, non etiam ſi per ignauiam, vel negligentiam tantùm: cùm aliæ atque aliæ cauſæ eſſe poſſint, ob quas non gerat quis tutelam, quam gerere alioqui deberet. Atque ita intelligo quod idem Vlpianus noſter ſcribit de tutore isto ex huiuſmodi cauſis remouendo, in *d.l.4.§.vlt.* licèt de infamia nihil exprimat, vt nimirum locus ille ex aliis ſumat interpretationem. Præſertim cùm tutor ſuſpectus dicatur ex moribus potiùs quàm ex adminiſtratione, vt dicemus *ad Princip.2.illat. 7. ex l.ſuſpectum 8. D.hoc tit.*

ILLATIO VII.

De ſuſpecti accuſatione non facilè permittenda.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt quoties per aliam viam, quàm per ſuſpecti accuſationem poteſt conſultum eſſe pupillo, non ſit permittenda ſuſpecti accuſatio tanquam quæ ſit odioſa, vel hoc ipſo quod accuſatio eſt, quódque infamiam irrogat damnato. Nec pupilli fauor vllus eſſe poteſt, propter quem debeat permitti hæc accuſatio, ſi alia mitiore nec minùs tuta via poſſit ille indemnis ſeruari; cùm non alia de cauſa ſit inducta hæc accuſatio, quàm vt pupillorum vtilitatibus conſulatur: Intereſt autem Reipublicæ non ita facilè ac paſſim ciuis Romani dignitatem & exiſtimationem lædi. Exempla ſunt in *d.l.3 §.quæri poteſt, & ſeq. D.hoc tit.* Putà ſi quis fuerit tutor pupilli, idémque ſit curator confirmatus adoleſcenti, & probetur multa perfidè geſſiſſe durante tutela. Nam cùm poſſit tutelæ conueniri à contutoribus, ſcilicet depoſito iam officio tutelæ, & alio ſumpto curationis, conſequens erit dicere ſuſpecti accuſationem ceſſare: Non item ſi etiamnum curam malè adminiſtret, quia quandiu cura durat, agi eo nomine non poteſt, & ideò neceſſaria eſt ſuſpecti accuſatio: *dict.§.quæri poteſt.*

l.3 § quæri poteſt & ſeqq.eod.

De tutore qui poſtquàm tutor eſſe deſiit, rurſum tutor eſſe cœpit.

ITem ſi proponas aliquem deſiiſſe tutorem eſſe, & rurſum cœpiſſe, vt putà ſi vſque ad tempus, vel vſque ad conditionem fuerat datus in teſtamento, quod fieri poſſe diximus ſæpius in præcedentibus, ex *l.tutor 8.§.tutorem, D.de teſtam. tutel.* deinde iterum datus eſt tutor à Prætore, vel ſuperueniente conditione teſtamentaria iterum tutor eſſe cœpit; ſimiliter dicendum erit ſuſpecti eum poſtulari non poſſe, quia cùm ſint duæ

Digitized by Google

tutelæ diuerſæ ac ſeparatæ, poteſt vtique indicio tutelæ conueniri, ſi modò aliquis ſit qui eum conueniat, id eſt contutor: *d. l. 3. §. idem erit.* Nam ſi ſolus ille ſit, cùm ceſſet actio tutelæ, non tam quòd nondum competat, quàm quòd nemo ſit qui eam poſſit exercere, ſuſpecti accuſatio neceſſaria eſt, per quam remoueatur non quidem à priore tutela, quæ iam finita eſt; & in qua tamen ſola ponimus eum fraudulenter verſatum eſſe, ſed à poſteriore tutela & adminiſtratione quam nunc habet, quaſi in hac quoque ſuſpectus ſit ex eo quòd in alia malè verſatus eſt: *d. l. 3. §. ſi autem ipſe tutor.* Ergo & idem dicendum eſt in eo qui poſt finitam tutelam quam perfidè geſſerat, ſolus confirmatus eſt curator; vt nimirum quia non habet concuratorem, à quo poſſit tutelæ conueniri ob malè geſta in tutela, remouendus ſit à cura tanquam ſuſpectus, quoniam alia remedio ſuccurri pupillo non poteſt.

De tutore dato ad tempus & ex tempore repetente tutelam quam priùs malè geſſerat.

AT quid ſi tutor ita datus ſit in teſtamento (nec enim aliter eo modo & ad tempus dari poſſet) *Quoad in Italia erit, tutor eſto*: vel *Quoad trans mare non erit*, & hic tutelam malè ac perfidè adminiſtrauerit dum eſſet in Italia, nec trans mare; Poſteà verò exiiſſe de Itali., & trans mare profectum fuiſſe, tum in Italiam rediiſſe, ruſúmque tutelam adminiſtrare; An accuſari, & remoueri poterit tanquam ſuſpectus, etiamſi habeat contutorem à quo tutelæ conueniri poſſit, ob præcedentem malam adminiſtrationem? Quæſtio in eo eſt, An ſint duæ tutelæ, an vna tantùm quæ habeat interualla? Nam ſi plures tutelæ ſint, quarum prior iam finita ſit, dubitari non oportet, quin pro reddendis primæ rationibus, poſſit tutelæ conueniri, ſi modò aliquis ſit à quo conueniatur, id eſt contutor. Nec enim à pupillo ipſo conueniri poſſet; ideóque tanquam ſuſpectus nec accuſari poterit, nec remoueri, cùm alia ratione minus odioſa indemnitas pupillo parari poſſit. At ſi vna tantùm tutela ſit, quam proinde finitam eſſe dici nequeat, quandiu pupillaris ætas durat, certum eſt nullo caſu poſſe adhuc tutelæ agi, hoc eſt nec ſi contutor aliquis ſit, qui actionem ſi qua competeret, exercere poſſet, cùm ante finitam tutelam agi tutelæ non poſſit: *l. niſi finita 4. D. de tutel. & ration. diſtr.* Ergo vtilis & neceſſaria erit hoc caſu ſuſpecti accuſatio, vt tutor hic tanquam ſuſpectus ob priorem adminiſtrationem in eodem officio factam remoueri poſſit, *d. l. 3. § quod ſi quis ita tutor, D. hoc tit.*

De illo, qui abſuturus reipub. cauſa deſiderauit in locum ſuum ſubſtitui alium tutorem.

EIus, qui abſuturus Reipublicæ cauſa, deſiderauit in locum ſuum ſubſtitui alium tutorem, diuerſa ratio eſt. Nam ſi antequàm Reipublicæ cauſa proficiſceretur, malè adminiſtrauerat, poſteà verò reuerſus ſit, & adminiſtrationem repetat (nec enim abſentia Reipublicæ cauſa perpetuam excuſationem attulerat, ſed temporalem, *l. 1. & 2. C. ſi tut. reipub. cauſ. aber.*) non eſt ferendum vt ex antegeſto ſuſpectus poſtuletur; nec ſi non habeat contutorem: nimirum, quia poteſt ea priore geſtu actione vtili conueniri, *§. ſi quis abſuturum, d. l. 3.* Vtili inquam; quoniam directa conueniri non poteſt, cum adhuc tutela duret: *d. l. 4. D. de tutel. & rat. diſtr.* Vtilis tamen ideò datur, quoniam tutor eſſe quodammodo deſiit, & quidem ſua voluntate, qui quaſi perpetuam habiturus excuſationem, alium tutorem in ſuum locum ſubſtitui deſiderauit, cum alioqui debuiſſet in locum eius curator tantùm dari, tãquam in locum eius qui non niſi ad tempus fuerat excuſatus, *l. in omnem rem 13. & ſeq. D. de tutor. & curat. dat. l. non ſolùm 10. §. ſimiliter, D. de excuſat. tutor.* Ferè enim eſt, vt tutor eſſe deſierit is, in cuius locum alius datus fuit, cùm habenti tutorem tutor dari non poſſit; ſicut & qui in perpetuum excuſatur, tutor eſſe deſinit: *§. vlt. Inſtit. quib. mod. tutel. finit.* [*§. vlt. Inſt. quib. mod. tutel finit.*] ideóque potuit hic tutor etiam directa tutelæ actione conueniri: *l. ſi tutor 9. de tutel. & ration. diſtr.* Et tamen ponendum eſt, reuerſum hunc, qui antequàm reipub. cauſa abeſſet tutor fuerat, repetiiſſe adminiſtrationem, & tutelam reſumpſiſſe; quoniam alioqui non fieret locus quæſtioni, an poſſet remoueri tanquam ſuſpectus; qui neque tutor eſſet amplius, neque adminiſtraret. Potuit autem tutelam reſumere, alio etiam tutore dato: Alius enim ille tutor eſſe ipſo iure deſiit, reuerſo priore: Non minùs quàm curator datus in locum eius, qui ad tempus duntaxat excuſatus fuerat propter abſentiam, ipſo iure curator eſſe deſinit, reuerſo tutore, qui numquam tutor eſſe deſiit: *d. l. ſi tutor 9. in prin. D. de tutel. & rat. diſtr.* Niſi cum Cuiacio dicas, Minùs propriè locutum eo loco Vlpianum, & *Tutorem* dixiſſe pro *Curatore*, itémque *tutelæ actionem*, pro *actione negotiorum geſtorum*, quæ ſolet dari aduerſus curatorem, vt & in *l. quæſitum 12. D. de tutel.* quod tamen minùs probabile eſt. Nam vt idem Cuiacius obſeruat & fatetur, non ſunt Prudentes noſtri adeò faciles ad loquendum impropriè & abuſiuè. Ponendum tamen eſt hunc tutorem, quem dicimus poſſe conueniri poſt reditum actione tutelæ, pro adminiſtratione facta priuſquàm abeſſet reipub. cauſa, contutorem aliquem habere, vt perſona ſit à qua conueniri poſſit; alioqui certum eſt, pupillo non poſſe dari actionem hanc contra tutorem, præſertim quandiu tutela perſeuerat.

Quod tamen diximus poſſe agi tutelæ cum reuerſo, qui abfuerat reipublicæ cauſa: contrarium videtur ei, quod diſertè ſcriptum eſt in *l. penult. in princip. ſupr. de excuſ. tutor.* vbi dicitur vnam duntaxat eſſe hoc caſu tutelam, ideóque nec tutelæ agi poſſe ante pubertatem; Niſi diſtinguamus quomodo diſtinximus in *tit. præced. illat. 3.* an is qui abſuturus erat reipublicæ cauſa, excuſatus fuerit à teſtatore ipſo propter abſentiam, & ad tempus tantùm, vt in *dict. l. penult.* quia verbum *quoad*, ibi appoſitum à teſtatore, habet reuolutionem temporis, vt Oldrad. dicebat; an verò à Magiſtratu, & quidem in perpetuum, ita vt in eius locum alius tutor datus ſit, eo ipſo ita deſiderante, vt in *dict. l. ſi tutor, & in d. § ſi quis abſuturus.* Hoc enim poſteriore caſu videtur finita prior tutela, factáque diuiſio non tantùm adminiſtrationis, ſed etiam ſubſtantiæ tutelæ, vt loquitur Bart. ad *d. l. penult.* Vt proinde actionem tutelæ, ſi non directam, ſaltem vtilem eo caſu dari, mirandum non ſit; cùm aliquando competierit etiam directa

quæ

Digitized by Google

quæ per tutorem ſubſtitum in prioris locum potuit haud dubiè exerceri.

De illo, qui antequàm tutor eſſet, dolum malum admiſit in bonis pupilli.

ILlud minorem habet dubitationem quod idem Vlp. noſter tractat in *d. l. 3. §. nunc videamus*, Si quid per dolum malum hæres admiſerit in bonis pupilli, ſed ante tamen quàm tutor eſſet, quamuis in bonis pupilli, non poſſe, vel in tutela ſuſpectum poſtulari, quia delictum tutelam præceſſit. Proinde, inquit, ſi pupilli ſubſtantiam expilauit, ſed antequàm pupillus hæres eſſet (legendum enim eſt *hæres*, non *tutor*, vt aliàs monui) accuſari debebit tutor expilatæ hæreditatis; ſin minùs furti, hoc eſt, ſi expilauit ſubſtantiam pupilli poſt aditam ab eo hæreditatem. Et verò abſurdum fuerit dicere, naſci ſuſpecti tutoris accuſationem ante tutelam ſuſceptam: Nec ſufficit tutorem eum eſſe qui accuſatur, vt remoueri poſſit; niſi etiam illud concurrat, vt mala adminiſtratio facta ſit in tutela. Denique non poteſt quis à tutela quaſi ſuſpectus remoueri, niſi ob ea quæ in tutela admiſit, ſi fortè graſſatus ſit in tutela, vel ſordidè egerit, vel perniciosè pupillo, vel aliquid ex rebus pupillaribus interceperit iam tutor factus, vt ſcriptum eſt in *d. § nunc videamus*.

Emendatus Vlpianus.

De eo qui ventri, boniſque curator datus, & fraudulenter verſatus, poſtea tutor factus eſt.

SEd nec illud dubitationem vllam habet, quod addit Vlp. *in §. ſi curator, d. l. 3.* Si curator ventri boniſque datus fraudulenter verſatus ſit, deinde tutor datus, poſtulari eum poſſe ſuſpectum: Etſi enim proximè diximus, non poſſe ſuſpecti accuſationem locum habere pro malè geſtis ante tutelam ſuſceptam; id tamen tùm habere locum non poteſt, cùm adminiſtratio, quæ tutelam præceſſit talis fuit, vt eius quoque nomine potuerit ſuſpecti accuſatio exerceri: Quod in propoſito caſu contingit; quandoquidem iam dictum eſt in præcedentibus, etiam illum, qui curam ventris bonorúmque adminiſtrat, non carere huius criminis metu, nec immunem eſſe ab hac accuſatione, ex *dict. l. 3. §. ſed etſi quis curam*. Qui enim potuit etiam priùs quàm tutelam ſuſciperet remoueri tanquam ſuſpectus, quidni multò magis poterit poſt eam ſuſceptam? Superueniens ſiquidem tutela facit, quo magis, non quominùs accuſatio ſuſpecti locum habere debeat. Monet tamen Vlpianus in *dict. §. ſi curator*, hoc quod dixit, poſſe tutorem hunc quaſi ſuſpectum accuſari, & remoueri ob curam malè adminiſtratam, ita eſſe accipiendum, ſi non habeat contutorem. Nam ſi habeat, cùm poſſit ille eo caſu conueniri à contutore ob curam malè adminiſtratam, nil neceſſe eſt permittere ſuſpecti accuſationem, quæ numquam vtilis niſi cùm neceſſaria eſt, vt illatio habet noſtra.

De finienda cognitione ſuſpecti poſt finitam tutelam.

DEnique ad hanc illationem pertinet, quod Papin. ſcribit in *l. pen. D. hoc ti.* poſt finitam tutelam ſolui cognitionem ſuſpecti, etiam quæ fuerat recepta priuſquàm tutela finiretur; *Anton. Fabr. Iuriſp. Papin. Scient.* quod & Iuſt. ſcribit in *§. ſed ſi ſuſpecti, hoc tit.* & Imper. in *l. 1. C. eod.* Nempe quia cùm tutela finita eſt, nemo dubitat quin tutelæ actio incipiat competere, cuius auxilio cùm poſſit pupillus indemnitatem conſequi iure ordinario & via ciuili, deſinit iam illa ſubeſſe neceſſitas, quæ ſuſpecti accuſationem inducebat, & peruenit res ad eam cauſam à qua incipere non poterat: quod cùm accidit, iudicium ſolui ſolet, *l. iudicium ſoluitur 58. D. de iudic.* Etſi non videtur Papinianus eam propoſitionem, quæ non tam iuris regula, quàm multorum opinio fuit, in cæteris probaſſe; vt conſtat ex *l. verbis 5. in fin. D. ad leg. falcid.* iunct. *l. exiſtimo 98. De verb. obligat. l. in ambiguis 85. §. 1. De regul. iur.* De quo alibi ſcripſimus.

PRINCIPIVM II.

De ſuſpecto ex moribus æſtimando.

SVſpectus tutor ille eſt, qui moribus talis eſt, vt ſuſpectus ſit, *l. ſuſpectum 8. D. hoc tit.* vbi ex hoc infert Vlpianus eum, qui ſit pauper quidem, ſed fidelis & diligens, non eſſe remouendum quaſi ſuſpectum. Cui conuenit, quod ſcriptum eſt in *l. in poſtulandis 5. C. eod.* In poſtulandis ſuſpectis tutoribus ſeu curatoribus, non vires patrimoniorum principaliter, ſed an nihil ſegniter, nihil fraudulenter geratur, perpendi oportere. Quibus verbis tamen oſtenditur, etiam ob ſegnitiem ſolam, poſſe quem vt ſuſpectum & accuſari & remoueri, quamuis non etiam ob paupertatem.

Quod quamquam ita eſt, multum tamen refert an quis à tutela remotus ſit ob ſegnitiem, aut quod hac parte idem eſt, ob ſimplicitatem, vel ineptiam; an vero ob fraudem. Vtroque quidem caſu remouetur tutor, vel curator à tutela, vel cura: ſed priore citra notam infamiæ & integra exiſtimatione; poſteriore verò, cum infamia, & vt loquitur Modeſtinus in *l. ſi tutor 9. D. hoc tit.* cum notata fide & exiſtimatione. Idque iam à nobis tractatum eſt ad Principium præcedens, ex *l. 3. §. vltim. & l. 4. in princip. eod.* vt intelligamus actionis infamiam non tam in remotione, quàm in remotionis cauſa conſiſtere. Frequentius tamen eſt, vt non niſi ob dolum in tutela admiſſum ſuſpectus quis poſtuletur, *d. l. 3. §. nunc videamus*, aut ob negligentiam tam latam, prope fraudem accedat: *l. impuberibus 7. §. 1. eod.* Non quaſi non liceat eum quoque poſtulare qui dolo careat, ſi tam ſegnis, aut ſimplex, aut ineptus ſit in tutela gerenda, vt non niſi cum magno & euidenti pupillaris patrimonij periculo & incommodo retineri poſſit, *d. § vlt. & d. l. 5. C. hoc tit.* Sed quia non tam faciles ſunt Magiſtratus ad remouendum tutorem qui dolo careat, ſed potiùs adiungunt ei curatorem ne alioqui onerent aliquatenus exiſtimationem viri boni, quamuis pigri & negligentis apud bonos ſaltem & graues viros: *d. l. ſi tutor*, vbi Modeſtinus ait hoc optimum factu eſſe, aut vt mauult legere Cuiacius, *optimum factum eſſe*, ſiue tutor aliquo vinculo neceſſitudinis, vel affinitatis pupillo coniunctus ſit, vel ſi patronus pupilli liberti tutelam gerat, etiamſi cauſa aliqua iuſta ſit, propter quam talis tutor remouendus videatur.

Excipiendus hodie ille eſt, qui negligens fuit in conſcribendo inuentario, & nihilominùs attigit rerum pupillarium adminiſtrationem. Hunc enim Iuſtinianus voluit, & ab officio quaſi ſuſpectum remoueri, & legitimis pœnis ſubiici, & poſtea perpetua macula infamiæ notari, adeóque nec ab Imperiali beneficio huius notæ abſolutionem mereri poſſe: *l. vlt. C. arbitr. tutel.* Extra hunc caſum, ac nullo præterea alio, adeo ſeuerè punitur negligentia tutoris, vt ob eam remoueri debeat cum infamia: Neque verò in ſpecie *d. l. vlt.* tam punitur negligentia tutoris in non conſcribendo inuentario, quàm dolus ſaltem præſumptus in eo quod ante conſcriptum inuentarium attigit res pupillares; quod ab eo fieri non debere iam olim Vlpianus ſcripſerat in *l. tutor qui repertorium 7. D de admin. tutor.*

l. vlt Cod. arbitr. tutel.

ILLATIO I.

De tutore ſuſpecto, qui vel iam ſatiſdedit, vel ſatiſdare paratus eſt.

Ex hoc Principio illud primùm fit, vt tutori de quo tanquam ſuſpecto remouendo agitur, nihil proſit quod vel iam ſatiſdederit pupillo, vel ſatiſdare, & idoneos fideiuſſores dare paratus ſit, *l. ſuſpectus 5 & ſeq. D. hoc tit.* quia cùm ſuſpectus non ex facultatibus, ſed ex moribus quis dicatur, nemo non videt maleuolum tutoris propoſitum erga pupillum, quod ex malis moribus proficiſcitur, per oblatam, aut præſtitam ſatiſdationem non immutari; Præter id quod expedit pupillo rem ſuam ſaluam fore, potiùs quàm tabulas Rem ſaluam fore cautionis habere, *d. l. ſuſpectus*, vbi additur; Nec ferendum eſſe contutorem qui collegam ſuum ideò ſuſpectum non fecerit, quòd cautum eſſet pupillo. Semper enim vtilius eſt pupillo ſic ei proſpici, vt ab initio nullum damnum ſentiat, quàm vt poſtea laborandùm habeat de conſequenda indemnitate, tametſi eam alioqui facilè ſit conſecuturus, *arg. l. vlt. Cod. in quib. cauſ. non eſt neceſſ. in integr. reſtit. l. 3. D. de compenſat.*

ILLATIO II.

De plebeio tutore ſuſpecto qui etiam corporaliter ſit puniendus.

Secundò ex eodem Principio fit, vt ſi quis de plebeiis ob facta atrociora quæ in tutela admiſit, fuerit apud Prætorem accuſatus, remittendus ſit ad Præfectum vrbi, vt grauiter puniatur: *l. 1. §. vltim. D. hoc tit.* id eſt pœna ſi opus ſit etiam corporali, ſi fortè plebeij tam vilis perſona ſit, vt non ſufficiat ſuſpecti infamia, putà ſi ob infamiam ſuam & egeſtatem poſſit eludere & contemnere ſententiam Prætoris, qui ſicut nullam iuriſdictionem criminalem habet, quam præfectura Vrbis totam ſibi vindicauit, *l. 1. D. de offic. præf. vrb.* ita neque corporalem condemnationem poteſt infligere, ſed ad Præfectum vrbi remittere omnes debet, quos videt dignos grauiore animaduerſione: *d. l. 1. §. ſolent, de offi Præf. vrb. l. 1. § . vlt. D. de pœn. l. ſi quis iniuriam 35. D. de iniur.* vbi ob hanc cauſam pro *Prætor*, legendum eſſe *Præfectus*, docuimus *in prioribus libris Coniecturarum.* Ratio autem huius illationis ex eo pendet, quòd cùm ſuſpecti accuſatio indicatur ex malis moribus & fraudibus tutoris, æquiſſimum ſit quanto improbiores ſunt mores, & quanto atrociora illa quæ tutor per dolum commiſit, tanto grauiorem irrogandam ei eſſe condemnationem. Ea ratio facit vt ſi libertus tutelam gerens filiorum patroni, fraudulenter eam geſſiſſe probetur, omnimodo remittendus ſit ad Præfectum vrbis grauiter puniendus: *l. 2. D. hoc tit.* Nempe quia quæ in alio tutore leuior culpa eſſet, in liberto eſt grauior, propter bonam fidem & diligentiam, quam patrono, eiúſque liberis exuberantiorem præſtare debet, in memoriam tanti accepti beneficij, quantum eſt libertatis: *d. l. 1. §. ſolent, de offic. præf. vrb.* quod ſummum pretium eſt quantumcunque liberalis ſeruitutis, vt loquar cum Comico *in Andria.*

Feci è ſeruo vt eſſes libertus mihi,
Propterea quòd ſeruiebas liberaliter,
Quod habui ſummum pretium per ſolui tibi.

ILLATIO III.

De non permittenda impuberibus contra ſuos tutores ſuſpecti accuſatione.

Tertiò ex eodem Principio fit, vt impuberibus non permittatur ſuſpectos facere tutores ſuos, *l. impuberibus 6. D. hoc tit.* Nam cùm tutor vt perſonæ, ita moribus pupilli potiſſimùm detur: *l. cùm plures 12. §. tutor. D. de adminiſtr. & peric. tutor.* abſurdum ſanè eſſet, pupillum, præſertim qui iudicio careat, inquirere in mores tutoris ſui, à quo regi ipſe debeat. Alia ratio eſt, ob quam non poteſt pupillus agere ipſe tutelæ cum ſuo tutore. Id enim ideo ſic comparatum eſt, quoniam abſurdum eſſet à tutore rationem adminiſtrationis negotiorum pupilli repoſci, in qua tutor ipſe adhuc perſeueret, vt ſcribit Vlpianus in *l. ſi tutor 9. §. & generaliter, D. de tutel. & ration. diſtr.* Quare nec alius quilibet tutelæ actionem pro pupillo inſtituere poteſt, non magis quàm popillus, niſi poſt finitam demùm tutelam, *l. niſi finita 4. eod. tit.* At ſuſpecti accuſationem inſtituere poteſt quilibet alius quàm pupillus, etiam durante tutela; Imò non niſi ea durante, vt diximus in præcedentibus. In adoleſcente aliud eſt. Nam ſi velit, poteſt ille ſuſpectum facere curatorem, *d. l. impuberibus*, quia non ſicut pupilli moribus tutor datur, ita & adoleſcentis moribus curator, ſed bonis eius tantùm, non perſonæ. Debet tamen ex conſilio neceſſariorum id facere, vt addit Vlpianus *in d. l. impuberibus*, & poſt eum Iuſtinianus in *§. impuberes, hoc tit.* quia res tanti momenti, quanti eſt accuſatio iſta, quæ tutoris fidem & exiſtimationem ſuggillat, non facilè debuit committi arbitrio minoris, cuius & mores ſuſpecti, & iudicium minùs firmum eſt.

d. l. impuberibus §. impuberes, hoc tit.

ILLA

Digitized by Google

ILLATIO IV.

De ſeruo quoque pupillari admittendo & audiendo ad detegendas fraudes tutoris.

QVartò ex eodem Principio fit, vt ſiue tutor, ſiue curator ſit is qui ſuſpectus dicitur, non poſſit præſcribere & impedire quominùs in ſuſpecti cognitione religio Prætoris inſtruatur à pupillari ſeruo detegente fraudes tutoris, *l. vlt. D. hoc tit.* Etſi enim aliud videbatur dicendum, quia non ſolet ſeruus audiri contra dominum, Tutor autem domini loco habetur, *l.interdum 56. §. qui tutelam, D.de furt.* Tamen cùm accuſatio ſuſpecti ſit de moribus tutoris, in quos meliùs inquirere Prætor non poſſit, quàm ſi ſeruos audiat, & alios domeſticos quibus ſolis vt plurimum nota ea ſunt, quæ fiunt domi, *l. conſenſu 8. §. ſeruis etiam, C. de repud.* nihil cauſæ eſt, cur non in accuſatione ſuſpecti poſſint & debeant ſerui pupillares audiri contra tutorem, ac multò magis contra curatorem, qui domini loco nunquam habetur; quia rebus tantùm, non perſonæ datur, vt ſuo loco monuimus.

Domeſtici ſi-ſt eo melius ſciunt quæ fiunt domi.

ILLATIO V.

De tutore qui per abſentiam ſuam facit ne alimenta pupillo decernantur.

QVintò ex eodem Principio fit, vt ſi tutor ſui copiam non facere perſeueret, ne alimenta pupillo decernantur, maximéque ſi edictis Prætoris euocatus poſteaquàm tutor datus eſt non compareat, poſſit ob hoc ipſum tanquam ſuſpectus remoueri, quaſi qui abſentia ſua ſuſpectus factus ſit: *d.l.impuberibus, §. pen. & vlt.C.hoc tit.* vbi pro *ſententia*, lego *abſentia.* motus tam ex præcedentibus quàm ex ſequentibus. Nam & ad tutoris mores illud pertinet, vt ſuſpecti videri debeant, ſi nolit ille comparere, & ad Prætorem venire, vt pupillo ſuo damnum inferat vel incommodum, cuius è contrario & ſalutem & commoda non minùs curare debeat quàm proprias ſuas vtilitates. Hoc verò tum maximè obtinet, ſi tutor ideò abſit, aut latitet, ne præſente eo alimenta decernantur. Quid enim aliud hic agit, niſi vt enecet pupillum? Siquidem necare is quoque videtur qui alimenta denegat: *l.necare 4.D.de agn. & alend.lib.*

Non tamen in pœnam huiuſmodi abſentiæ, etiam quæ contumaciam adnexam habeat, ſtatim eò decurrendum eſt, vt tutor ſuſpecti accuſetur, & quaſi ſuſpectus remoueatur, niſi perrarò, & diligenti habita inquiſitione, ſiue quod variæ poſſint eſſe cauſæ, ex quibus tutor abſit etiam citra dolum; ſiue quod tum quoque cùm dolus adeſt, aliis tamen modis minùs aſperis coërceri poſſit contumacia; inter quos vnus ille eſt, qui & ante cæteros tentari debet, vt iubeatur ſuis rebus carere qui negligit pupillares; vt ſcilicet rei ſeruandæ cauſa, pupillus mittatur in poſſeſſionem bonorum ſui tutoris, quomodo mitteretur creditor in poſſeſſionem bonorum debitoris latitantis, ex tit. *Quib. ex cauſ.in poſſ. eat.* Quo facto etiam res, quæ mora deteriores futuræ ſunt, ex bonis tutoris diſtrahi iubeantur, dato in id curatore. Quòd ſi neque hoc remedio vinci & adigi tutor poſſit vt veniat, & pareat, tum verò quaſi non modò contumacem, ſed etiam ſuſpectum remoueri eum oportebit. Et hic Vlpiani noſtri ſenſus eſt *in dict.l.impuberibus, §. pen.& vltim hoc tit.* & Iuſtiniani *in §.ſi quis tutor.* iunct.*l.3 §.tutor, eod.tit.*

At quid ſi tutor non quidem latitet, ſed præſens contendat nulla poſſe alimenta decerni pupillo tanquam inopi? Reſpondet Vlp. *in dict. §. tutor*, dandos eſſe hoc caſu Aduocatos pupillo, & ſi tutor in mendacio reuincatur, remittendum eum eſſe ad Præfectum vrbis vt grauiter puniatur. Nec enim quicquam intereſt, inquit, an id quis agat vt corrupta fide inquiſitionis tutor conſtituatur, an verò bona fide conſtitutus incipiat velut prædo bonis alienis incúbere. Ergo remouebitur quidem quaſi ſuſpectus. Verum tamen non modò remouebitur, ſed etiam remittetur puniendus ea pœna, qua ſolent adfici qui tutelam corruptis miniſteriis redemerunt. Sic namque intelligo quod Vlp.ſcribit in illis verbis, *hic ergo non quaſi ſuſpectus remouebitur.* Alioqui perabſurdum eſſet dicere non remoueri eum, qui etiam grauiter puniendus ſit à Præfecto vrbis. Ne qui maiorem pœnam meretur, à minore excuſetur, *l. qui pacto 5. D.de ſeru.expor.* Nam & ſubiicit idem Vlp. *in §. ſeq.* tractans de eo qui neque pecuniam ad prædiorum emptionem conferre, neque deponere peruicaciter perſtat quoad emptionis occaſio inueniatur, non ſolùm iuberi vinculis contineri, ſed etiam inſuper pro ſuſpecto habendum eſſe. Mox addit, ſed ſciendum eſſe, non omnes tutores hac ſeueritate debere tractari, ſed vtique humiliores. Nam eos qui ſunt in aliqua dignitate poſiti, non oportere vinculis publicis contineri. Quod haud dubiè ſic accipiendum eſt, vt tamen non eò minùs remoueri debeant quaſi ſuſpecti. Nec enim diſtinguimus poſitos in dignitate ab humilioribus in accuſatione ſuſpecti, ſed eos tantùm qui aliquo neceſſitudinis vel adfinitatis vinculo coniuncti ſunt pupillo, vel quibus reuerentiam pupillus debet, à cæteris, vt *in l.ſi tutor.9.eod.ti.* Aut negligentes à doloſis, *l.3.§ vlt.& l.4.eod.tit.*

ILLATIO VI.

De auferenda interim adminiſtratione bonorum pupillarium ei, qui dicitur ſuſpectus.

SExtò ex eodem Principio fit, vt ſi quis tutor vel curator ſuſpectus poſtuletur, auferenda ei ſit interim ac lite pendente bonorum adminiſtratio, *l.eum quem 7. C. hoc tit.* quod à Papiniano noſtro primùm fuiſſe inductum innuit Iuſtinianus noſter in *§ ſi quis autem ſuſpectus. hoc tit.* Illa vt videtur ratione, quod is qui ſuſpectus dicitur, licèt eo tempore nihildum fecerit, propter quod reuera ſuſpectus dici poſſit, hoc ipſo tamen quodammodo ſuſpectus fieri incipit quod ſuſpectus allegatur: Non quidem hactenus, vt ſtatim remoueri debeat nec auditus, nec conuictus; quod eſſet iniquiſſimum, ſed hactenus ſaltem ne patiatur magiſtratus ſalutem pupilli, & adminiſtrationem bonorum eius committi illi, qui dicitur ſuſpectus.

Tutorem enim non ſolum crimine, ſed etiam criminis ſuſpicione vacare expedit, vt ſibi commiſſam adminiſtrationem retinere poſſit. Exemplo eius quod de iudice dicimus, ſi ſuſpectus ſit, remoueri eum debere, licèt nihil adhuc fecerit quod à boni viri, probique iudicis officio alienum videri poſſit, quia malum eſt coram ſuſpecto iudice litigare: *l. apertiſſimi* 15. *C. de iudi.* Etſi longè facilius eſt vt recuſetur iudex quaſi ſuſpectus, quàm vt tutor remoueatur; quia remotio tutoris onerat exiſtimationem ſaltem apud bonos & graues viros, non etiam remotio iudicis.

An ergo ſuſpicionis cauſas aliquas contra tutorem etiam per calumniam fortè allegari ſufficiet, vt ei adminiſtratio interim ac pendente lite auferatur? Hoc verò ſanè perquam durum eſt, ne tam facilè calumniis feneſtra pateſiat, vt optimi cuiuſque exiſtimatio periclitetur. Præſertim verò cùm dici ſoleat in eo ſtatu retineri quem debere pendente lite, in quo litis inchoatæ tempore inuenitur, *l. moneor 4. C. ſi ſeru. export. ven.* Itaque melius eſt ita rem temperari, vt non ex ſola ſuſpicionis allegatione tutori auferatur interim adminiſtratio, ſed ita demum ſi concurrant indicia nonnulla, ſuper quibus auditus tutor ſit, & litem conteſtatus; vt proinde generaliter dici poſſit, non eſſe auferendam ei adminiſtrationem ante litem conteſtatam. Quod & Doctores plerique tradiderunt, quod retulimus & probauimus *in Codice noſtro Definitionum forenſium & rerum in ſacro Sabaudiæ Senatu tractarum, Defin. 2. de ſuſpect. tutor.*

ILLATIO VII.

De tutore interdum remouendo quaſi ſuſpecto, etiam priuſquàm attigerit tutelam.

SEptimò ex eodem Principio fit, vt poſſit aliquando remoueri tutor quaſi ſuſpectus etiam priuſquam attigerit tutelam, & aliquid gerere cœperit: *§. ſuſpectus autem eſt, verſ. ſed & ante, hoc tit.* quia ſcilicet ſuſpectus tutor non tam ex adminiſtratione quàm ex moribus æſtimatur: Mores autem tutoris malos & adminiſtrandæ ex pupilli commodo tutelæ impares detegi nihil prohibet, antequàm attingatur adminiſtratio. Quamuis hoc vt difficilius eſt, ita etiam rarius fit. Suſpectus enim verè ac propriè ille eſt, qui non ex fide tutelam gerit, quomodo Iuſtinianus noſter diffinit in *d. §. ſuſpectus:* Paulo aliter quàm Vlpianus in *d. l. ſuſpectum* 8. *D. eod.* qui ſuſpectum tutorem definit ex moribus, non ex adminiſtratione. Quod quia verius & generalius eſt, maluimus Principium noſtrum ex Vlpiano, quàm ex Iuſtiniano deſumere. Planè ſi tutor inimicus pupillo eiúſve parentibus ſit, nemo dubitat quin hoc ipſo remoueri debeat, licèt nihildum adminiſtrauerit. Quid enim commodi ab inimico tutore ſperare pupillo liceat: *l. 3. §. ſi tutor inimicus eod. tit.* vbi additur generaliter idem eſſe ſi qua iuſta cauſa Prætorem moueat, cur non debeat pati vt tutor in ea tutela verſetur. Iuſta autem cauſa eſt, quæcumque probabilem metum poteſt inijcere, ne tutor malè rem pupilli ſit adminiſtraturus.

§. ſuſpectus autem verſ. ſed & ante, hoc tit.

ILLATIO VIII.

De tutore qui abſtinuit pupillam hæreditate lucroſa.

OCtauò ex eodem Principio fit, vt ſi tutor abſtinuerit pupillum hæreditate, ſiue inconſideranter, ſiue dolo malo, cum hæreditas pupillo vtilis & lucroſa eſſe poſſet, hoc ipſo poſſit ſuſpectus poſtulari: *l. 3. §. is tutor, hoc tit.* Non enim paruum pupilli damnum eſt, ſi opulentæ hæreditatis commodo priuetur. Nec malos mores tutoris hac parte alios intelligimus, quàm qui ſint damnoſi pupillo, puta ſi rem vetitam diſtraxerit ſine decreto, *d. l. 3. §. ſeuerus*, ſcilicet per fraudem; quamuis nihil egerit, vt lex ait. Si tamen inconſideranter id tutor fecerit, non fiet infamis, quomodo fieret, ſi dolo malo, ſecundum ea quæ diximus in ſuperioribus.

PRINCIPIVM III.

Tutorem, qui tanquam ſuſpectus remotus eſt, deſinere tutorem eſſe.

TVtor, vel curator, qui tanquam ſuſpectus non modò poſtulatus, ſed etiam remotus eſt, deſinit eſſe tutor, vel curator; quia hoc ipſo à tutela, vel cura abire iubetur: *l. 3. §. vlt. & l. ſeq. & paſſ. D. hoc tit.* Etſi enim remouendi tutoris cauſa, quæ vt proximè diximus, ex malis potiſſimùm & ſuſpectis moribus proficiſcitur, temporalis eſſe videtur, non perpetua; ſiquidem fieri facilè poteſt, vt quod in moribus ſuſpectum ac vitioſum eſt, mutetur in melius, nimis tamen periculoſum eſſet, ſiue perſonæ, ſiue bonorum adminiſtrationem ei cõmittere, cuius ſiue perfidiã, ſiue ineptiam exploratã habeat Magiſtratus, ad quem ea res pertinet; cùm non niſi amiciſſimos & fideliſſimos & diligentiſſimos viros ad id muneris obeundum eligi oporteat: víxque tanta vnquam cautio adhiberi poſſit, vt non periclitari meritò exiſtimetur quiſquis lubrico tutelæ committitur, vt loquitur Papinianus in *l. 3. §. cùm Pollidius, D. de vſur.* Quid, quod remotus tutor tanquam ſuſpectus vt plurimùm fit infamis, ſicuti diximus in præcedentibus, ob ídque planè indignus qui ad munera publica & ciuilia obeunda, quale munus tutelæ eſt, admittatur? Taceo quod ex regula iuris Pontificij, Semel malus ſemper præſumitur malus in eodem genere mali.

ILLATIO I.

De tutore ſuſpecto & remoto eximendo à futuri temporis periculo.

EX hoc Principio illud primùm fit, vt qui decreto Prætoris tanquam ſuſpectus remotus eſt, periculum futuri temporis non timeat; vt Papin. ait *in l. decreto* 10 *hoc tit.* Nec enim alius periculum ceſſationis timere poteſt, quàm qui tutor eſt, aut tutelam ſuſcipere iuſſus fuit, *l. tutor vel curator* 20. *C. de admin. tut. l.* 10. *pro l. officio. C. eod.* Qui verò remotus eſt à tutela vel cura, is non ſolùm tutor vel curator non eſt, ſed nec amplius eſſe

l. 1. § ... tit.

eſſe poteſt, cùm prohibitus ſit gerere & adminiſtrare. Idque eſt quod rationis loco addit Papinianus, Iniquum eſſe remoueri quidem tutorem vel curatorem a tutela vel cura; in futurum autem non eſſe ſecutom: Etſi videtur ita fieri, vt ex eodem facto & pœnam & præmium quis conſequatur.

ILLATIO II.

De pupillari debitore qui ſoluit tutori iam remoto.

SEcundò ex eodem Principio fit, vt ſi quis pupilli debitor ſoluerit tutori remoto, non liberetur, quia ſoluit ei qui tutor eſſe deſierit; vt ſcribit & ratiocinatur Vlpianus in *l. quod ſi fortè* 33. *§. quod ſi remoto, D. de ſolut.* Solutio enim à debitore pupillari facta, ita demum liberat eum ſi ſoluerit vero tutori: *l. Lucius 46. §. tutela, & §. vlt. D. de admin. tutor.* Adeò vt nec ſufficiat bona fide ſoluiſſe illi, qui pro tutore negotia gerebat, ſi non probetur etiam pecunia in rem pupilli verſa: *l. debitores* 18. *D. de ſolut.* Niſi proponas ei ſolutum quaſi tutori, qui quaſi tutor ſtipulatus fuerat, vt in *l. filia* 88. *eo. tit.* De quo alibi ſcripſimus. Atquin is qui à tutela vel cura remotus eſt, non ſolùm neque tutor neque curator eſt, ſed neque pro tutore vel curatore gerit, cùm gerere prohibitus ſit, vt diximus *illatione præcedenti.*

ILLATIO III.

De alio tutore dando in locum ſuſpecti & remoti.

TErtiò ex eodem Principio fit, vt remoto tutore quaſi ſuſpecto alius tutor pupillo dandus ſit, non minùs quàm ſi tutor in perpetuum excuſatus, adeóque defunctus eſſet; qui tamen dari non poſſet ſi remotus tutor remaneret: *l. penult. C. in quib. caſib. tutor. habent.* Facit *l.* 2. *&* 3. *C. hoc tit.*

PRINCIPIVM IV.

De magiſtratibus qui ius habent remouendi tutoris vel curatoris.

IVs remouendi tutoris vel curatoris habent in vrbe Prætores; in prouinciis verò earum Præſides; quo nomine Proconſules quoque continentur: *l.* 1. *§. damus autem, D. hoc tit.* vbi placet valde quod Vlpianus noſter ita ſcribit, *Damus autem*: non quomodo Tribonianus in hoc tit. *Datum eſt autem.* Priore namque locutione, non etiam poſteriore ſignificatur appoſitè ius hoc remouendi tutores, non competere Prætoribus, aut Præſidibus, quaſi ſpecialiter iis datum lege aliqua, vel Senatuſconſulto, vel conſtitutione; ſed propter vim ſui imperij, vt ſcriptum eſt de iudicis dandi licentia, quam iidem Magiſtratus habent, *in l. cùm prætor* 12. *§.* 1. *D. de iudic.* id eſt vi & poteſtate ordinaria ſuæ iuriſdictionis: Alioqui dicendum eſt, & poteſtatem hanc remouendi tu-

l. 1. *§. damus autem D. hoc tit.*

tores vel curatores nullo modo mandari poſſe, ne quidem expreſſim & ſpecialiter, multò minùs verò tranſire mandata iuriſdictione; ex ea regula, quam Papinianus noſter tradit *in l.* 1. *in princip. D. de offic. eius cui mandat. eſt iuriſd.* Quod vtrumque tamen falſum eſt. Nam cùm olim dubitaretur, An apud Legatum Proconſulis ſuſpectus poſtulari quis poſſet, Imperator Antoninus cum Diuo patre reſcripſit poſſe. Ratione illa addita, quod mandata Legato Proconſulis iuriſdictione, totum iuris dicundi officium ad eum tranſeat. Vt intelligamus ex officio ipſo iuris dicundi, non ex ſpeciali vlla conceſſione totum hoc ius pendère. Cui conſequenter ſubiicit *ibidem* Vlpianus, Ergo etſi Prætor mandet ſuam iuriſdictionem, ſimili modo dicendum eſſe ſuſpectum poſſe apud eum poſtulari, cui mandata erit iuriſdictio. Cùm enim ſit in prouincia, inquit, hoc reſcriptum; conſequens eſt dicere, eum quoque, cui à Prætore mandata eſt iuriſdictio, poſſe de ſuſpecto cognoſcere; ſcilicet ne quis fortè putaret ſpeciali quodam iure ac priuilegio receptum eſſe in perſona Legati Proconſulis, vt cognitionem hanc habeat, quomodo alia pleraque ei ſpecialiter conceſſa ſunt, ac inter cætera vt tutorem dare poſſit: *l. penul. D. de offic. Proconſ. & Legat.* quod ei ſpecialiter ex oratione Diui Marci datum fuiſſe conſtat, *l.* 1. *§. Legatus, D. de tutor. & curat. dat.* quomodo nec alius quiſquam tutorem dare poteſt, quàm cui ſpecialiter lege, vel ſenatuſconſulto, vel conſtitutione aliqua ius illud datum fuit, *d. l.* 1. *l.* 3. *eod. tit.* Vnde illud etiam fit, vt nec mandante Præſide alius tutorem dare poſſit, *l. nec mandante* 8. *eod.* Nempe quia vt iam diximus, quæcumque ſpecialiter alicui data ſunt, ea nec mandari expreſſim & ſpecialiter poſſunt, nec mandata generaliter iuriſdictione tranſeunt, *d. l.* 1. *De offic. eius cui mandat. eſt iuriſd.* quaſi videantur quodammodo negligi, cùm alij mandantur: *l. cùm hi* 8. *§. ſi prætor, D. de tranſact.*

Et hinc nimirum petenda eſt diuerſitatis ratio ſi quis fortè quærat; Cur non ſit idem ius eadémque cognitio remouendi & dandi tutoris? hoc eſt, Cur facilius mandari, adeóque mandata generaliter iuriſdictione, tranſire ius tutoris remouendi, quàm Ius dandi? Cùm ſint iſta contraria, Tutorem dare, & Tutorem remouere; dicique ſoleat eandem eſſe contrariorum rationem. Scilicet, quia non ſicut dandi tutoris ius ſpecialiter quibuſdam Magiſtratibus concedi neceſſe fuit, cùm iure ſui magiſtratus nemo tutorem dare poſſet, neque propter vim imperij, neque vi propriæ iuriſdictionis, quandoquidem tutoris datio, neque eſt imperij, neq; iuriſdictionis: *l. mutæ* 6. *§. tutoris datio, D. de tutel.* Ita & remouendi tutoris ius ſpecialiter cuiquam concedi oportuit, cùm ſit ea res iuriſdictionis, & quam nec alius habere poteſt, quàm qui iuriſdictionem habeat. Quamquam videtur Macer Iuriſconſultus totum hoc ius ad pupillorum vtilitatem referre, in *l. cognitio* 4. *D. de offic. eius cui mandat. eſt iuriſ.* Intereſt enim pupilli valde, vt plures ſint qui eam cognitionem poſſint ſuſcipere, ſicut & vt plures ſint, qui tutorem ſuſpectum poſſint accuſare; ne, dum vel iudex, vel accuſator quæritur, aut expectatur, interea graſſetur tutor pro arbitrio in re pupillari, pupillúmque ſpoliet; cuius periculi metu etiam illud receptum eſſe, iam ſuprà diximus, vt pendente accuſatione remoueri tutorem oporteat, nec ei prodeſſe debeat, quòd vel iam ſatiſdederit, vel ſatiſdare paratus ſit.

Video tamen verba reſcripti à Macro relati

in

in *d.l.cognitio*, nihil de pupillorum vtilitate exprimere, ſed ad poteſtatem mandatæ iuriſdictionis totum hoc referre. Sic enim verba reſcripti habent, *Imperatores Seuerus & Antoninus Braduæ Proconſulis Africæ. Cum propriam iuriſdictionem Legatis tuis dederis, conſequens eſt vt etiam de ſuſpectis tutoribus poſſint cognoſcere:* Quibus verbis apertiſſimè ſignificatur, ius hoc cognoſcendi de ſuſpecto, non niſi ex conſequentia mandatæ generaliter iuriſdictionis competere Legato Proconſulis, aut alij cuilibet mandatam iuriſdictionem habenti.

l. 1. §. ſuſpecti D. ad SC. Turpill.

Nec ſuperioribus contrarium eſt, quod Marcianus ſcribit in *l. 1. § ſuſpecti, D. ad SC. Turpill.* ſuſpecti tutoris accuſationem pro tribunali tantùm examinari poſſe; & nullum alium de huiuſmodi quæſtione quam ipſum Præſidem pronunciare poſſe. Id enim ſic accipiendum eſt non quaſi ſeparanda ſit pronunciatio à cognitione, vt quidam male crediderunt; nec ad excluſionem eius qui mandatam à Præſide habeat iuriſdictionem, qui cùm ſiue cognoſcit, ſiue pronunciat, Præſes ipſe & cognoſcere & pronunciare intelligitur, cuius ſcilicet vice ac partibus fungitur, qui mãdata vtitur iuriſdictione: *l. 1. §. qui mandatam, l. etſi prætor 3. D. de offic. eius cui mandat. eſt iuriſd. l. ſolet prætor 16. D. de iuriſdict.* Sed tantùm ad excluſionem Magiſtratuum municipalium, qui ſoli Magiſtratus ſunt in prouincia præter Præſidem: quique quoniam iuriſdictionem aliquam habent, adeoque ius etiam tutoris dandi, *d. l. 3. D. de tutor. & curat. dat.* videbantur multò magis ius quoque remouendi tutoris habere debere, ſiue propter vtilitatem pupillorum, quorum intereſt, vt diximus, plures eſſe qui de ſuſpecto cognoſcere & pronunciare poſſint, ſiue quod cognitio ſuſpecti magis pendeat ex iuriſdictione, quàm datio tutoris. Sed tamen aliud placuit, quia cognitio hæc cum ſit quaſi publica accuſatio, & quæ vt plurimum infamiam irrogat damnato, non cuilibet Magiſtratui danda fuit, ſed maioribus tantùm magiſtratibus non tantùm iuriſdictionem, ſed etiam tribunal habentibus, quales ſunt in prouinciis ſoli Præſides, aut qui mandatam ab iis iuriſdictionem habent, quos diximus Præſidum vice fungi, non etiam Magiſtratus municipales: hi enim iuriſdictionem quidem habent, *leg. 1. D. ſi quis ius dicent. non obtem.* ſed non tribunal. Ideò autem neceſſarium eſt tribunal, quia remoueri tutor non poteſt ſine maxima cauſæ cognitione, vt oſtendimus in præcedentibus: Vnde & ſuſpecti cognitio appellatur. Quæcumque autem cauſæ cognitionem deſiderant, ea non niſi pro tribunali expediri poſſunt, *l. nec quicquam 9. §. vbi decretum, D. de offic. Proconſ. l. vbicumque* 105. *De regul. iur.* Et hic finis ſit huiuſce noſtræ Papinianeæ Iuriſprudentiæ.

IN

IN IVRISPRVDENTIÆ Papinianeæ Scientiam ANTONII FABRI, Index locupletiſſimus.

A

ABOLITIO accuſationis non niſi pro tribunali facienda eſt, tit. 5. pr. 4. ill 4. 107
Abſentia ſuſpectum tutorem quando faciat, tit 16 pr. 1. ill. 5. 641
Abſurda interdum admittenda, vt abſurdiora vitentur, tit. 1. pr. 1. ill. 9. 7
Abuti poteſtate ſibi conceſſa nemini licere, tit. 8. ill. 5. 158
Abuti re ſua domino non licet, pr. 4. 157
Acceptilatio eſt iuris ciuilis, tit. 2. pr. 4. ill. 1. 21
Acceſſiones nullo modo deberi, tit. 13. pr. 7. ill. 59. 492
Accuſatio ſuſpecti & neceſſaria & frequens, tit. 16. pr. 1. ill. 1. 615
Actio pro tutelæ, tit 13. pr. 8. ill. 51. p. 517. & ſeqq.
Actor conſtitui poteſt periculo tutoris, vel curatoris, tit. 13 pr. 6. ill. 34. 463
Actio datur in ſubſtitutum, pupillo abſtento, tit. 6. pr 5. ill. 22. 140
Actiones in factum prætoriæ, tit 2. pr. 10. ill. 3. 42
Actio an ſit res mobilis, tit 13 pr. 8. ill 64. 563
Actio nulla iure gentium comparata eſt, tit. 1. pr. 5. ill. 5. 31
Actiones omnes iure ciuili ſunt inſtitutæ, ibid.
Actus quilibet hominis incipit à voluntate, tit. 4. pr 6. ill 6. 81
Actus agentium non operari vltra eorum intentionem, tit 4 pt. 6. 81
Adminiſtrationis rationem qui reddere teneantur, tit. 13. pr. 7. ill 68. 496
Adoptare qui poſſint, tit 11. pr. 3. ill. 2. 286
Adoptare non licet ante 18. annum, tit. 11. pr. 3. ill. 2. ibid.
Adoptio non poteſt fieri ad tempus, tit. 11. pr. 3. ill 4 p 187. non poteſt fieri ſub conditione illat. 5. ibid.
Adoptare poteſt, etiam qui vxorem non habet, ill. 6. 287
Adoptionem legis actionum eſſe, tit. 11 pr. 4. 187
Adoptio apud quos magiſtratus fieri poſſit, tit. 11. pr. 4 ill. 1. p. 287. non poteſt fieri apud Legatum Proconſulis, ill 2. 288
Adoptio temporalis, ill. 5. 189
per Adoptionem dignitas augetur, non minuitur, ill 6. ibid.
Adoptio vbi fieri debeat, ill. 7. ibid. quando confirmatione Principis indigeat, tit. 11. pr. 4. ill 8. 190
Adoptare in locum nepotis quando liceat, tit. 11. pr. 1 ill 15. 179
Adoptatus quibus fiat cognatus, tit. 11. pr. 1 ill. 16. 280
Adoptatus à filio emancipato, nepos meus non fit: ill. 17. ibid.
ex Adoptiuo natus adoptiui locum tenet, tit. 11. pr. 1. ill. 18. 280

Anton. Fabr. Iuriſp. Papin. Scient.

Adoptatus nepotis loco, tit. 11. pr. 1. ill. 5. 263
Adoptio ius agnationis tribuit, non ius ſanguinis, tit. 11. pr. 1. p. 165. filiosfam. facit. tit. 11. pr. 1. 262
Adoptionis commentum, tit. 11. pr. 4. ill. 12. 290
Adoptio commentum eſt iuris ciuilis, tit. 9. pr. 2. ill. 1. 163
Adoptionis ſimplicis ſolennitas, tit. 11. pr. 4. ill. 3. 288
Adoptio qui ſit naturæ imago, tit. 11. pr. 3. 186
per Adoptionem ius ſui hæredis acquiritur, tit. 11. pr. 1. ill. 12. 281
In Adoptionibus non requiritur voluntas eorum inter quos iura agnationis conſequuntur, tit. 11. pr. 1. ill. 21. 181
Adoptionis diſſolutionem quæ conſequantur, tit. 11 pr. 1. ill. 24. 282
Adoptiui liberi, tit. 9. pr. 7. ill. 2. 176
Adoptati onera tranſeunt in adoptantem, tit. 11. pr. 1. ill. 10. 284
Adoptatus quando tranſeat in familiam adoptantis, tit. 9. pr. 4. ill 4. 168
Adoptiui filij fiunt ſui heredes, tit. 11. pr. 1. ill. 1. 262
Adoptiuus pater in ius vocari non poteſt, tit. 11. pr. 1 ill. 2. 263
Adoptiuus filius etiamſi emancipetur non poteſt vxorem patris adoptiui ducere, tit. 11. pr. 2. ill. 4. ibid.
quomodo Adoptetur filius cuius pater naturalis loqui non poteſt, tit. 11. pr. 4 ill 4 289
Adrogationis ſolennitas, tit. 11 pr 4. ill. 3. 288
in Adrogatione cauſæ cognitio adhibenda, tit. 11. pr. 1. ill. 10. 265
Adrogatio pupilli, tit. 11. pr. 1. ill. 11. 266
Adrogati liberi tranſeunt in familiam adrogatoris, tit. 9. pr. 4. ill. 1. 168
Adrogati tantum voluntas in adrogatione requiritur, tit. 11. pr. 1. ill. 20. 281
Adrogato quænam legitima portio adhibeatur, tit. 11 pr. 1. ill. 12. 169
Adrogari poteſt & fœmina, tit. 11. ill. 13. 177
Adrogati liberi in adrogatoris poteſtatem veniunt, tit. 11. pr 1. ill. 8. 264
in Adrogatione autoritas Principis eſt neceſſaria, tit. 11. pr. 1. ill. 9. ibid.
Adrogari non poteſt abſens, tit. 11. pr. 4. ill. 3. 288
Adſcriptitij an ſint ſerui, tit. 3. pr. 4. ill. 1. 63
Adulterium quid & vnde dictum, tit. 10. pr. 3. ill. 15. 132
Adulterij rea vxor duci non poteſt, tit. 10. pr. 5. ill. 19. 149
in Adulterio deprehenſa vxor ducenda non eſt, tit. 10. pr. 6. ill. 25. 260
Adulterij rea quam maritus accuſauerat an poſt abolitionem vxor duci poſſit, tit. 10. pr. 6. ill. 19. 159
Adultus non habebat olim priuilegium in bonis curatoris, tit. 13. pt. 8. ill. 7. 515

111 Aduocatorum

Aduocati rum honoraria,tit.1.pr.3.ill.2. 9
lex Ælia Sentia,tit.5 pr.1.ill.7 & 8. 87
eius ratio,tit.6.pr.8. 152
de Æquitate,tit.1 pr.2.ill.1.& ill.4. 4
Æquitas ante oculos vt habenda ſit,ti.1.pr.2.ill.2. 3
ex Æquitate omnes actiones vtiles inductæ ſunt, tit. 1.pr.2.ill.3. 4
ex Æquitate multa inducta ſunt contra iuris rigorem,tit.1.pr 2.ill.4. ibid.
Æquitas eſt iuris regula,tit.1.pr.2.ill.1. 3
Æquitas cerebrina quæ,tit.1.pr.2.ill.7. 6
ex Æquitate nouum ius inducitur,tit.1.pr.2. ill. 6. ibid.
Æquitas verborum quænam,tit.1.pr.2ill.5. 5
Æquitas ſcripta nulla eſt,tit. 1.pr.2.conſ 1. 8
Ætas hominis ab inſtanti natiuitatis,non conceptionis computanda eſt,tit.4.pr.3.ill.7. 72
Agnatio per emancipationem amittitur,tit.12.pr. 11.ill.2. 367
Alienari quomodo poſſint res pupilli aut minoris,tit.13 pr.6.ill.36. 464
Alienatio iuris emphyteutici minoris an valeat, tit.13.pr.8.ill.56. 558
de Alienatione iudicij mutandi cauſa facta. tit. 16. pr.2.ill.2. 586
Ancilla matrimonij cauſa manumiſſa, cui nubere poſſit,tit.10.pr.5.ill.28. 252.& 150
Argumentum ab enumeratione partim,quando valeat,tit.8.pt.2. 155
Auctoritatem præſtare quid ſit,tit.13.pr. 6. ill. 19. 457
Auctoritas tutoris quid , tit.13.pr 6.illat. 8. 453
quando neceſſaria,tit.21.pr.1. 588
Auctoritas à tutore in ipſo negotio præſtanda eſt, tit, 13.pr.6.ill.23. 458
pertinet ad formam & ſolennitatem actus , tit. 21.pr.1 ill.3. 590
neceſſaria eſt ad agnoſcendam , vel repudiandam bonorum poſſeſſionem,tit.21.pr. 1.ill. 12. 591
Auctionis infamia,tit.6.pr.4. 128
Autoritas à voluntate & conſenſu diſtinguenda, tit. 10.pr 4.ill.3. 235
Auus poteſt contrahere nuptias inter nepotem ex vno filio,& neptem ex alio,tit.10.pr.4.ill.4.ibid.
Auo mortuo, pater incipit habere liberos in poteſtate,tit.9.pr.3.ill.2. 164
Auus tutorem dare non poteſt nepoti recaſuro in poteſtatem patris,tit,13.pr.1.ill.27. 391
Auia nepotibus curatorem ab dare poſſit. tit. 13. pr.1.ill.33. 395

B

BEneficium Inuentarij,tit.6.pr.5.ill.1. 130
Beneficium abſtentionis neceſſariis heredibus conceſſum, tit.6.pr.4.ill.3. 128
Beneficium diuiſionis inter contutores , tit.13.pr. 7.ill.34. 480
Beneficium diuiſionis an fideiuſſoribus tutoris detur,tit 13. pr.8.ill.40. 545
Bonorum venditio facta contra latitantem ,tit. 6. pr.4.ill.5. 129
de Bonis paternis origine,factis iam fraternis , tit. 6.pr.5.ill. 10. 138
Bona defuncti fieri bona heredis per aditionem , tit. 6.pr.5. 129
Bulla Pij Quinti aduerſus illegitimos,tit.10. pr. 2. ill.1. 222

C

CÆcus & adoptare & adoptari poteſt , tit. 11. pr.1.ill.19. 281
Calculatores non habent immunitatem à tutela, tit.25.pr.1.ill.9. 628
Captiuus nihil vſucapere poteſt,tit.12.pr.6.ill. 26. p.351.teſtamentum facere non poteſt , tit. 12. pr.7.ill. 10. 332
Captiuus qui ſua voluntate manſit apud hoſtes, non habet poſtliminium,tit. 12. pr.8.ill.3. 338
Captiuitatis tempora ex die quo quis captus eſt , iunguntur morti, tit.12. pr.9.ill.28. 355
Capto ab hoſtibus nepos in ciuitate naſci poteſt, tit.12.pr.7.ill.16. 320
Captus ab hoſtibus an ſit ſeruus,tit.3.pr.1.ill.2. 49
Caſtrati matrimonium contrahere non poſſunt, tit.10.pr. 3.ill.1. 226
Caſtratus adoptare non poteſt,tit. 12. pr. 2. ill.6. p.264.manumittere non poteſt matrimonij cauſa,tit.6.pr.7.ill.12. 150
Caſtrenſe non eſt peculium quod pater militi filio à caſtris reuerſo donauit,tit.12.pr.6.ill.18. 322
ex Caſtrenſibus filij bonis, nihil patri deberi,tit. 12.pr.6.ill.13. 318
Ceſſio bonorum,tit.6.pr.4.ill.4. 129
Ciuitatis nobilitas excuſat à tutela,tit.25.pr.1.ill. 2. 610
de Clauſula reſcriptorum Motu proprio,tit. 2. pr. 8.conſ.3. 39
de Codicillis ab inteſtato factis per filiumfam. de caſtrenſi peculio,tit.12.pr.9.ill.5. 362
Codicilli in captiuitate facti an valeant,tit.12.pr. 8.ill.10. 342
de Codicillis factis à deportato in inſulam & poſtea reſtituto , tit. 12.pr.3.ill.10. 303
Cœlibatus odium,tit. 10. pr.3.ill.4. 226
Cognatio per quam capitis diminutionem pereat, tit. 16.pr. 3. ill.5. 586
Cognatio quid ſignificet,tit.11.pr.2. ill.1. 265
Cognatio quæ quæratur per adoptionem,ibidem.
Cognitio de obſequiis parenti aut patrono præſtandis de plano expediri poteſt,tit.5.pr.4.ill.2. 107
Collegæ magiſtratuum immunes à tutela,tit. 25. pr.1.ill.3. 618
de Computatione dierum datorum ad proponendam excuſationem,tit. 25.pt.13.ill.7. 623
de Conciliatione contrariarum ſententiarum, tit. 6.pr.9. ill.2. 553
Concubinatus quàdo præſumatur, tit.10.pr.6.ill. 17.259.iure ciuili permiſſus,tit.10.pr.2.ill.1.198
Concubina patris vxor duci non poteſt,tit. 10. pr. 6.ill.29. 262
Concubina quid differat ab vxore, tit. 10. pr. 5. ill.3. 242
Conditio *ſi nupſerit*,quando impleta,tit. 10. pr. 5. illat.12. 244
Conditio inhoneſtarum nuptiarum, tit.10. pr.6. ill.16. 258
Conditio illa odioſa eſt quæ inuitat coniuges ad diuortium, tit. 10. pr. 3.ill.7. 227
Conſenſus filij in nuptiis nepotis,& neptis,ti.10. pr.4 illat.2.& ill.3. 234 & 235
Conſenſus parentum in nuptiis neceſſariúſne ſit, tit.10 pr.4. 233
Conſenſus liberorum nuptias contrahentium neceſſarius,tit.10.pr.4.ill.12. 240
Conſilium quid,tit.6.pr.7.ill.12. 149
Conſul quando manumittere non poſſit , ibidem
Conſuetudo iniuſta an ius faciat,ibidem

Conſuetudo

Digitized by Google

Conſuetudo quid ſit, ibid.
Conſuetudinis quanta ſit vis,tit 1.conf. 2. p. 2.au-
ctoritas,tit.2.pr.1 1.ill.1. 44
Conſtitutionum Principum poteſtas vnde,tit.2.pr.
7 ill.3.& pr.8. 35 & 36
Conſtitutio Principis facit legē,tit.2.pr.8.ill.1. 36
Conſtitutio Principis alia perſonalis, alia genera-
lis, ibid.
Continuatio dominij eſt inter defunctum & ſuum
heredem,tit.2.pr.5. 28
Contubernium inter ſeruos, non matrimonium,
tit.2.pr.4. 61
Contubernium quid. ibid.
in Contractibus mutuis pupillus non obligatur,li-
cet alios ſibi obliget,tit.1 1.pr.1.ill.2. 590
Contraxiſſe vnuſquiſque intelligitur in eo loco,
in quo vt ſolueret, ſe obligauit, tit. 1 3. pr. 7.
ill.44. 485
Contutores correi debendi quando ſint,tit. 5 3. pr.
8.ill.10. 515
Legis Corneliæ fictio De captiuis,tit.5 2.pr.9. 337
lex Cornelia de poſtliminio reuerſis,tit.1 2.pr.7.
ill 19. 335
Crimē & actio ſuſpecti vnde,ti.1 3.pr.7 ill.65.494
Crimen ſuſpecti etiam cadit in curatorem ventri
datum,tit.26.pr.1.ill.5. 636
de Curatoribus tit.23.pr.1. 595
Corator datur rebus,non perſonæ, tit.23 pt.1.595
Curatores à quibus deotur,tit.23.pt.5.595 an deo-
tur teſtamento, ibid.
Curator non datur adoleſcenti inuito, niſi in li-
tem,tit.23.pr.3. 596 ad certam cauſam dari po-
teſt,tit 23.pr.4. 597
Curator dari poteſt ad litem duntaxat,tit.23 pt.4.
ill 1. 597
qui Curatores eſſe non poſſint,ti.13.pr.4.ill.58 418
Curator dandus eſt pupillo qui cum tutore ſuo liti-
gat,tit.13 pr.5.ill.8. 381
Dator in litem præſenti ac præſens, tit. 13. pr. 1.
ill.6. 378
Curator datus pupillo in omnes lites,tit.1 3. pr. 1.
ill.10. 383
Curator an dari poſſit à patre puberi maiori 25.an-
nis,tit.5 3.pr.3.ill.13. 429
Curator etiam poſt impletam legitimam ætatem
dementi vel furioſo tribui ſolet, tit. 13. pr. 3.
ill.14 433
Curator furioſi poſſitne reſtitutionem poſtulare,
tit.13 pr.3.ill.15. ibid.
Curator furioſi dementis,prodigi,tit.13.pt. 3. 416
Curator furioſi interdum eius bona non admini-
ſtrat,tit.13 pr 3,ill 4. 412
Curator furioſi quomodo huius bona alienare poſ-
ſit,tit.13.pr.3 ill.9. 425
Curator furioſi poteſt ipſius nomine agnoſcere bo-
norum poſſeſſionem tit.1 3.pt.3.ill.20. 431
Curator furioſi datus à patre confirmandus eſt ſine
inquiſitione,tit.13.pt.3.ill. 25. ibid.
Curator furioſo non datur ſine cauſæ cognitione
pleniſſima,tit.1 3.pr. 3.ill.6. 422
Curator furioſi ſatiſdare tenetur,tit.13.pt.3. ill. 7.
423
Curator in teſtamento à patre dari non poteſt,tit.
13.pt.1. ill.31. 393
Curator ventri dari poteſt, tit. 13.pr.4. ill. 8.
435
Curator temporatius dari poteſt,tit. 13. pr. 4. ill.
12. 436
Curator ſuſpectus accuſandos & remouendus, tit.
26.pr.1.ill.4. 636
Curator in litem fruſtra petitur cùm pupillus plu-
res habet tutores,tit.13.pr.1.ill.46. 402
Curator inutiliter à patre datus periculum an præ-
ſtare teneatur,tit.13.pr.7.ill..31. 478
Curator pro minore non tantùm dotem dare de-
bet,ſed etiam impendia ad nuptias,tit. 13.pt. 7.
ill 49. 488
Curatori an ſuccurrendum qui ſupra vires patri-
monij puellæ promiſit dotem, tit. 13. pr. 7.
ill.40. 483
Curatores non tenentur pro tutoribus anteceden-
tibus, niſi quatenus negligentes fuerunt in exi-
gendo,tit.13.pr.7.ill.61. 492
ſine Curatoris autoritate adulta nubere poteſt, tit.
9.pr.4.ill.8. 210
Curator non poteſt dari popillo,ob id ſolùm quod
eius tutor abſit,tit.13.pr.4.ill. 14. 437
Curator bonis datus an omnes actiones exercere
poſſit,tit.13.pt.3. 419
Curator non tantum bonis ſed etiam perſonæ fu-
rioſi datur,tit.13.pr.3.ill.5.7. 420
Curatoris furioſi poteſtas quanta, tit. 13. pr. 3.
ill.2. 410
Curatoribus quando mandandæ actiones aduerſus
tutorem,tit.13.pr.8.ill.5. 509
Curatorem liberis mater petere debet,tit.13.pr. 5.
ill.2. 443

D

Damnato in metallum nihil relinqui poteſt
extra cauſam alimentorum,tit. 12. pt. 5.ill. 4.
307
quod Damnum non præſtet pupillo tutor, tit. 13.
pr.7.ill.26. 477
Debitor quodammodo ſeruus erat creditoris, tit.
3.pr.2.ill.8. 53
Debitor pupilli tutor eſſe poteſt, tit.3.pt.6.ill.10.
414
Debitor pupillaris ſoluens tutori liberatur, tit.13
pr.7.ill.43. 483
Debitor ſoluens tutori remoto non liberatur,
tit.26.pr.3.ill.2. 643
Decuriones an poſſint tutorem dare, tit. 13.pr. 4.
ill.1 7. 438
Dediti à captiuis quomodo differant, tit. 12. pr. 8.
ill 5. 317
Defenſores ciuitatum ius habent dandi tutores,
tit.11.pr.1.ill.4. 377
qui Deficiunt an capite minuantur, tit.16.pr. 1.
ill.1 1. 585
Delicta turpia iure gentium publicè vindicanda
ſunt,tit.2.pr 4 ill 7. 24
Dementia quid,tit.13 3.pt. 3. 416
per Deportationem an diſſoluantur obligationes,
tit.12.pr.3.ill.4. 297
Deportationem & reſtitutionem tutoris quid ſe-
quatur,tit 12 pr.3.ill.5. 300
Deportatio filij non obſtat nepoti,tit.12.pr.2.ill.2.
295
Deportatus ex annotatione Præſidis, tit. 2.pr.3.
ill.6. 300
Deportatum non ſimpliciter habendum pro mor-
tuo,tit.12.pt.3.ill.1. 294
Deportatione an amittatur libertas, tit. 16. pt. 1.
ill. 3. 579
Deportandi Ius cur non fuerit penes Præſides,
tit.12.pr 4. 303
Differentia inter captiuum & Deportatum, tit.12.
pr.7.ill.2. 328
Dignitas non ſoluit patriam poteſtatem, tit.12.
pr.6. 308
Dignitatis mutatio an ſit capitis deminutio,tit.16.
pr.5.ill.6. 581

Dignitatis gradus ſeruandi in contrahendis nuptiis,tit.10.pt.6,ill.26. 260
Diligentia per tutores in rebus pupillaribus adhibenda.tit.15 pr.7. 464
Diminutionis capitis definitio,tit 16.pr.1. 578
Diminutio capitis maxima quibus modis incurritur,tit.16.pr.1.ill.2. 578
Diminutio capitis minima quæ,tit.16.p.1.ill.4. 580
per Diminutionem capitis minimam non amittuntur ea quæ ſunt iuris publiei, tit. 16. pr. 1. ill 10. 581
omnis diminutio capitis eſt iuris ciuilis, tit. 16. pr 3. 584
Diminutione capitis quæ obligationes intereidant,tit. 16.pr.3.ill.1. 585
Diſtractio prædiorum minoris,tit.5.pt.2.ill.5. 89
de Diuortiis,tit.10.pr.3.ill.16. 230
Diuortij ſolennitas. tit.10.pt.5.ill.10. 249
Dolus tutoris plectendus,tit.26.pt.1.ill.6. 637
Domicilij tranſlatio excuſat à tutela, tit.25. pr.1. ill.2. 608
Dominorum ſæuitia coercetur, tit,8.pr.4.ill.1. 157
Domini eiuſdem rei in ſolidum plures eſſe non poſſunt,tit.2.pr.4 ill.5. 23
Dominium bonitarium,tit.13.pr.8.ill.58. 519
Donatio facta vxori antequam in domum mariti deduceretur,tit, 10.pr.5. ill.14. 246
Donationes inter coniuges prohibitæ,tit. 10. pr.3. ill 14. 232
Dos filiofam.data non eſt in peculio caſtrenſi, tit. 12.pt.6.ill.15. 418
Dotis cauſa perpetua,tit.10.pt.3.ill.8. 227
Dotem ſuccedere loco alimentorum, tit. 13. pr. 7. ill.20. 475.

E

EDicta prætorum annua,tit. 2. pt.10. 40
Edicta prætorum minoris poteſtatis fuerunt quàm ſenatuſconſulta,tit,2.pt.10. 40
Edicta prætoris omnia æquitate nituntur,tit.2.pr. 10 ill.5. 42
Edictum de Separationibus, tit.6.pr. 5. ill. 3. 131 & ſeqq.
Edicti prætorij De capite minutis neceſſitas & ratio,tit.16.pt.1.ill.7. 581.583
Edictum de Capite minutis ãn hodie locum habeat,tit.16.pt.1.ill.9. 581
de Emancipatione,titulo,12.pt.10. 366
per Emancipationem noua familia acquiritur, tit. 12.pt.10.ill.1. 367
per Emancipationem vinculum pietatis diſſoluitur,tit.12.p.10.ill 3. 367
Emancipatio non tollit ius filij,& cur.tit. 2. pr. 3. ill. 1. 10
Emancipatus reuerti poteſt in patriam poteſtatem per adoptionem,tit.11.pt.1 illat.13. 282
Emancipatio non poteſt impugnari à patre, tit.11. pt.4.ill.9. 290
de emptoribus rerum quæ publicè venduntur, tit. 6.pt.4 ill.5. 129
Επιμεληταὶ curatores Græcis dicuntur,tit. 13. pr. 8. ill.13. 519
Error an ius faciat,tit.1.confut.1. 2
Exceptio doli datur contra pupillum ex dolo tutoris,tit.13.pt.6.ill.4. 447
Exceptio ex iureiurando filij patri acquiritur, tit. 9.pr.7.ill 13. 182
Excuſationum varia genera,tit.25.pr 1.ill.2. 600
Excuſatio ob liberos quando competat,tit. 25. pr. 1.ill.2. 600
Excuſatio ob vtilitatem pupil.tit.15.pr. 1.ill.4. 618
Excuſatio ob ætatem,tit. 25.pt.1.ill.4. 619
Excuſatio ob paupertatem,tit.25.pr.1.ill.4. 620
Excuſatio ob valetudinem,tit.25.pt.1 ill. 4 620
Excuſatio ob litẽ cum pupillo,tit.25.pt.1.ill.4. 620
Excuſatio ob inimicitias. tit. 25 pt 1.ill.4. 621
Excuſatio ob imperitiam & ruſticitatem,tit.25. pt. 1.ill.4. 621
Excuſatio ob diuerſitatem conditionum, tit. 25.pr.1.ill.5. 622
Excuſatio ob pœnam,tit.25.pt.1.ill.6. 623
Excuſatio ob militiam,tit.25.pt 1.illat. 2. 612
Excuſatio ob dignitatem, tit.25.pt.1.ill.9. 628
Excuſatio ob immunitatem Collegio conceſſam, tit.25.pt.1.ill 3. 617
Excuſatio non competit ei qui conduxit vectigalia,tit.25.pr.1.ill 9. 629
Excuſatio ob tutelas,tit.25.pr.1.illat.2. 604
Excuſatur à cura qui tutelam pupilli geſſit,tit. 25. pr.1.ill.2. 610
Excuſatur à tutela qui Reip.nauat operam.tit. 25. pr.1.ill.3. 610
Excuſationis proponendæ intra legitimum tempus neceſſitas,tit.25.pr.1.ill.7. 623
non Excuſatur à tutela qui ignotus fuit patri pupilli,tit.25.ill.9. 629
Excuſationis proponendæ forma,tit. 25. pr. 1. ill. 7. 623
Excuſantur à tutela, quibus Princeps curam alicuius rei iniunxit,tit.25.pt.1.ill.3. 618
ad Excuſationem non prodeſt, ſi magiſtratus ſe fecerit obnoxium periculo tutelæ, tit. 25. pt. 2. ill.1. 607
Excuſatio non eſt admittenda niſi ſit ex iure, tit. 25.pt.1.ill.9. 627
Excuſati à tutela non neceſſe habent petere pupillis tutorem,tit.13.pt.5.illat.9. 446
Excuſantur à tutelâ qui in caſtris merent, tit. 25. pr.1.ill 3. 615
Expilatio ſubſtãtię pupillar.tit.13 pr.7.ill.65. 494
Excuſantur à tutela,qui literas profitentur,tit. 25. pr.1.ill. 3. 616

F

FAlcidia exercetur in teſtamento eius qui apud hoſtes deceſſit,tit.12.pr.9 ill.6. 365
Familia vna eſt mariti & vxoris,ti.10.pr.3.ill.10.228
Fauor.Reip.potior eſt fauore libertatis,tit.6. pt.7. 145
in Fauorem conſtituta, non ſunt retorquenda in odium,tit 4.pr.5.ill.2. 81
Fauor poſthumorum quantus,tit.4.pr.3.ill.3. 73
Fictio nulla inducitur niſi ex neceſſitate,tit.4.pt.5. 73
Fictio nati partus cur inducta,tit.4 pt.3. 73
Fictionum legis Corneliæ & poſtliminij differentia,tit.12.pr.9.ill.11. 366
ex Fictione legis Corneliæ quæ pendeant, tit. 12. pr.9.ill.12. 366
Bona fides quid, & quomodo cum æquitate conſentiat,tit.1.pr.2.ill.1. 3
de fideiuſſoribus tutorum,& curatorum,tit.13.pr. 8.ill.37.38. 544
Fideiuſſores tutoris quas reputationes habeant,tit. 13.pr.8.ill.39. 544
Fideiuſſor liberatur per ſolutionem tutoris,tit. 13 pt.8.ill.43. 546
Fiduciarius tutor,tit.13.pt 2.ill.4. 413
Filiifam. nomen eſt ciuile: filij naturale, tit. 11. pr.1. 262
Filiusfam. qui vxorem duxit cogente patre matrimonium contraxit,tit.10 pr.5.ill.17. 248
Filij naturales inuiti non rediguntur in patriam poteſtatem,tit.9.pt.2.ill.5. 161

Filius

Filius per emancipationem amittit nomen filij, tit. 9. pt. 1. ill. 6. ibid.
Filiusfam. ſtipulari poteſt a patre ex cauſa peculij caſtrenſis, tit. 12. pt. 6. ill 19. 152
Filius capti ab hoſtibus quomodo nuptias contrahere poſſit, tit 10 pt 4. ill 5. 236. & ſeq.
Filius emancipatus ſine conſenſu patris vxorem ducere poteſt, tit. 10 pt. 4. ill. 7. 239
Filius expoſitus an poſſit vxorem ducere ſine conſenſu patris, titul. 10 ptine 4. illat. 13. pag. 241.
Filio etiam exheredato tutor à patre dati poteſt, tit. 13. pt. 1. ill. 29. 392
Filius ingratus reuocari poteſt in patriam poteſtatem, tit. 9. pt. 5. ill. 1. 169
Filius citra ingratitudinem non poteſt reuocari in patriam poteſtatem, tit. 9. pt. 5. ill. 3. 170.
Filiusfam. integram perſonam habet, tit. 9. pt. 6. 171
Filiusfam. non eſt in dominio patris, 9. pt. 6. ill. 1. ibid.
Filiorum diſtractio prohibita, tit. 9 pt. 6. ill 2. ibid.
Filiusfam. in publicis cauſis non ſequitur ius patriæ poteſtatis, tit. 9 pt. 6. ill. 3. 172
Filiusfam. munerum capax eſt, etiam inuito patre, tit 9 pt 6. ill. 4. ibid.
Filiusfam. non poteſt cogi vxorem ducere, tit. 6. pt. 4 ill. 2. 234.
Filius patri etiam ignoranti acquirit. tit. 9. pt. 7. ill. 3. 177
Filius adrogato ſubſtitui poteſt pupillariter. tit. 11. pt. 1. ill. 14. 277
Filio priuilegia in honorem patris concedi, tit. 9. pt. 7. ill. 16. 183
de Filiofam. milite qui deceſſit inteſtatus ſuperſtite matre, tit. 12. pt. 6. ill. 5. 310.
de Filiofam. milite diuidente cum fratribus bona patris defuncti, tit. 12 pt. 6 ill. 6. 310
Filiusfam. tanquam paterfam. ex omnibus cauſis obligatur, tit. 9. pt. 6. ill 5. 314
Filiusfam. procurator conſtitui poteſt, tit. 9. pt. 6. ill. 6. 173
Filiusfam. militis inteſtati bona quomodo ad patrem pertineant, tit. 12. pt. 6. illat. 1. 309
Filiofam. pater an donare poſſit, tit. 9. pt. 9. ill. 10. 174
Filiusfam exercere poteſt actiones patri competentes, tit. 9 pt. 7. ill. 11. 181
Filiumfam. patri curatorem dari poſſe, tit. 9. pt. 7. ill. 12. ibid.
Filiusfam eſt capax acquiſitionis, tit. 9. pt. 6. ill 9. 174
de Filiofam. milite inſtituto à commilitone, tit. 11. pt. 6 ill. 9. 311
Filiusfam. in peculio caſtrenſi patrisfam. iure cenſetur, tit 12. pt. 6. ill. 11. 312
de filiofam. milite qui poſt extraneum inſtitutum deceſſit ſuperſtite patre, tit. 12. pt. 6 ill 12. 312
Filiusfam ſi factus ſit ſeruus, deſinit eſſe in patris poteſtate, tit 9 pt 4. ill. 1. 167
Filiumfam. nihil proprium habere poſſe, tit. 9 pt. 3. ill. 4. 165
Filiusfam. an habeat teſtamenti factionem, tit. 9. pt. 3 ill 4. 166
de filiofam. defuncto apud hoſtes. tit. 12. pt. 9. ill. 10. 366
Filiusfam. liberam bonorum adminiſtrationem naneiſcitur, mortuo patre, tit. 12. pt 1 ill. 1. 292
Filiusfam. nunquam poteſt eſſe tutor legitimus, pt. 10.
Filiumfam. iam olim fuiſſe ſucceſſionis capacem tit. 12 pt. 10 ill. 4. 372
Filiusfam. tutor dari poteſt, tit. 13 pt. 1. ill 16. 387
Filiusfam. an ſit liber, tit. 3. pt. 2. ill. 18. 56
Filiusfam. per mortem aut deportationem patris capite non minuitur, ti 16. pt. 1. ill. 8. 582
Filiusfam. miles in adoptionem dati poteſt, tit 15. pt. 6. ill. 14. 378
de Filiofam. milite ab hoſtibus capto, & apud eos defuncto, tit 12. pt. 6. ill. 16. 320.
Filiusfam. vxorem ducere poteſt ſi pater captus ſit ab hoſtibus, ſine patris conſenſu. tit. 12. pt. 7. ill. 5. 329
Filiusfam. miles an alienare poſſit ſine patre, tit. 12. pt. 6. ill. 15. 326
Filiusfam. transfuga non poteſt poſtliminio reuerti, tit. 12. pt. 7. ill. 17. 334
Filius cui acquirat durãte patris captiuitate, tit. 12. pt. 7. ill. 6. 329
Filius habet rerum caſtrenſium perſecutionem etiam inuito patre, tit. 12. pt 6. ill. 7. 311.
Filij in bello amiſſi quomodo proſint ad immunitatem præſtandam tit. 25. pt. 1. ill. 2. 602
de Filio impubere defuncto in ciuitate ante patrem iam tum ab hoſtibus captũ, tit. 11. pt. 9 ill. 8 365
Filius ſuſceptus apud hoſtes, ſi poſtliminio redierit iura filij habet, tit. 12. pt. 7. ill. 11. 332
Filius non poteſt cogere patrem vt ſe emancipet, tit. 11. pt. 1. ill. 26. 283
de Filio capto & mortuo apud hoſtes, cui pater ſubſtituerat, tit 12. pt. 9. ill. 8. 365
Filio non datur bonorum poſſeſſio contra tabulas matris, tit. 9. pt. 8. ill. 5. 184
Filius captiui nullam hæreditatem acquirere poteſt, tit. 12. pt. 7. ill. 9. 330
Filius defunctus in ciuitate cum pater eſſet apud hoſtes, paterfam. deceſſit, tit. 11. pt. 7. ill. 3. 328
Filia vxoris quondam meæ, vxor à me duci non poteſt, tit. 10. pr. 6 ill. 8. 257
Filia adoptiua nequidem poſt emancipationem vxor duci poteſt, tit. 10. pr. 6 ill. 5. 254
ad vnum finem inducta, non debent operari contrarium, tit. 4. pr. 5. 81.
Fœminas non poſſe adoptare, tit. 9. pr. 8 ill 6. 184
Fœminarum familia & agnati, tit. 9. pr. 8. ill. 6. ibid.
Fœminas non habere ſuos hæredes, tit. 9. pr. 8. ill. 3. 184
Fœminæ non poſſunt adoptare. tit. 11. pr. 1. ill. 31. 265
Fæminis denegatur ius poteſtatis, tit. 9. pr. 8 183
Fœminarum liberis in earum familia non ſunt, tit. 8 pr. 8. ill. 1. 183
Frater an poſſit excuſari à tutela, tit. 15. pr. 1 ill. 8. 627
Fraus quæ impediat libertatem, ex lege Ælia Sentia, tit 6. pt. 2. 114
Frigidi qui, tit. 10. pr. 3. ill. 1. 226
Furor quid, tit. 10 pt. 3. 225
Furor impedit matrimonium, contractum tamen non diſſoluit, tit. 10 pr. 5. ill. 14. 246
Furioſa non poteſt repudiare maritum, tit. 13. pr. 3. ill. 16. 432
Furioſi fratris frater emancipatus curator eſt legitimus, tit. 13. pr. 3. ill. 18. 432
Furioſus an ſit ſemper in curatione, tit. 13. pr. 3. ill. 18 432
Filiofam. furioſo habenti peculium caſtrenſe an curator dari poſſit, tit. 13. pt. 3. ill. 19. 432
Furioſus an pure tutor dari poſſit, tit. 13. pr. 1. ill. 40. 399.
Furioſus tutor dari non poteſt niſi ſub conditione, tit. 13 pr. 1. ill. 20. 389
Furioſus, aut prodigus an habeat tacitam hypothecam in bonis curatoris, tit. 13. pr. 3. ill. 11. 437
Furioſi filius an poſſit patri curator dari, tit. 13. pr. 3. ill. 12. 437

Furioſi filius an poſſit patri curator dari, tit.13.pr.3.ill.1. 431
Furtiua res facta eſt quæ à latronibus capta eſt, tit.12 pr.8.ill.24. 350
Lex Fuſia Caninia,& eius ratio,tit.7.ill.1. 154

H

HÆres ſuus,tit.9.pt.7.ill.4. 178
Hæreditas eſt nomen Iuris ciuilis,titul.2. pr. 5.ill.3. 17
Hæreditas quando conuertitur in bona vacantia, tit.2.pr.5. 25
Hæreditas in codicillis dari non poteſt, tit.6.pt.6.ill.3. 145
Hæreditatem omnem videri ſoluendo quæ habet hæredem,tit.9 pt.5.ill.1. 141
Hæreditas ſemel adita repudiari non poteſt, tit. 6. pr.5.ill 8. 137
Hæreditas non poteſt reſtitui pupillo ex Trebelliano ſine tutoris autoritate,tit.21 pr.1.ill.12. 590
Hæres retinere poteſt es quæ in remunerationem tutelæ fuerant legata tutori ſe excuſanti: 632
Hæreditas per ſeruum acquiritur domino,tit.8.pr.3.ill.3. 156.
de Hæreditate matris delata filiofam militi,tit.12, pt.6.ill.4. 310
Homines,aut ciues Rom.ſunt,aut peregrini,tit.10. pr 2.ill.1. 198
Hominum nullam differentiam eſſe iure naturali, vel ciuili,ſed tantùm iure gentium,tit.3.pt.1. 46
Honeſtas in matrimoniis contrahendis conſideranda,tit.10.pt.6.ill.2. 253
Hoſtibus dediti etiam poſtliminio reuerti poſſunt, tit.12.pt 8.ill.1. 337

I

ILlegitimi an legitimos habere poſſint, tit. 10. pt.2.ill 2. 198
Illegitimi liberi nullos habent agnatos,tit.10.pt.2.ill.2. ibid.
Imperitia non nimia excuſat iudicem malè iudicantem,tit 1.pr.4 ill.2. 12
Inceſtum quid & quotuplex,tit.10.pr.6.ill. 22. 260
de Inceſto ciuili,tit.10.pr.1.ill.3. 186.
Infamia tutoris ſuſpecti & remoti, tit.26. pr. 1. ill.6. 637
Infans quis,tit.15.pt.6.ill.8. 451
Ingenui definitio,tit.4.pr.1. 67
de ingenui hominis manumiſſione,tit.4.pr.3.ill. 2. 81.& pt.6.ill.1. 82
de ingenoo manumiſſo,tit.4.pt.4. 80
Ingenuitatem à matre pendere, non à patre,ti. 4. pt.2. 70
Ingenuus quis naſcitur etiam ex ſerua, tit. 4. pt.2. ibid.
Ingenuus manumiſſus.tit.4.pt.4. 80
Ingenuus non poteſt dari tutor pupillo libertino, tit.13.pr. 4.ill.26. 441
de fauore ingenuitatis,tit.4.pt.1.ill.1. 68
Ingenuitatem non acquiri ex aduerſarij penuria, tit.4.pr.2.ill.1. 70
Ingenuitatem non acquiri per adoptionem, tit. 4. pr.2.ill.2. 72
Iniuriam vxori factam, marito quoque factam videri,tit.10.pt.3.ill.22. 232
Inquiſitio facienda eſt etiam in Senatorem qui tutor datur,tit.13 pr.4.ill 16. 438
Inquilinatus excuſat à tutels,tit.24.pt.1.ill.2. 608.
de Inſtitutione nepotis ex filio captiuo,tit 21.pt.7.ill.7. 329
Inſtitutionis heredum neceſſariorum antiquitas, tit.6.pt.4.ill.2. 128
de interdictione aquæ & ignis,tit.16.pt.1.ill.3. 579
Interdictionis factæ prodigo effectus, tit. 13. pr. 3. ill. 8. 423
Interpretum iuris neotericorum autoritas,tit.2. pt. 9.ill.3.& conf.1. 40
Interpretes ij peccant qui reſpondent contrà quàm à veteribus iuris conditoribus reſponſum eſt,tit. 2.pt.9 conf.1. 40
Interpretum iuris audacia in ſupplendo, ibid.
Intentio ſeu finis dicti ſcriptive ſemper ſpectari debet,tit.4.pr.5.ill.3. 81
Interdictio facta prodigo,vnde,tit.13.pr.3. 416
Inuentarij confectio an remitti poſſit,tit.13. pt. 7. ill.7. 466
Inuentarij confectio quibus incumbat,tit.13.pt. 7. ill.7. 468
Ius vnde & quot modis dicatur,tit.1.pt.1. 2
Iuris quotuplex conſideratio Ibid. Illius quæ ſint præcepta,illat.1. ibid.
Iuris definitio,tit.2.pr.1. 2
Ius naturale quid,tit.2.pt.1. 17
Iuris naturalis eſſentia,tit.2.pt.2. 18
Ius naturale & ratio naturalis quomodo differant, ibid.
Ius naturale quomodo differat à iure gentium, tit. 2.pr 4. 20
Ius naturale aliud primæuum, aliud ſecundarium, tit 2.conf.1. 19
Ius naturale quatenus immutabile,tit.2.pt.3. 19
Ius gentium quid ſit,tit.2.pr.4. 20
Iuris gentium eſſe nonnulla, quæ tamen apud omnes gentes non obſeruantur,tit.2.pr.4.ill.2. 21
Iure gentium furta ſunt prohibita, tit. 2. pr. 4. ill.6. 24
Iure gentium nummus introductus eſt,tit. 2.pt.4. ill 5. 22
ad Ius gentium qui contractus referantur,tit. 2. pr. 4.ill.5. 22
Iuris gentium quænam dicantur eſſe origine, quod ad ſolemnitates iuris ciuilis,tit.2.pr.5.conf.1. 31
Ius ciuile quid ſit,tit.2.pt.5. 25
Ius ciuile multipliciter dicitur,tit.2.pr.6. 32
Iuris ciuilis diuiſio ab Vlpiano allata reprobatur,tit.2.pt 6. 33
Ius ciuile vnde æſtimandum ſit,tit.1.pr.5.15.& 25
Ius habendi hæredem ab inteſtato eſt ciuile, tit. 2. pr 5.ill.2. 26
Ius prætorium viuam eſſe vocem iuris ciuilis,tit. 2. pt.10.ill.4. 42
Ius gentium aliud primæuum, aliud ſecundarium, tit.1.pt.4.conf.1. 35
Ius ciuile quotuplex,tit.2.pt.6. 32
Ius omne hominum gratia conſtitutum eſt. tit.2. pt.12. 45
Ius ſuccedendi publicum eſt,tit.2.pr.5. 25
Ius publicum in quibus conſiſtat,tit.1. pt. 5. quot modis dicatur, ibid.
Ius duplex, publicum & priuatum, tit. 1.pt. 3.& pt.5. 9.& 15
Iuris publici quanta ſit vis & poteſtas, tit. 1. pt. 5. ill.1. 16
Iudæi an poſſint eſſe tutores,tit.25.pt.1 ill.9. 628
Iudices qui dari non poſſint,tit.1.pt.4.ill.6. 12
Iudicis recti quanta debeat eſſe conſtantia,tit.1.pr.4.ill.7. 14
Iudici cauendam præcipitationem,tit.1.ill 8. ibid.
Iudicium in inuitum reddi poteſt,tit.1.pr.4.ill.9.15
Iudex aliquando poteſt & debet priorem mutare ſententiam.tit. 1.pr. 4.conf.1. 15
Iudices peccare qui ſecuti communem opinionem, contra leges iudicant,tit.2.pt.9.conf.3. 40

Iudex

Digitized by Google

Index.

Iudex litem ſuam facit, qui per ſordes, angtariam, aut etiam imperitiam inexcuſabilem male iudicauit, tit. 1. pr. 4. ill. 1. 11
Iudicare in ſua cauſa nemo debet, tit. 1. pr. 4. ill. 3. ibid.
Iudicati actio datur contra filiumfam. tit. 9. pr. 6. ill. 11. 175
Iudicium rerum amotarum, tit. 10. pr. 3. ill. 13. 228
Iuris conſtituti ratio eſt ſemper aliqua, quæ à perito Iuriſconſulto reddenda eſt, tit. 1. pr. 8. ill. 5. 5.6
philoſophiæ & bonarum literarum imperitus, bonus Iuriſconſultus eſſe non poteſt, tit. 1. pr. 3. conf. 2. 10
Iuriſconſultus perfectus quis dicendus, tit. 1. pr. 3. ill. 3. 10
Iuriſconſultus hæreticus, bonus iuriſconſultus eſſe non poteſt, tit. 1. pr. 3. conf. 1. 10
Iuriſconſulti munus eſt vt de iure reſpondeat, non de facto, tit. 1. pr. 2. ill. 7. 6
Iuriſprudentia an ſit ars vel ſcientia, tit. 1. pr. 2. il. 6. 5
Iuriſprudentia ſua habet principia ibid.
Iuriſprudentiæ definitio, tit. 1. pr. 3. 9
de iuriſprudentia Romanorum ciuili & Pontificia coniungenda, tit. 1. pr. 3. ill. 1. ibid.
Iuriſprudentiæ ſacra & ſanctitas, ibid.
Iuriſprudentia vera philoſophia, ibid.
Iuriſdictio contentioſa ſummaria, tit. 5. pr. 4. conf. 1. 108
Iuriſdictionis voluntariæ quæ ſunt, non contentioſæ, de plano expediti poſſunt, tit. 5. pr. 4. 107
Ius ſuum non ſemper cuique reddendum eſſe, tit. 1. pr. 4. conf. 2. 15
Ius prætorium, tit. 2. pr. 10. 40
Iuris ſcripti definitio explicatur, tit. 2. pr. 11. 41.43
de Iuris non ſcripti extenſione ad caſus ſimiles, tit. 2. pr. 11. ill. 2. 44
Ius non ſcriptum, tit. 2. pr. 11. 42
Ius eſt perpetuum. tit. 2. pr. 10. 40.41
Ius ſcriptum quodnam dicatur, tit. 2. pr. 6. 31
Ius dici non poteſt, quod iniquum eſt, tit. 1. ill. 8. 3
Iure ipſo fieri quid ſit, tit. 2. princip. 5. illat. 3. 27
Iuris diuiſio ex materia circa quam, tit. 2. pr. 6. 31
Ius ex ratione æſtimandum eſſe, titul. 1. pr. 1. illat. 3. 2
Ius an opinione conſiſtat. tit. 1. pr. 1. conf. 3. 3
Iuſtinianus reprehenſus, tit. 6. pr. 6. ill. 2. 142
Iuſtitia circa quæ verſetur, tit. 1. ill. 2. 1
Iuſtitia vbi non eſt, ibi nec ius, titul. 1. illa. 12. 2
Iuſtitiæ definitio, tit. 1. pr. 4. 11

L

Latitantis animus quærendus, tit. 4. pr. 6. ill. 3. 82
Legata non valent, per quæ ius libertatis infringitur, tit. 3. princ. 2. illat. 13. 54
Legatum quod nondum debetur repudiari non poſſe, tit. 4. pr. 4. ill. 2. 80
Legatum, cuius conditio defecit, repudiari non poſſe, tit. 4. pr. 4. ill. 3. 81
Legatum an capitis diminutione legatarij intercidat, tit. 16. pr. 3. ill. 3. 585
Legatum relictum ſub conditione nuptiarum, t. 10. pr. 5. ill. 2. 242
Legatorum nomine nemo tenetur ſupra vires hereditarias, tit. 12. pr. 6. ill. 23. 324
Lex quid, tit. 2. pr. 7. 33
Legis poteſtas in ciues quanta, tit. 2. pr. 7. ill. 2. 34
Lex generalis eſſe debet, tit. 2. pr. 7. ill. 4. 35
Lex differt à conſtitutionibus Principum generalitate, ibid.
Leges quomodo iuris publici, tit. 1 pr. 5. 15
Leges & ſuffragio populi, & tacito conſenſu abrogantur, tit. 2. pr. 7. ill. 5. 35
Lex iniqua pugnat cum definitione iuris, tit. 1. pr. 8. 3
Legis virtus & imperium, tit. 2. pr. 7. ill. 2. 34
Leges aliæ perfectæ, aliæ imperfectæ, tit. 2. pr. 7. ill. 2. ibid.
Legis actiones quæ, & vnde dictæ, tit. 6. pr. 7. illat. 14. 150
Lex regia, tit. 2. pr. 8. 35
Legitima tutela ibi quærenda vbi eſt legitima hereditas, tit. 15. pr. 1. ill. 1. 575
Legitima tutela vnde dicta, tit. 15. pr. 1. ill. 2. 575
Legitimus tutor excluditur, quandiu ſperatur teſtamentarius, tit. 15. pr. 1. ill. 3. 575
Legitima tutela hodie etiam cognatis defertur, tit. 15. pr. 1. ill. 6. 576
Legitima tutela olim etiam ad pupillum deferebatur, tit. 15. pr. 1. ill. 7. 577
Legitimus tutor, etiamſi teſtamentum factum ſit, quando detur, tit. 15. pr. 1. ill. 8. 577
Legitimæ tutelæ quando locus, tit. 15. pr. 1. ill. 7. 414
Legitima tutela amittitur per capitis diminutionem, tit. 15. pr. 1. ill. 9. 577. tit. 16. pr. 3. ill. 4. 585
Liber homo ex pacto ſeruus fieri non poteſt, tit. 3. pr. 3. ill. 3. 60
Liber homo oppignerari non poteſt, tit. 3. pr. 4. ill. 3. 64
Liberi hominis nullum eſt commercium, tit. 3. pr. 4. ill. 3. ibid.
qui Liber non eſt, hæres inſtitui non poteſt, tit. 6. pr. 6. 140
Liberi teſtamenti factio per reſcriptum Principis conceſſa qualis, tit. 3. pr. 2. ill. 15. 55
Libera eſt cuique rerum ſuarum alienatio, tit. 3. pr. 2. ill. 1. 50
pro Libero interim habetur, qui ſtatus controuerſiam patitur, tit. 3. pr. 3. ill. 4. 60
Libertatis definitio explicatur, tit 3. pr. 2. 49
Libertas quam dat manumiſſor, quæ & qualis ſit, tit. 5. pr. 2. ill. 6. 89
Libertas fauorabilis apud omnes gentes, tit. 3. pr. 2. ill. 2. p. 51. & ill. 4. 52
Libertatis priuilegia, ibid.
de Libertate data ſeruo legato, ibid. teſtamentaria, ibid.
Libertas res publica eſt, non priuata, tit. 3. pr. 2. ill. 3. p. 51. inter pias cauſas conumeranda, tit. 3. pr. 2. ill. 5. p. 52. eſt indiuidua, tit. 3. pr. 2. ill. 6. ibid.
de Libertate competente ipſo iure, tit. 3. pr. 2. ill. 7. 52
Libertas inuito dari poteſt, tit. 3. princ. 2. ill. 8. 52
Libertas teſtandi pactione tolli non poteſt, tit. 3. pr. 2. ill. 14. 55
Libertas naturalis rerum omnium, tit. 3. pr. 2. illat. 12. 54
Libertas in vltimum vitæ momentum conferri non poteſt, tit. 3. pr. 2. ill. 17. 56
Libertatis præſtatio nunquam fit dominii tranſlatio, tit. 3. pr. 2. ill. 18. ibid.
Libertas in fraudem fiſci data reſcinditur, tit. 5. pr. 2. ill. 9. 128
Liberorum nomen, tit. 11. pr. 1. ill. 5. 263
Liberi in ſeruitute ſuſcepti, quomodo adoptari poſſint, tit. 11. pr. 1. ill. 30. 284
Libertinorum definitio tit. 5 pr. 2. 88
Libertorum & libertinorum diſcrimen, tit. 5. pr. 2. ill. 3. 88
Libertina cuilibet ingenuo nubere poteſt excepto Senatore, tit. 10. pr. 6. ill. 14. 258
Libertinus cuius ſit libertus, tit. 5. pr. 2. ill. 20. 105

Libertinus

Libertinus non fit, qui prohibitus eſt manumitti, tit.5.pt.2 ill.25. 104
Libertorum iura, cùm cæteris hominibus liberis communia, tit 5.pt.2.ill.5. 89
de Libertorum operis, ti.5.pt.2.ill.12. 93
Liberorum & libertorum eadem ratio quod ad obſequia, tit 5.pt.2 ill.15. 95
Liberti ingratitudo vindicanda, tit.5.pt.2.ill.10.93
Libertus non fit domini, qui domino inuito liber factus eſt, tit.5.pt.2.ill. 21. 103
Libertorum aſſignatio, tit 5.pt.2.ill.24. 104
Liberta patrono nupta, inuito eo, alij nubere non poteſt, tit.10.pt.5.ill.26. 252
Liberta patroni filia nupta, alij nubere non poteſt, tit.10.pt 5.ill.27. 251
Lis inter patrem & filium conſiſtere non poteſt, niſi de peculio caſtrenſi, tit.9.pt.7.ill. 1. 176
Lis cœpta per curatores ab iis peragenda eſt, tit. 13 pt.7.ill.4 465
Lis an poſſit eſſe inter coniuges, tit. 13. pt. 3. ill.5. 412
Liberi naturales qui, tit. 3.ill.4. 61
Liberi oneri ſunt patri, non auo materno, tit.9. pt. 8.ill.2. 183
Liberi extra iuſtas nuptias ſuſcepti an ſint in poteſtate patria, tit.9 pr 2.ill.1. 162
Liberos qui immunitatem præſtant viuos eſſe oportere, tit.25.pt.1.ill. 2. 601
Libertas citra manumiſſionem acquiri poteſt, tit 5. pt.1.ill.9. 87
Libertas data in fraudem creditorum quando valeat, tit.6 pt.3. 124
Libertas ſerui multis in caſibus impeditur, etiam interueniente manumiſſione, tit.4.pt.1. 67
Libertas inuito & ignoranti dari poteſt, tit.5. pt. 2. ill 22. 104
Libertas data citra fraudandi conſilium valet, tit. 6.pt.2.ill.2. 115
ſi Libertas relicta ſit ei qui iuſſus eſt hæredi dare tantum, quanti eſt, tit 6.pt.2.ill.3. 116
Libertas data codicillis quando non valeat, tit. 6. pt.2.ill.5. 117
Libertas data à debitore conditionali etiam interdum reuocatur, tit.6 pt.2.ill.5. ibid.
Libertatem reſcindi facilius eſt, quàm reuocari, tit 6.pt.1.ill.1. 111
Libertas directa & fideicommiſſaria, tit.6 pt.1.112.
Libertas data in fraudem creditorum impeditur per l. Æliam Sentiam, tit.6.pt.1.ill.1. 109
Libertas ob inopiam teſtatoris impeditur, tit 6.pr. 2 ill.1. 114
Libertas quando videatur reuocari, tit. 6. pt.1. illat. 3. 114
Libertatis fideicommiſſariæ conditio melior eſt nonnunquam quàm directæ, tit.6.pt.1.ill.1. 113
Libertas an competat filiofam.tit.3.pt. 2.ill.18.56
Fauor libertatis ex odio ſeruitutis, tit. 3.pt. 2. 57
Libertas ipſa facit, vt non liceat facere id quod eſt contra bonos mores, tit.3.pt. 2.ill.16. 55
Libertas per poſtliminium reſtituitur, tit. 12. pt.8. 336
Libertas ſemel data reuocari non poteſt, tit.6. pt.1. 109
Libertas data ab eo qui non fuit ſoluendo valet conſentientibus creditoribus, tit. 6. pt. 2. illat.16. 124
de Libertate data vni, eique incerto ex duobus idē nomen habentibus, tit.6 pt.3.ill.1. 124
Libertas quæ infamiæ pretio comparetur, tit.6 pt. 3.ill.2. 125
Libertas plena, tit.5.pt.3. 106
Libertas data in fraudem creditorum, titulo ſexto, principio 2 illat. 12. 122
Libertas data per filium volente patre qui non eſt ſoluendo, impeditur, tit.6.pt.1.ill.13. 122
Libertas pro arbitrio manumiſſoris oneranda non eſt, tit.3.pr.2.ill 9. 55
Liberi duorum fratrum an copulati poſſint. tit. 9. pt.6.ill.6. 256
Libertini an habeant liberos in poteſtate, tit.9. pt. 1.ill.8. 162
qui Liberi in patria poteſtate ſint conſtituti, tit. 9. pt.2. 162

M

Magiſtratus excuſantur à tutela, tit. 25.pt.1. ill.5. 615
Magiſtratus qui conueniuntur ſubſidiaria actione, tit.13.pt.8.ill.45. 552
Magiſtratus quando conueniendi ob damnum pupillo illatum, tit.13.pt.8.ill.11. 518
qui Magiſtratus habeant ius dandi curatorem furioſo, tit.13.pr.4 ill.7. 435
qui Magiſtratus ius habeant tutores dandi in vrbe & in prouinciis, tit.13.pr.4.ill.1. 434
Magiſtratus municipales ius habent dandi tutoris, tit.13 pr 4 ill.2. ibid.
Magiſtratus poteſt dare tutorem impuberi ad hæreditatem adeundam, tit.13.pr.4.ill.13. 436
qui Magiſtratus habeant ius remouendi tutoris, tit.26.pt.4. 643
Maleficia ex propoſito & voluntate diſtinguenda eſſe, tit 4.pr 6.ill.2. 82
Malitiis non eſſe indulgendum, tit.8.pr.4.ill 3. 152
Mancipia vnde dicta, tit.3.pt.1. 46
Manumiſſio quid, tit.6.pr.7.ill.14. 150.& 83
Manomiſſi in fraudem ciuitatum, non ſunt liberi, tit.6.pr. 2 ill. 8. 118
Manumiſſio non ſemper confert libertatem, tit. 4. pt.1. 67
Manumitti quis prohibitur per l. Æliam Sentiam, tit.6.pr.2.ill.4. 116
Manumiſſionis definitio, tit.5.pt.1. 83
Manumiſſio plurium ſeruorum in fraudem creditorum non ſimpliciter impeditur, tit.6. pr. 2. illat.14. 122
Manumiſſus poſteriori loco in fraudem creditorum interdum liber eſt, priori manumiſſo retento, tit.6 pr.2.ill.15. 122
Manumiſſio ancillæ matrimonij cauſa, tit. 6. pt. 7. ill.12. 150
Manumiſſio alia vera, alia imaginaria, tit.12.pr.10. ill.4. 368
Manumittere non poteſt minor 20.annis, niſi cauſa cognita, tit.6.pr.2.ill.2. 113
Manumiſſio vnus ex pluribus ſeruis, quorum optio fuit legata alteri nulla eſt, tit.5.pt. 1. ill. 5. 86
Manumittendi poteſtas, tit.5.pt.1.ill.1. 81
Manumiſſi in ſeruitutem non ſunt reuocandi, tit. 5. pt. 1.ill.4. 89
Manumiſſionis ſolennitas, tit.6.pt.7. 145
Manumiſſio tacita tit.5.pt.2.ill.10. 87
Manumiſſio teſtamentaria minori 20. annis prohibita, tit 6.pr.8. 152
Manumiſſio facta per minorem 20.annis, tit.6 pt. 7.ill 1. 146
Manumiſſio apud quem fieri poſſit, tit. 6. pr. 7. ill.8. 148
Manumiſſio prægnantis matrimonij cauſa, tit.6 pt. 7.ill.13. 150
Manumiſſio facta procuratoris habendi gratia, tit. 6 pr.7.ill.14 ibid.
Manumiſſionis cauſa probanda eſt, tit. 6. pr. 7. illat.14. 151

Manumittere

Manumittere non poteſt minor 20. annis, ſi vnum tantùm ſeruum habeat, tit. 6. pr. 7. ill. 15. ibid.
Mariti & vxoris eandem videri perſonam, tit. 10. pr. 3. ill. 5. 227
Maritus num poſſit eſſe curator vxoris mente captæ, tit. 13. pr. 3. ill. 5. 422
Maritus contra leges nemo eſſe poteſt, tit. 10. pr. 5. ill. 27. 251
Maritus qui abſentem vxorem accepit, lugendus, tit. 10. pr. 5. ill. 7. 243
Marito quæ reuerentia debetur, eadem vxori præſtanda, tit. 10. pr. 3. ill. 21. 232
Maritos dici dominos, tit. 10. pr. 3. ill. 23. ibid.
Matrimonium cur à matre dictum, t. 10. pr. 2. ill. 3. 224
Matrimonium quando conualeſcit ob amiſſam mariti dignitatem, tit. 10. pr. 5. ill. 15. 247
Matrimonium non eſt inter ſeruos, tit. 10. pr. 1. illat. 2. 183
Matrimonium diſſoluit per ſeruitutem coniugis, tit. 10. pr. 1. ill. 3. ibid.
Matrimonium an ſoluatur per captiuitatem, tit. 10. pr. 3. ill. 15. 229
in Matrimoniis contrahendis naturalis pudor inſpici debet, tit. 10, pr. 6. 251
Matrimonij imago contubernium, tit. 10. pr. 3 illat. 2. 228
de Matrimonio Senatoris cum libertina, tit. 10. pr. 1. ill. 6. 187
Matres an habeant poteſtatem in liberos, tit. 8. pr. 1. ill. 2. 163
Matri denegatur ſucceſſio, cum deſerta liberorum tutela ad ſecunda vota conuolat, tit. 13. pr. 5. illat. 8. 445
Matrem eius quæ mihi ſponſa fuit vxorem ducere non poſſum, tit. 10. pr. 6. ill. 11. 257
Mater non niſi inſtituto filio tutorem dare poteſt, tit. 13. pr. 1. ill. 30. 392
Media ſententia ſequenda, tit. 6. pr. 9. 153
Melius ſemper eſt quod tutius, tit. 10. pr. 1. ill. 11. 189
Metalli ſupplicium, tit. 12. pr. 5. ill. 5. 307
Metus quid ſit, tit. 3. pr. 2. ill. 21. 54
Milites ignominioſe dimiſſi non excuſantur à tutela, tit. 25. pr. 1. ill. 3. 614
Militibus contra ius non eſſe indulgendum, tit. 8. pr. 5. 159
Militia non ſoluit patriam poteſtatem, ti. 12. pr. 6. 308
Miles non poteſt tutorem dare ſuis liberis recaſuris in alterius poteſtatem, tit. 13. pr. 1. ill. 28. 392
de Milite adrogato, tit. 12. pr. 6 ill. 8. 311
Minoribus competit actio aduerſus eos qui fideiuſſorem accipere debuerunt, tit. 13. pr. 8. ill. 45. 548
Minori cuius prædium alienatum eſt, an ſit opus reſtitutione in integrum, tit. 13. pr. 8. ill. 63. 563
Minor an poſſit ſocium ad diuiſionem prouocare, tit. 13. pr. 8. ill. 61. 561
Minor ſine curatore multa facere poteſt, tit. 12. pr. 3. ill. 8. 301
Minor vindicans prædium venditum cum decreto, an teneatur reſtituere pretium, tit. 13. pr. 8. ill. 2. 510
Mulier quinquagenaria an nubere poſſit, tit. 10. pr. 3. ill. 3. 226
Mulieri luxurioſè viuenti bonis interdici poteſt, tit. 13. pr. 3. ill. 12. 429
de Muliere damnata in metallum & reſtituta, tit. 12. pr. 3. ill. 9. 302
Mulier ſerua pœnæ effecta, deinde à latrunculis capta, & iure commercij vendita an habeat poſtliminium, tit. 12. pr. 8. ill. 6. 339
Mulier domicilium mariti ſortitur, t. 10. pr. 5. ill. 27. 251
Mulieres maritorum genere nobilitantur, tit. 10. pr. 3. ill. 18. 231
Muliere reuerſa ad eundem virum an ſit idem matrimonium, tit. 10. pr. 5. ill. 14. 250
Mulier liberto viri coniungi non poteſt, tit. 10. pr. 6. ill. 27. 261
Mulier à me repudiata an nubere poſſit filio meo adoptiuo, tit. 10. pr. 6. ill. 10. 257
Municipi tutor non municeps dari poteſt, tit. 13. pr. 1. ill. 39. 389
Mulier duos maritos ſimul habere non poteſt, tit. 10. pr. 3. ill. 20. 231

N

NAtalium ſignificatio, tit. 4. pr. 1. ill. 3. 69
Natalium reſtitutio, tit. 4. ill. 4. 80
Naturales parentes & liberi qui, tit. 3. pr. 4. 62
de Naturalibus liberis, tit. 10. pr. 2. ill. 1. 198 & ſeqq.
Naturales filios hodie nullos eſſe, tit. 10. pr. 2. ill. 3. 223
Naturali filio tutor dari an poſſit, tit. 13. pr. 1. illat. 32. 394
male Natus quis dicatur, tit. 4 pr. 1. ill. 2. 69
bene Natus quis dicatur, tit. 4. pr. 1. ill. 2. ibid.
pro Nato habetur is qui eſt in vtero priùs quam ſit animal: ti. 4. pr. 3. 73
Nepos ex filio per emancipationem patris omnia iura perdit, tit. 12. pr. 1. ill. 25. 283
Nepos recidit in poteſtatem patris, ſui, mortuo auo, tit. 12. pr. 1. ill. 2. 292
Nepos conceptus ante filij emancipationem, naſcitur in poteſtate aui, tit. 12. pr. 10. ill. 8. 373
Nepotes naturales, tit. 16. pr. 2. ill. 1. 206 & ſeqq.
Noxalis actio, tit. 8. pr. 3. ill. 4. 156
Nummi æſtimatio quotuplex, tit. 2. pr. 4. ill. 3. 22
Nuptiarum definitio explicata, tit. 10. pr. 3. 225
Nuptiæ prohibitæ ſenatori quæ. tit. 10. pr. 1. ill. 8. 187
Nuptiæ, cum adultera prohibitæ, tit. 10. pr. 1. illat. 9. ibid.
Nuptiæ inter compriuignos, tit. 10. pr. 1. ill. 10. 187
Nuptiæ inter curatorem & adultam prohibitæ tit. 10 pr. 1. ill. 11. 187
Nuptiæ inter perſonas honeſtate impares olim prohibitæ, tit. 10. pr. 6. ill. 23. 260
Nuptiæ contra leges contractæ, tit. 10. pr. 2. ill. 2. 224
Nuptiæ prohibitæ inter præſidem & prouincialem, tit. 10. pr. 1. ill. 12. 193
Nuptiæ inter Senatorem & damnatam publice, tit. 10. pr. 1. ill. 13. 197
Nuptiæ inter patronum & ignominioſam libertatem, tit. 10. pr. 1. ill. 4. 198
Nuptiæ præſumendæ potius quàm concubinatus, tit. 10. pr. 5. ill. 18. 249
Nuptiæ prohibitæ inter aſcendentes & deſcendentes, tit. 10. pr. 6. ill. 5. 254
Nuptiarum fauor, tit. 10. pr. 3. ill. 4. 226
Nuptiæ aduerſus leges contractæ, tit. 10. pr. 5. illat. 15. 244
Nuptiæ inter abſentes contrahi poſſunt, tit. 10. pr. 5 ill. 6. 243
Nuptiæ iuſtæ quæ, tit. 10. pr. 1. 184
Nuptiæ iniuſtæ quæ, tit. 10 pr. 1. ill. 1. 185
Nuptiæ cum alumna prohibitæ. tit. 10. pr. 6. ill. 31. 262
Nuptiæ ex ſolo conſenſu æſtimandæ, ti. 10. pr. 5. p. 242
ex concubitu non ſunt æſtimandæ, tit. 10. pr. 5. ill. 1. ibid.
Nuptiæ inter conſobrinos an valeant, tit. 10. pr. 1. ill. 4. 186.
Nuptiæ ex ſola nubili ætate non ſunt æſtimandæ, tit. pr. 5. ill. 12. 245
Nuptiæ contractæ contra Principum mandata quomodo validentur, tit. 10. pr. 5. ill. 16. 247
Nuptiæ curatoris & adultæ prohibitæ, ti. 10. pr. 6. ill. 21. 259
Nuptiæ illicitæ puniendæ, tit; 10. pr. 6. ill. 28. 261
Nuptiæ inter priuignos permiſſæ, t. 10. pr. 6. ill. 20. 259

Nuptiæ an diſſoluantur per deportationem, tit. 10. pr. 3. ill. 14. 219
Nuptiæ prohibitæ ob mariti dignitatem, tit. 10. pr. 1. ill. 15. 198
Nuptiæ ex conſenſu patris contrahendæ, tit. 10. pr. 4. ill. 21. 240
Nuptiæ ex mandato patris contractæ, tit. 10. pr. 5. ill. 25. 251
Nuptiæ quæ prohibitæ lege Iulia de maritandis ordinibus, tit. 10. pr. 6. ill. 13. 258
Nuptiarum renouatio non niſi ex voluntate parentum fieri debet, tit. 10. pr. 4. ill. 6. 237.

O

Obligatio inter patrem & filium conſiſtere non poteſt, tit. 9. pr. 8. ill. 6. 179
Obligatio naturalis inter patrem & filium, tit. 9. pr. 7. ill. 7. 180
Obligatio inter fratres in eiuſdem patris poteſtate conſtitutos an valeat, tit. 9. pr. 7. ill. 8. 180
Obligationes ex delicto proficiſcentes durant poſt capitis diminutionem, tit. 26. pr. 3. ill. 2. 585
Occupatio eorum quæ ſunt nullius, eſt modus acquirendi iure gentium introductus, tit. 2. pr. 4. ill. 4. 23
Operarum generalis promiſſio quomodo interpretanda, tit. 5. pr. 2. ill. 18. 98
Operarum æſtimatio præſtari poteſt à liberto, tit. 5. pr. 2. ill. 19. 101
Operas quaſlibet tranſire ad liberos patroni, quamuis hæredes non exiſtant, tit. 5. pr. 2. ill. 14. 95
Operæ quæ exigi poſſint à liberto, ti. 5. pr. 2. ill. 15. 97
Operæ libertorum officiales aliæ, aliæ fabriles, tit. 4. pr. 2. ill. 13. 94. 95
Oppigneratio fundi dotalis prohibita, tit. 7. pr. 1. ill. 2. 154

P

PActa non valent, per quę ius libertatis infringitur, tit. 3. pr. 2. ill. 13. 54
Parentum commune votum, tit. 10. pr. 1. ill. 11. 189
Parens quos vult ex liberis manumittere poteſt, tit. 12. pr. 10. 366
Parentes naturales qui, tit. 3. pr. 4. 62
Partus prodigioſus liber dici non poteſt, tit. 3. pr. 2. ill. 5. 49
de Partu ancillæ venditæ, tit. 3. pr. 3. ill. 6. 79
de Partu redempto cum matre, tit. 12. pr. 8. ill. 18. 347
Pater eſt quem nuptiæ demonſtrant, tit. 10. pr. 2. 198
Pater poteſt occidere filiam adulteram: non maritus vxorem: & ratio, tit. 7. pr. 1. ill. 3. 154
Pater an neceſſariò debeat ſubſcribere inſtrumento nuptiali filij tit. 10. pr. 6. ill. 5. 245
Patris furioſi aut dementis conſenſus an ſit neceſſarius, tit. 10. pr. 4. ill. 14. 242
Pater æs alienum filij quando ſoluere cogatur, tit. 12. pr. 6. ill. 22. 324
Pater filiam à marito abducere non poteſt, t. 10. pr. 3. ill. 11. 228
Pater ſtipulans filio ſibi acquirit; tit. 9. pr. 7. ill. 5. 178
Pater in peculio caſtrenſi deterioris eſt conditionis, quàm hæres legitimus, tit. 12. pr. 6. ill. 23. ibid.
Patris conſenſus quomodo faciat nuptias iuſtas, tit. 10. pt. 4. ill. 10. 240
Patris conſenſus neceſſarius in nuptiis filiifam. militis, tit. 10. pr. 4. ill. 12. ibid.
Pater filio exhæredato quatenus tutorem dare poſſit, 568
Patris & filij non eſt eadem perſona in iis quæ ſunt meri facti, tit. 9. pr. 7. ill. 14. 182
Patriæ poteſtatis oneta, tit. 9. pr. 7. ill. 15. ibid.
Pater non poteſt cogi vt liberos ſuos emancipet, tit. 12. pr. 10. ill. 9. 374
Pater quando cogatur filium emancipare, tit. 12 pr. 10. ill. 9. ibid.
Pater qua actione poſſit vindicare filium, tit. 9. pr. 6. ill. 10. 174
Patrem qui non habet, agnatos etiam non habere, tit. 10. pr. 2. ill. 4. 224
Paterfam. poteſt fieri filiusfam. per adoptionem, tit. 10. pr. 1. ill. 7. 264
Pater qui filium emancipauit quando repellatur à beneficio bonorum poſſeſſionis contra tab. tit. 12. pr. 10. 366
Pater emancipando filium conſequitur iura patroni in bonis filij, tit. 12. pr. 10. ill. 4. 368
Pater non poteſt cogi vt liberos ſuos emancipet, tit. 9. pr. 5. ill. 1. 169
Patresfam. habent ſuos hæredes, tit. 9. pr. 1. ill. 3. 161
Patria poteſtas diſſoluitur per adoptionem, tit. 12. pr. 2. 294
Patria poteſtas recuperatur, ex reſtitutione Principis, tit. 12. pr. 3. 295
Patriæ poteſtatis dignitas, tit. 9. pr. 5. 169
Patria poteſtas vnde orta, tit. 9. pr. 1. 159
Patriam poteſtatem ciuium Romanorum eſſe propriam, tit. 9 pr. 1. ill. 1. 160
Patriam poteſtatem eſſe inæſtimabilem, tit. 9. pr. 1. ill. 4. 161
Patriam poteſtatem amittit qui ciuitatem amittit, tit. 9. pr. 1. ill. 7. 161
Patriæ poteſtatis ius amittit qui filium ſuum alij dat in adoptionem, tit. 12. pr. 10. ill. 7. 373
Patriam poteſtatem non habet, qui in patria poteſtate eſt, tit. 9. pr. 3. 163
Patria poteſtas ſoluitur morte, tit. 12. pr. 1. 291
Patronatus ius, tit. 5. pr. 2. ill. 8. 92
Patronorum priuilegia, tit. 5. pr. 2. ill. 9. 92
Patrona quando nubere poſſit liberto, tit. 10. pr. 6. ill. 9. 257
Patronus deportatus & reſtitutus an admittatur ad ſucceſſionem liberti, tit. 12. pr. 3. ill. 3. 297
Patronus impuberi liberto tutorem dare non poteſt, tit. 13. pr. 1. ill. 53. 404
Patronus tutor liberti fidem exhibere debet. tit. 13. pr. 1. ill. 17. 388
Patroni filius habendus eſt pro nato, vt libertum habeat. tit. 4. pr. 3. 73
Patronus qui operas indebitas exegit à liberto, plectitur, tit. 5. pr. 2. ill. 17. 98
Patronus inuitam libertam vxorem ducere non poteſt, tit. 10. pr. 5. ill. 22. 250
Patrono datur bonorum poſſeſſio contra tabulas liberti apud hoſtes defuncti, tit. 12. pr. 9. ill. 3. 358
in Patroni fraudem alienata reuocantur, tit. 5. pr. 2. ill. 25. 105
Pecunia pupilli otioſa eſſe non debet, tit. 13. pr. 7. ill. 2. 464
Peculium profectitium, tit. 9. pr. 3. ill. 5. 167
de Pecunia donata filiofam. militi, tit. 12. pr. 6. ill. 8. 309
Periculum nominum ad eum pertinet, cuius culpa deteriora facta ſunt. tit. 13. pr. 7. ill. 56. 490
Periculum nominum quomodo pertineat ad tutorem tit. 13. pr. 7. ill. 31. 478
Periculum præſtare, & præſtare diligentiam, tit. 13. pr. 7. ill. 31. ibid.
Periculum rei quando pertineat ad omnes tutores, ſiue geſſerint, ſiue non, tit. 13. pr. 7. ill. 35. 478
Periculum nominum quando pertineat ad tutorem tit. 13. pr. 6. ill. 15. & 16. 456
Periculum nominis poſt mortem pupilli deſinit ad tutorem pertinere, tit. 13. pr. 7. il. 39. 482
de Perſonis tractatus nobilior eſt, quàm de rebus, & actionibus, tit. 2. pr. 12. ill. 21 45

Poſt

Index

Poſtliminij conſtitutio eſt iuris ciuilis non ſcripti, tit. 12 pr. 7 ill. 19 — 335
Poſtliminij fictio quid efficiat, tit. 12 pr. 8. — 336
Poſtliminium inter quos populos tit. 12 pr. 8. ill. 7. — 340
Poſtliminij fictio duplex, tit. 12 pr. 7. ill. 13. — 333
Poſtliminium non tantum perſonis, ſed etiam rebus conuenit, tit. 12. pr. 8 ill. 4. — 338
Poſtliminio reuerſus eſt qui intra fines imperij noſtri receptus eſt, tit. 12. pr. 8. ill. 27. — 355
Poſtliminij fictio vnde inducta, tit. 12. pr. 7. ill. 19. — 335
Poſtliminij fictio, tit. 12. pr. 7. — 317
Poſtliminium aliud datur in bello, aliud in pace, tit. 12. pr 8 ili. 5. — 338
Poſtliminium ad ea quæ ſunt facti non extenditur, tit. 12. pr. 8. ill. 9. — 341
Poſtliminium non habet transfuga, tit. 12. pr. 8. ill. 3. — 338
Poſtliminium hominibus cuiuſcunque ſtatus & conditionis conuenit, tit. 12. pr. 8. ill. 2. — ibid.
Poſtliminio carent qui armis victi hoſtibus ſe dediderunt, tit. 12 pr. 8 ill. 21. — 349
Poſtliminium non habent qui capiuntur in ciuilibus diſſenſionibus, tit. 12. pr. 8. ill. 23. — 350
Poteſtas dominorum in ſeruos vnde, tit. 3. pr. 3. ill. 5. — 60
Poteſtas dominorum ex quo iure fluxerit, ti. 8 pr. 3. — 155
vitæ & necis in ſeruos, tit. 8. pr. 3. ill. 1. — ibid.
in Poteſtate duorum nemo eſſe poteſt, tit. 9. pr. 4. — 167
Poteſtatis ius fœminis & auo materno denegatur, tit. 9. pr. 8. — 183
Poteſtas principis quotuplex, tit. 1. pr. 2. conf. 1. — 8
Poteſtas legis Æliæ Sentiæ in quo conſiſtat, tit. 6. pr. 2. ill. 11. — 120
Poteſtas aui in nepotes, tit 9. princ. 3. ill. 1. — 164
Prædia minorum ruſtica, vel ſuburbana quomodo diſtrahi poſſint, tit. 13. pr. 8 ill. 54. — 556
quid ſit quod dicitur Præſtare cõtutores debere deſiiſſe ſoluendo eſſe, vel non eſſe, tit. 3. pr. 7 ill. 54. — 489
Præteritio matris habetur pro exhæredatione, tit. 9 pr. 8 ill. 4. — 184
Prætor non poteſt ſeipſum tutorem dare, tit. 13. pr. 4 ill. 6. — 414
Prætores legem facere non potuerunt, tit. 2. pr. 10. — 40
Prætorea neque legem, neque ius ciuile tollere potuiſſe, tit. 2. pr. 10 ill. 2. — 41
Principis poteſtas abſoluta nulla eſt, t. 2. pr. 8. conf 2. — 33
Princeps eſt ſolutus legibus non tantùm pœnariis ſed alia quibuſcunque, tit. 2 pr. 8 ill. 1. — 36
Princeps nõ eſt ſolutus legibus iuris naturalis aut gentium, ſed ciuilis tantùm, tit. 2. pr. 8 ill 1. — ibid.
Princeps non poteſt rem quæ tua eſt iure gentium tibi inuito auferre pro arbitrio, ibidem.
Princeps ſolus hodie legis condendę poteſtatem habet, tit. 2 pr. 8. ill 3. — 37
Priuignæ meæ filia mihi coniungi non poteſt, tit. 10. pr. 6. ill. 14. — 260
Prodigus nihil poteſt alienare, tit. 13. pr. 3 ill. 8. — 423
Prodigis cur interdicatur rerum ſuarum adminiſtratione, tit 8 pr. 4. ill. 4. — 157
Prodigo bonis interdictum ea lege 12. tab. 13. pr. 3. — 416
Prodigus an poſſit adire hæreditatem, tit. 13. pr. 3. — 318
Prodigus an poſſit ſine curatore repudiare hereditatem delatam, tit. 13 pr. 3. — 318
Profeſſores liberalium artium immunes à tutela, tit. 25. pr. 1. ill. 5. — 616
Prouinciarum diuerſitas excuſat à tutela, tit. 25. pr. 1. ill. 2. — 609
ex Prudentium interpretatione multa iure ciuili recepta ſunt, tit. 2. pr. 9 ill. 1. — 39
Prudentes interpretari tantùm poſſe, non ſupplere, tit. 2. pr. 9. ill. 2. — ibid.
Prudentum veterum autoritas quanta, tit. 2. pr. 9. ill. 3 — 40.

Anton. Fabr Iuriſp. Papin. Scient.

Pubertas vnde æſtimanda, tit. 22. pr. 1. — 592
Publicum iudicium quid, tit. 13. pr. 8 ill. 58. — 559
Pupillus an poſſit dare fundum in ſolutum ſine Prætoris autoritate, tit. 13. pr. 8. ill. 60. — 560
Pupillorum liberti ad accuſationem ſuſpecti admittuntur, tit. 26. pr. 1. ill. 3. — 636
Pupillo non nocet, ſi vſumfructum non vtendo tutor amiſerit, tit. 13. pr. 7. ill. 85. — 505
Pupillus cum ſtipulatur ſibi non dari, non eſt neceſſaria tutoris autoritas, tit. 22 pr. 1. ill. 1. — 587
Pupillus habet ius vindicandi rem venditam ab eo qui pro tutore negotia geſſit, tit. 13. pr. 6. ill. 35. — 463
Pupillo non ſubuenitur qui indemnitatem conſecutus eſt, tit. 13. pr. 8. ill. 65. — 563
Pupillus eo debet lucrum captare ex damno alieno, tit. 13. pr. 8. ill. 66. — 564
Pupillus non poteſt ſoluere ſine tutoris autoritate, tit. 21, pr. 1. ill 8. — 589
Pupillo ſolui non poteſt ſine tutoris autoritate tit. 21. pr. 1. ill 9. — 590
Pupillus non poteſt hereditatem adire ſine tutoris autoritate, tit. 21. pr. 1 ill, 10. — 590
Pupillus creditoribus chirographariis tutoris præfertur, tit. 13. pr. 7. ill 7. — 518
Pupillus habet electionem conueniendi tutorem aut eius fideiuſſorem, tit. 13. pr. 8. ill. 41. — 546
Pupillis & minoribus quando fauendum ſit & ſuccurrendum, tit. 13. pr 8. — 509
Pupillus vbi morari vel educari debeat, tit. 13. pr. 8. ill. 16 — 527
Pupilli cõditio melior, quàm furioſi, t. 13. pr. 1. ill. 1. — 376
Pupillus quando poſſit res vindicare ab emptoribus diſtractas à tutore, tit. 13. pr 6 ill. 18. — 457
Pupillus nihil facere poteſt ſine tutoris auctoritate, tit. 11. pr 6. ill. 9. — 427
Pupillo & in pupillum actio iudicati danda eſt, non tutori & in tutorem, tit. 13 pr 6 ili. 9. — 453
Pupillus quo caſu iuuetur auxilio reſtitutionis in integrum, tit. 13. pr 8. ill. 32. — 540
Pupillus an conueniatur ex dolo tutoris, tit. 13. pr. 8 ill. 14 — 522
Pupillus qui alterum ex tutoribus poſt pubertatem liberauit, improbe alterum illius nomine interpellat, tit. 13. pr. 8. ill. 10. — 515
de Pupillo manumittente, tit. 6. pr 7. ill. 9. — 148
Pupillus quando manumittere poſſit apud tutorem, tit. 6. pr. 7. ill. 9. — ibid.
Pupillus quando dicatur defendi, tit. 13. pr. 7. — 464

Q

QVæſtio adulterij an differi poſſit, tit. 10. pr. 2. ill 3. — 224

R

RAtihabitio tutoris non ſufficit, vt contractus pupilli ſit validus, tit. 13. pr. 6. ill. 23. — 459
Ratio eſt fons iuris, tit. 1. ill. 3. — 2
Regula Catoniana locum habet in tutela, — 575
Reip. cauſa qui abſunt, excuſantur à tutela & cura, tit. 25. pr. 1. ill. 3. — 610
qui Reip. cauſa abfuerunt vacationem vnius anni habent, tit. 25. pr. 1 ili. 3. — 612
Relegatus an habeat teſtamenti factionem, tit. 12. pr. 4. ili. 2. — 306
Relegatus ſtatuis & imaginibus honorari non prohibetur, tit. 12. pr 4. ill. 2. — 306
Relegati qui, & quomodo differant à deportatis, tit. 12. pr. 4. — 304 & 498
Renuntiatio bonorum paternorum, tit. 6. pr. 5. ill. 11. — 139
Repudij ſolennitas, tit. 10. pr 3. ill. 20. — 249
Reſcripta iniqua pugnant cum definitione iuris, tit. 1 pr. 2. conf. 3. — 8
Reſtitutio actionis, tit. 9. pr. 6 ill. 8. — 174

Reſtitutio in integrum Prætoria, tit. 13 pr. 3. ill. 7. 423
Reſtitutio patriæ poteſtatis amiſſæ per deportationem, tit. 11. pr. 3. ill. 8. 423
Reſcripta Principis contra ius elicita, vel contra publicam autoritatem, à iudicibus negligenda, tit. 2. pr. 8. ill. 4. 38
Reſponſa prudentum, tit. 2. pr. 9. 39
Reſtitutio non datur minori aduerſus libertatem datam, tit. 6 pr. 1. ill. 3. 114
Reus criminis an manumittere poſſit, tit. 5. pr. 1. il. 6. 86
Rnſticorum iudicium, tit. 6. pr. 9. confut. 1. 159

S

Satiſdatio tutorum, tit. 13. pr. 8. ill. 25. 535
Scortum an vxor duci poſſit, tit. 10 pr. 6. ill. 10. 261
Senator quando libertinam vxorem ducere poſſit, tit. 10. pr. 5. ill. 23. 250
Senatoria dignitas mariti an diſſoluat matrimonium cum libertina, tit. 10 pr. 6. ill. 15. 258
Senatuſconſultorum poteſtas quanta, & vnde tit. 2. pr. 7. ill. 3. 35
Sententia lata à iudice non competente nulla eſt, tit. 1. pr. 4. ill. 5. 13
Separatio bonorum inducta per beneficium abſtentionis, tit. 6 pr. 5. ill. 7. 136
Seruitus quid: tit. 3. pr. 1. 46. & ſeq
Seruitutis definitio explicata, tit. 3. pr. 3. 57
Seruitutia odium ex fauore libertatis, tit. 3. pr. 3. 58
Serui vnde dicti, tit. 3. pr. 1, 46
Seruus quo caſu non acquirat domino, ill 18. 456
in Seruorum conditione nulla eſt differentia. tit. 3. pr. 1. 48
Seruire & ſeruum eſſe, differre, tit. 4. pr. 7. 83
Serua non habet liberos in poteſtate, tit. 9. pr. 3. ill. 3. 165
Seruus caſtenſis ſtipulans cui acquirat, tit. 12. pr. 6. ill. 17. & ill. 20. 323
de Seruo ſine libertate ſubſtituto, qui alij fuerat legatus, tit. 6. ill. 4. 142
de Seruo ſcripto libero ſub conditione, tit. 6. pr. 6. ill. 5. 144
de ſeruo alieno libero, & hærede ſcripto, tit. 6. pr. 6. ill. 6. ibid.
Seruus hæres inſtitutus liber fit ex Iuſtiniani conſtitutione, ti, 6. pr. 6. ill. 2. 142
Seruus peculij caſtrenſis inſtitutus hæres ab aliquo iuſſu militis debet adire hæreditatem, t. 12. pr. 6. il. 24. 326
Seruus hæres ſcriptus à domino qui apud hoſtes deceſſit, non eſt proprie neceſſarius hæres, tit. 12. pr. 7. illat. 18. 334
Seruus pœnæ, tit. 18. pr. 5. 306
Serui pœnæ, nulli hodie tit. 12. pr. 5. ill. 5. 307
Seruus manumiſſus capite an ſit minutus, tit. 16. pr. 1. ill. 5. 581
Seruo ignoſcitur qui obtemperauit tutori, tit. 13. pr. 6. ill. 3. 447
de Seruo communi manumiſſo per minorem 20. annis, tit. 6. pr. 7. ill. 2. 145
Seruum, cum manumittitur, non minui capite, tit. 4. pr. 4. ill. 1. 80
Serui pro nullis habentur iure ciuili, tit. 3. pr. 1. 47
Seruus communis quando manumitti poſſit, tit. 5. pr. 1. ill. 2. 84
Seruus ſpecialiter obligatus an manumitti poſſit, tit. 5 pr. 1. ill. 3. ibid.
Seruus ſub conditione legatus an manumitti poſſit ab hærede, tit. 5. pr. 1. ill. 4. 88
Seruus non rectè tutor datur, qui non niſi verbis fideicommiſſi manumiſſus eſt, tit. 13 pr. 1. ill. 52. 404
Seruus fugitiuus ſui furtum facit, tit. 3. pr. 3. ill. 1. 58
Seruum neque bona, neque ſucceſſores habere poſſe, tit. 3. pr. 3. ill. 2. 58
Seruus proprius quomodo tutor dari queat, tit. 13. pr. 1. illat. 42. 400
Seruine ſint qui ſe venundari patiuntur, tit. 3. pr. 4. ill. 3. 64. & ſeqq.
Serui fiunt iure gentium, & ciuili, tit. 3. pr. 4. 63
Seruorum diſtinctio, tit. 3. pr. 4. 61
Serui non ſunt qui à piratis aut latronibus capti ſunt, tit. 3. pr. 4. ill. 2. 64
Seruo pupilli inſtituto, quis debeat iubere vt adeat. tit. 13. pr. 6. ill. 37. 464
leges de Seruitutibus ad quid vtiles, tit. 3. pr. 3. 57
Seruitus alia ſimplex, alia perpetua, tit. 3. pr. 1. 46
Seruus poteſt multis modis fieri liber ſine manumiſſione, tit. 4. pr. 1. 67
Seruus inſtitutus à domino defuncto apud hoſtes an ſit eius heres neceſſarius, tit. 12. pr. 9. 337
Seruus pupillaris admittendus eſt ad detegendas fraudes tutoris, tit. 26. pr. 2. ill. 4. 641.
Seruus an adoptari poſſit à domino, tit. 11. pr. 1. ill. 32. 265
Seruos acquirere dominis, tit. 8. pr. 3. ill. 2. 156
Seruum excuſari in delictis iubente domino admiſſis, tit. 8. pr. 3. ill. 5. ibid.
Serui acquiſitionis ſunt incapaces, tit. 8. pr. 3. conf. 1. ibid.
Seruus quando poſtliminio redire queat, tit. 12. pr. 8. ill. 11. 343
de Seruo pignerato capto, & redempto, tit. 12. pr. 8. ill. 13. 345
de Seruo plurium capto ab hoſtibus & redempto, tit. 12. pr. 8. ill. 14. 346.
Serui quocunque loco & tempore poſſunt manumitti, tit. 5 pr. 4. ill. 1. 107
de Seruo capto & ab hoſtibus manumiſſo, poſtea in domini poteſtatem reuerſo, tit. 12. pr. 8. ill. 19. 348
Seruus ſine libertate inutiliter olim inſtituebatur, tit. 6. pr. 6. ill. 1. 141
de Seruo neceſſario hærede inſtituto, tit. 6. pr. 3. il. 3. 126
Seruus hæres neceſſarius interdum eſt alio hærede exiſtente: tit 6. pr. 3. ill. 4. 127
Seruus alienus quomodo tutor dari poſſit, tit. 13. pr. 1. ill. 41. 399
Seruus datus tutor ab eo qui eum liberum eſſe putabat, neque liber eſt, neque tutor, 567
Seruiles cognationes matrimonium impediunt, tit. 10. pr. 6. ill. 1. 252
Societas taciti cum pupillo nulla, tit. 13. pr. 7. ill. 47. 487
Sorori vxoris nubi non poteſt, tit. 10. pr. 6. il. 6. 256
Sororis filia non ducenda tit. 10. pr. 6. ill. 6. ibid.
Spadones qui, tit. pr. 3. ill. 1. 226
Spado poteſt adoptare, tit. 11. pr. 1. ill. 6. 264
Spadonem poſſe tutorem creari, tit. 25. pr. 1. ill. 9. 627
Sponſa patris duci non poteſt, tit. 10. pr. 6. ill. 7. 256
Sponſalia contracta per verba de præſenti, tit. 10. pr. 5. ill. 9. 244
Sponſalia filiæ pater diſſoluere poteſt, tit. 10. pr. 4. illat. 9 239
Sponſi nullus eſt luctus, tit. 10. pr. 5. ill. 7. 245
Statuliber ab hoſtibus captus, tit. 12. pr. 8. ill. 12. 344
Statuliber quia ſit, tit. 6. pr. 2. ill. 10. & 11. 119
Statuliber quis tit. 3. pr. 1. ill. 1. 48
Stipulatio eſt iuris ciuilis, tit. 2. pr. 5. ill. 4. 50
Stipulatio Rem pupilli ſaluam fore, t. 13. pr. 8. ill. 47. 552
Subſidiaria actio quando non competat in magiſtratum, tit. 13. pr 8 ill. 48. 553
Subſidiaria actio an detur in ſolidum in quemlibet è magiſtratibus, tit. 13. pr. 8. ill. 49. 554
Subſidiaria actio in magiſtratum competit etiam ad vſuras, tit. 13. pr. 8. ill. 52. 555
Subſidiaria actio in eos etiam datur, qui magiſtratui indemnitatem promiſſerunt, t. 13. pr. 8. pr. 8. il. 52. 555
Subſidiaria actio datur etiam in ſcribam, tit. 25. pr. 8. ill. 53. 556

Subſidiaria

Subſidiaria actio aduerſus quos non competat, tit. 13. pr.8.ill.45. 548
Subſidiaria actio in eum etiam qui electus eſt ad æſtimandas tutorum ſatiſdationes,tit.13.pr 8.ill.46 532
Subſtitutio pupillaris fauorabilis,tit.11.pr.1.ill.11. 268
Succeſſio agnatorum in legitima tutela,tit.15.pr.1. ill. 4. 576
Sumptibus voluptatis cauſa factis ab emptore non debet onerari adoleſcens,tit.13 pr.8.ill.1. 511
Sumptuum,qui bona fide in tutelam fiunt,ratio haberi debet,tit.13.pr 7.ill.50. 478
de ſuppreſſione tabularum Teſtamenti,t.4.pr.6.ill.4 82
Suſpecto tutori remouendo nihil, refert quod ſatiſdederit,tit.26.pr.1.ill.1. 640
Suſpectus tutor corporaliter nonnunquam punitur,tit. 26.pr.2.ill.2. 640
Suſpecti accuſatio impuberibus non permittenda, tit. 26.pr.1.ill.4. 640
Suſpecto auferenda bonorum adminiſtratio,tit.26. pr. 2.ill.6. 641
Suſpecti accuſatio non facile permittenda,tit.26.pr. 2. ill.7. 642
Suſpectus ex moribus æſtimandus,tit.26.pr.2. 639
Suſpecti tutoris accuſatio publica eſt,tit.26.pr.1. 635

T

TAbulas non facere matrimonium,tit.10.pr.5.ill 4. 241
Talliabiles noſtri temporis non ſunt ſerui,tit. 3. pr.4. ill.1. 61
Talliabiles non ſunt comparandi libertinis,tit.5. pr. 2. ill.7. 90
Talliabilium origo,tit.5.pr.2.ill.7. ibid.
Tempus intra quod proponenda eſt excuſatio, an ſit continuum vel vtile,ti.25.pr.1.ill.7. 625
de Tempore dato ad peragendum negotium propoſitæ excuſationis, tit.25 pr.1.ill.7. 626
Teſtamentum captiui in ciuitate factum an valeat, tit. 12.pr 9.ill.1. 357
Teſtamentum eius qui captus fuit ab hoſtibus quomodo rumpatur,tit.12.pr.7.ill.15. 332
Teſtamenti ruptio ex natiuitate poſthumi,tit.8.pr.4.ill. 3. 168
Teſtamenti factio an ſit iuris naturalis,an verò ciuilis tit.2.pr.2. 19
Teſtamenta ſunt iuris ciuilis, licet apud omnes gentes recepta,tit.2.pr 4.ill.2. a 2.& 25
Teſtamentum eius qui vxore prægnante relicta deceſſit apud hoſtes an valeat,tit.12.pr.8.ill.4. 338
Teſtamentum nullum eſſe poteſt, niſi quod per legem confirmatur,tit.12 pr.9.ill.4. 365
Teſtatoris perſona repræſentatur per hæreditatem, tit. 2.ill 3. 27
Teſtamento etiam Prætor,Conſúlve tutor dari poteſt, 566
Teſtatoris verba in tutore dando quomodo ponderanda,tit,13.pr.1.ill.56. 405
Teſtator tutores dare poteſt etiam eos qui non ſunt einſdem ciuitatis, 569
Tranſactio tutoris an proſit contutori,tit. 13. pr. 7. ill. 77. 501
contra Tranſactionem nunquam maioribus ſubuenitur,13.pr.7.ill.35. 481
Tutelæ definitio,tit.15.pr.1. 575
Tutelæ inducendæ ratio, ibid.
qui Tutelam malo more occupaſſe probatur, puniendus eſt extra ordinem,tit.13.pr.1 ill.18. 388
Tutela cur finiatur pubertate, tit.22.pr.1. 291
Tutela parentum legitima vnde orta,tit.12.pr.10. ill.5. 372
Tutela liberorum naturalium,tit.10 pr.2.ill.1. 205
Tutela finitur per impuberis adrogationem,& deportationem,tit.13.pr.1.ill.21. 389
Tutela legitima vnde,tit.15.pr.1. 575
Tutelæ teſtamentariæ fauor, 565
Tutela teſtamentaria latius patet,quam legitima, 565
Tutelæ officium quando finiatur,tit.13 pr 7 ill 50. 488
Tutelæ iudicium contrarium ad id non competit, vt quis à pupillo exigat liberationem,tit. 13. pr. 8. ill.23. 533.
in Tutelæ contrarium,iudicium quid veniat, tit. 13. pr.8.ill.25. 535
Tutelæ contraria actio an detur tutori remoto,tit 13. pr.8.ill.27. 536
tres Tutelæ quando excuſent,tit.24 pr.1.il.2.604.608
Tutelæ contrarium iudicium, tit.13.pr.8.il.19. 529
Tutela legitima quæ,tit.13.pr.1.ill.58. 407
Tutelæ teſtamentariæ adiuuandæ ſunt interpretatione, 565
Tutela codicillis data an valeat, 566
Tutela finitur adrogatione pupilli,tit.22.pr.3.593 capitis diminutione maxima vel media, tit.22.pr.4. p. 594 aduentu temporis,vel conditionis,t 22.pr.6.594
Tutela legitimæ quando locus,tit.13.pr.2.ill.7. 414
Tutela legitima pluribus eiuſdem gradus agnatis defertur,tit.13.pr.2.ill.8. 415
Tutela quibus modis finiatur,tit.22.pr.1, 592
Tutela finitur pubertate,tit 22.pr.2. 592
Tutela patronorum cur legitima dicta, tit.13.pr. 2. ill.2. 409
Tutela legitima capitis diminutione finitur,tit. 13.pr. 2.ill. 3. 410
Tutela quaſi legitima parentis quæ,tit.13.pr.2.ill.4.412
Tutela fiduciaria,tit.13 pr.1.ill.4. 418
de Tutelæ adminiſtratione quis olim cognoſceret,tit. 13.pr.7.ill.11. 470
Tutela ab adminiſtratione tutelæ interdum ſeparatur, tit.13 pr.2.ill 6. 414
Tutela à teſtatore proficiſcitur,non ab hærede,ti.13.pr. 1.ill.37. 397
Tutelæ ſunt plures vbi ſunt plura pupillorum capita, tit.13.pr.1.ill.37. 402
Tutela an mandari poſſit matri,tit.13 pr.1.ill.48. 403
Tutela fauorabilior eſt,quàm cætera munera,ti.25.619
Tutelæ munus eſſe publicum & ciuile, non Reipublicæ,tit.25.pr.1. 599
Tutelæ onus detrectari non poteſt, niſi afferatur excuſatio,tit.25.pr.1.ill.1. 600
quatuor Tutelis interdum quis oneratur, tit. 25 pr 2. ill.2. 607
tres Tutelæ non præbent excuſationem quantum ad cætera onera,tit.25.pr.1.ill.2. 608
Tutela exemplo hereditatis defertur, tit. 13. pr. 2. ill.2. 409
Tutor an poſſit rem pupilli obligare ſine decreto, tit. 13.pr.8.ill.61. 562
Tutelam eſſe officium virile, tit.13.pr.1.ill. 13. 390
Tutela iure hæreditario ad alium non transfertur, tit. 13.pr.1.ill.24. 390
Tutela teſtamentaria,tit.13.pr.1.ill.25. 391
Tutor non poteſt dari à patre niſi in teſtamento,tit.13. pr.1.ill.26. 391
Tutelæ actio competit aduerſus tutores, ſi malè contraxerint,tit.13.p.7.ill 9. 469
Tutelæ actio,tit.13.pr.7.ill.68. 496
in Tutelæ contrarium iudicium quid non deducatur, tit.13.pr.8.ill.21. 531
Tutelæ actio,& hæredi pupilli,& contra hæredem tutoris competit,tit.13.pr.7.ill.72. 498
Tutore opus eſt pupillo, ad ea quæ ſolennitatem iuris deſiderant,tit.13.pr.6.ill.30. 460
ſi Tutoris autoritas interueniat, contractus à pupillo initi valent,tit.13.pr.6.ill.31. 460
Tutoris autoritas in adeunda hæreditate, tit. 13.pr.6. ill.32. 460

Tutor

Digitized by Google

Tutor cogi poteſt vt tutelam gerat, tit. 13. pr. 6. ill. 5. 448
Tutores qui geſſerunt priori loco ſunt conueniendi, tit. 13. pr. 6. ill 5. 448
Tutelam ſolus ille gerere debet, quem pater deſtinauit, tit. 13. pr. 6. ill. 7. 449
Tutor an cogatur ſatiſdare, ſi paratus ſit defendere pupillum, tit 13. pr. 6. ill. 8. 451
contra Tutorem an plures actiones competant, tit. 13. pr. 7. ill. 83. 499
Tutor qui rem ſibi à patre pupilli commodatam non reddit, quâ actione teneatur, tit. 13. pr. 7. ill. 74. 499
Tutoris morte quæ actiones intereant, tit. 13. pr. 7. illat. 75. 500
Tutor qui poſt pubertatem pupilli negotia adminiſtrauit an teneatur actione tutelæ, tit. 13. pr. 7. ill. 76. 500
Tutoris reputationes admittendæ per iudicem tutelæ, tit. 13 pr 7 ill. 66. 495
Tutoris abſentia cui damnoſa, tutori, an pupillo, tit. 13. pr. 7. ill. 67. 496
Tutor poteſt ſuſpectus fieri à contutore, tit. 26. pr. 1. ill. 1. 635
Tutor incertus, an dari poſſit, tit. 13 pr. 1. ill. 43. 401
Tutor dari poteſt prætor, ſiue conſul, tit. 13. pr. 1. illat. 44. 402
Tutor dari non poteſt, cum quo teſtamenti non eſt factio, tit. 13. pr. 1 ill 45. 408
Tutor ventri dari non poteſt, tit. 13 pr. 4 ill. 8. 435
Tutor temporarius, tit. 13. pr 4 ill. 9. 435
Tutor etiam extra ordinem coërcetur qui fœnus pecuniæ pupillaris exercuit, tit 13. pr 7. ill. 48 488
Tutor non poteſt ſe excuſare per libellum, tit. 5. pr. illat. 3. 107
Tutor non poteſt dari filio habenti patrem, tit. 6. pr. 7. ill. 10. 149
Tutor iure datus non indiget confirmatione, tit. 10. pr. 8 ill. 1. 304
Tutor ventri non datur, ſed curator, tit. 4. pr. 3. ill 5. 79
Tutor poteſt pecuniam pupillarem ſuo nomine fœnerare, tit. 13. pr. 7. ill. 41. 483
Tutor etus pecuniæ qua vſus eſt poſt finitam tutelam vſuras præſtare tenetur, tit. 13. pr. 7. ill. 42. 483
Tutor ſeruorum modum qui circa pupillum futuri ſunt æſtimare debet, tit. 13. pr. 7. ill. 21. 476
Tutor quando poſſit ſuum collegam facere ſuſpectum, tit. 13. pr. 7. ill. 22. 476
Tutor perperam excuſatus officium tutelæ fruſtra detrectat tit. 13. pr. 7. ill. 23. 476
Tutoris præcipuum officium, tit. 13. pr. 7. ill 25. 477
Tutor teſtamentarius olim non dabatur, niſi verbis imperatiuis & Latinis, 571
Tutor qui ſatiſdare recuſat, non poteſt adminiſtrare, tit. 13. pr. 8. ill. 36. 543
Tutori quod debetur contrario iudicio admittit vſurarum acceſſionem, tit 13 pr. 8. ill 24. 534
Tutor vtiliter datur à magiſtratu is qui à patre inutiliter datus fuerat, tit. 13. pr. 1. ill. 34. 395
Tutor datus filiis etiam poſtumis datus videtur, tit. 13. pr. 1. ill. 36. 396.
Tutor datus filiis non cenſetur datus nepotibus, tit. 13 pr. 1. ill. 36. 397
Tutor remouetur interdum antequàm tutelam attigerit, tit. 26. pr. 2. ill. 7. 642
Tutor qui tanquam ſuſpectus remotus eſt, deſinit eſſe tutor, tit. 26. pr. 3. 642
Tutor remotus periculum futuri temporis non timet, tit. 26. pr. 3. ill. 1. 642
Tutor an debeat cogi præſtare autoritatem pupillo, tit. 21. pr. 1. ill. 14. 592
Tutorem dari impuberibus mutis & ſurdis, tit. 13. pr. 1. ill. 11. 383
Tutor non datur à magiſtratu ſub conditione, tit. 13. pr. 1. ill. 13. 384
Tutoris datio, neque eſt Imperij neque Iuriſdictionis, tit. 13 pr. 1. ill. 14. 385
Tutores qui furati ſunt rem pupilli quâ pœnâ plectantur, tit. 13. pr. 7. ill. 53. 489
Tutor an poſſit pecuniam pupillarem ſuo nomine fœnerare, tit. 13. pr. 6. ill. 17. 457
Tutor an poſſit præſtare pupillo autoritatem ad donandum, tit. 13. pr. 7. ill 69. 497
à Tutore quæ bona fide geſta ſunt, rata haberi debent, tit. 13. pr. 6 ill 14. 456
Tutor poteſt fundos pupillares alienare, vt æs alienum exſoluat, tit. 13. pr. 7. ill 87. 506
Tutor an poſſit ſibi emere rem pupilli ex decreto, tit. 13 pr. 7 ill 88. 507
Tutores vendere poſſunt prædium pupillare ex voluntate defuncti, tit. 13 pr. 7. ill. 90. 509
Tutor qui creditor fuit patris pupilli ſibi ſoluere poteſt tit. 13. pr. 6. ill. 11. 455
an Tutori nomine pupilli detur actio in contutorem, tit. 13. pr. 6. ill. 12. 456
Tutor qui in pupillum plus impendit, quàm in pupilli facultatibus ſit, an illud poſſit conſequi, tit. 13. pr. 7. ill. 80. 502
Tutori ſufficit benè & diligenter negotia geſſiſſe, etſi euentum aduerſum habuit, tit. 13. pr. 7. ill. 81. 502
qui pro Tutore gerit, fidem & diligentiam præſtare debet, tit. 11. pr 7 ill. 82. 503
Tutor quando poſſit alienare prædia pupilli, tit. 13. pr. 7. ill 83. 503
Tutoribus olim iniuncta venditio bonorum mobilium pupilli, tit. 13 pr. 6. ill 84. 503
Tutor non poteſt cogi vt autoritatem pupillo præſtet, tit. 13. pr 6. ill. 28. 459
Tutor an delegari poſſit, tit. 13. pr 6 ill. 19. 460
Tutor quibus verbis dari poſſit, tit. 13 pr. 1. ill 57. 407
quod per vnum ex Tutoribus aut curatoribus geſtum eſt, validum eſt, tit. 13. pr. 6. ill. 6. 449
Tutor cæcus autoritatem præſtare poteſt, tit. 13. pr. 6. ill. 25. 459
Tutor etiam tacenti impuberi autoritatem præſtare poteſt, tit. 13 pr. 6. ill. 26. 459
Tutorem filio mater perfunctoriè petere non debet, tit. 13. pr. 5. il. 3. & 4. 443
Tutor qui plus in pupillum impendit, quàm ſit in eius facultatibus, an illud conſequi poſſit, tit. 13. pr. 8. ill. 22. 533
Tutor teſtamentarius eſſe non poteſt, qui ſe in alterius teſtamento tutorem pupillo ſcripſit: tit. 13. pr. 1. illat. 54. 405
Tutor vnde æſtimandus, tit. 13. pr. 1. ill. 55. 405
Tutor pupillo non præſtat damnum quodlibet, tit. 13. pr. 7. ill. 26. 477
Tutor eorum reddituum nomine tenetur pupillo, qui ex fundo bona fide percipi potuerunt, tit. 13. pr. 7. illat. 28. 478
Tutor teſtamento dari poteſt ex tempore, ad tempus, & ſub conditione. 566
Tutor dari poteſt qui peregrè agit, tit. 13. pr. 4. ill. 22. 441
Tutores qui petere debeant, tit. 13 pr. 5. 441
an Tutorem petere poſſit, qui acturus eſt cum pupillo, tit. 13 pr. 5. ill 2. 442
Tutorem habenti quando detur curator, tit. 13. pr. 4. ill. 2. 597
Tutoris mendacium non debet nocere pupillo tit. 13. pr. 8. ill. 33. 542
Tutor ſuſpectus fieri poteſt, etiamſi ſatiſdederit, tit. 13 pr. 8 ill. 15. 526
Tutoris defenſore condemnato, non aufertur priuilegium pupilli, tit. 13. pr. 8. ill 8. 514
Tutor non liberatur eo quod cum altero actum eſt, tit 13. pr. 8. ill. 4. 512

Tutor

Tutor ſi ceſſauerit in diſtractione rerum quæ tempore pereunt, ſuum periculum facit, t. 13. pr. 7. il. 8. 469
Tutores ἀνεκλόγιστοι, tit. 13. pr. 7. ill. 5. 465
Tutor ea facere debet, quæ diligentiſſimus quiſque in re ſua facturus eſſet, tit. 13. pr. 7. ill. 6. 466
Tutor qui inuentarium non fecit, dolo feciſſe videtur, tit. 13. pr. 7. ill. 6. 466
Tutor quomodo erogare poſſit ex bonis pupilli, tit. 13. pr. 7 ill. 19. 475
Tutor quid facere poſſit in re pupillari ex honeſta liberalitate, tit. 13. pr. 7. ill. 20. 475
Tutor iudicio tutelæ conuentus poteſt reputare id quod in rem pupilli impendit. 13. pr. 8. ill. 20. 551
Tutor dari non poteſt agnatus remotior cum proximior eſt apud hoſtes tit. 13. pr. 1. il. 1. 409
Tutor pupillum ſuum factum puberem admonere debet, vt ſibi petat curatorem, tit. 13. pr. 7. ill. 3. 464
Tutor qui eſt in mora, eſt in culpa, ti. 13. pr. 7. il. 10. 469
Tutor pecuniæ quam in vſus ſuos vertit, legitimas vſuras præſtare debet, tit. 13. pr. 7. ill. 11. 470
Tutoris datio liberis exhæredatis, an valeat, 520
Tutor quomodo condemnetur pro contutore, tit. 13 pr. 7. ili. 14. 473
Tutorem dandi ius deſcendit ex iure patriæ poteſtatis, tit. 13. pr. 1. 375
Tutor teſtamentarius datur ſub conditione, tit. 13. pr. 1. ill. 38. 398
Tutoris præſentia requiritur ad autoritatem præſtandam, tit. 21. pr. 1. ill. 4. 589
Tutor qui non habet adminiſtrationem, no npoteſt autoritatem præſtare, ti. 21. pr. 1. ill. 6. 589
Tutoris vnius autoritas ſufficit ad actus ſolemnitatem, tit. 21. pr. 1. ili. 7. 589
an Tutoris dationem habeat magiſtratus furioſus, tit. 13. pr. 4. ill. 5. 414
Tutor minori dati non poteſt, tit. 13. pr. 4. ill. 10. 441
Tutor dandus eſt eiuſdem prouinciæ, tit. 13. pr. 4. ill. 10. 435
qui Tutores eſſe non poſſint, tit. 13. pr. 4. ill. 18. 418
Tutores & curatores datiui, tit. 15. pr. 4. 438
Tutoris datio non poteſt mandari à Prætore vel Præſide, tit. 13. pr. 4 ill. 3. 414
Tutor qui poſt pupilli ſui pubertatem adminiſtrauit, eo nomine tenetur, tit. 22. pr. 2. ill. 1. 593
Tutores legitimi ſatiſdare compelluntur, tit. 13. pr. 2. ill. 5. 413
Tutor etiam ei dati poteſt, qui de ſtatu ſuo litigat, tit. 13. pr. 1. ili. 59. 407 & 438.
Tutor inutiliter dari puberi, tit. 13. pr. 1. ill. 60. 407
Tutores deſinunt eſſe, qui remouentur vel excuſantur, tit. 22. pr. 7. 594
Tutorem perſonæ dari principaliter, bonis per conſequentiam, tit. 13. pr. 1. ill. 2. 376
Tutorem certarum cauſarum vel rerum dari non poſſe, tit. 13. pr. 1. ill. 3. 376
Tutor dari non poteſt. 1. mutus, 2. ſurdus, 3. cæcus, 4. furioſus, tit. 13. pr. 1. ili. 4. 377
Tutor datur non tantùm ignoranti, ſed etiam inuito, tit. 13. pr. 1. ill. 6. 378
Tutorem dari non poſſe ei qui habet tutorem, tit. 13. pr. 1. ill. 7. p. 380. & pr. 4. ill. 12. 435
Tutor deſinit eſſe, qui tanquam ſuſpectus remotus eſt, tit. 13. pr. 1. ill. 22. 390
Tutor qui à contutoribus ſuis mutuam pecuniam pupilli accepit, non eſt maximis vſuris ſubiiciendus, tit. 13. pr. 7. ili. 52. 488
Tutorem omnium periculum commune eſt in adminiſtratione tutelæ, tit. 13. pr. 7. ill. 52. 489
Tutor pupilli creditor quod facit cum cæteris pupilli creditoribus, etiam in ſeipſo ſeruare tenetur, tit. 13. pr. 7. ill. 62. 493
Tutor an præſtare poſſit pupillo autoritatem in rem ſuam, tit. 13. pr. 7. ili. 63. 494
Tutor honorarius, tit. 13. pr. 1. ili 49. 403
Tutor datus in teſtamento inofficioſo confirmandus eſt, tit. 13. pr. 1. ill. 50 403
Tutelæ honos, tit. 13. pr. 1. ili. 51. 404
Tutoris poteſtas in rerum pupillarium adminiſtratione, tit. 13. pr. 6. 447
Tutor domini loco habetur, tit. 13. pr. 6. ili. 1. 447
Tutor pupilli ſui nomine poteſt rem furtiuam conducere, tit. 13. pr. 6. ili. 2. 447
Tutor dandus eſt in locum ſuſpecti & remoti, tit. 16. pr. 3. ill. 3. 463
Tutorum culpa quando remittatur, tit. 13. pr. 7. illat. 35. 481
Tutor non datur ei, cuius pater in hoſtium poteſtate eſt, tit. 13. pr. 1. ill. 15. 387
Tutor nepoti quando vtiliter detur, tit. 13. pr. 1. ill. 39. 399
Tutor & fideiuſſor eodem iure cenſentur, tit 13. pr. 8. ill. 44. 546
Tutores teſtamentarij non ab hærede, ſed à teſtatore proficiſcuntur, 578
Tutoris hæres quo caſu habeat actionem aduerſus pupillos, tit. 13. pr. 8. ili. 28. 536
Tutor qui ſe pro pupillo obligauit, habet actionem contrariam, tit. 13. pr. 8. ili. 29. 536

V

VEnditio lapidicinarum pupillarium an valeat, tit. 13. pr. 8 ill. 57. 558
qui in Ventre eſt, in ciuilibus muneribus, non prodeſt patri, tit. 4. pr. 3. 78
Verba legitima quæ, tit. 13. pr. 1. ili. 57. 407
Veterani excuſantur à tutela, tit. 25. pr. 1. ill. 3. 612
Vidua mariti defuncti domicilium retinet, tit. 10. pr. 3. ill. 19. 231
Violentiæ nomen odioſum eſt legibus, tit. 3. pr. 2. ill. 10. 53
quod per Vim geſtum eſt ratum nullo tempore habetur, tit. 3. pr. 2. ill. 12. 54
Vis quid ſit, ibid.
Virgo nondum viripotens non cenſetur nupta, tit. 10 pr. 3. ill. 2. 226
Virgo quando habeat de dote actionem, tit. 10. pr. 5 ill 8. 243
Vitricus priuignum adoptare poteſt, tit. 11. pr. 1. illat. 27. 283
Voluntas coacta, tit. 3. pr. 2. ill. 12. 54
Voluntas in omnibus ſpectanda, tit. 4. pr. 6. ill. 6. 82
Vſuræ pupillares quæ ſint, tit. 13. pr. 7. ill. 12. 478.
Vſuræ à tutoribus quando exigantur, ibid.
Vſuras vſurarum quando præſtet tutor, tit. 13. pr. 7. ill. 13. 473
Vſuræ vnciariæ, tit. 13. pr. 7. ill. 45. 486
Vſuræ vſurarum quando debeantur, tit. 13. pr. 7. ili. 59. 492
Vſurarum perceptione priuilegium tutelæ non amittitur, tit. 13. pr. 8. ill. 9. 514
Vſuras in quem vſque diem præſtare debeat tutor, tit. 13. pr. 7. ill. 25. 475
Vſusfructus cum proprietate coniunctus nullus eſt, tit. 12. pr. 6. ill. 21. 323
qui in vtero eſt, an habendus ſit pro nato, ti. 4. pr. 3. 78
Vtilitas pro ratione eſt, tit. 1. pr. 2. ill. 4. 4
Vxores dici dominas, tit. 10. pr. 3. ill. 23. 232
Vxores duas ſimul habere non licere, tit. 10. pr. 3. ill. 20. 231
Vxor quondam priuigni, vitrico coniungi non poteſt, tit. 10. pr. 6. ill. 12. 257
Vxor à marito iure poſtliminij, an recipi poſſit, tit. 12. pr. 8. ill. 8. 349

F I N I S.

Digitized by Google

Digitized by Google

9438 XX F 23

Digitized by Google